

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP

Priscila Kutne Armelin

**CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE BEM CULTURAL:
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS-PENAIIS E PROPOSTA *LEGE FERENDA***

São Paulo
2022

PRISCILA KUTNE ARMELIN

**CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE BEM CULTURAL:
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS-PENAIIS E PROPOSTA *LEGE FERENDA***

Tese apresentada à Faculdade Autônoma de Direito,
que é submetida a área de concentração Função Social no
Direito Constitucional, como obtenção do grau de Doutora.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Regis Prado.

São Paulo
2022

Catálogo na fonte: Biblioteca FADISP

A728c Armelin, Priscila Kutne
Criminalização do tráfico ilícito de bem cultural: aspectos
constitucionais-penais e proposta lege ferenda/ Prinscila kutne Armelin –
2022.
223 fls; 30cm.

Tese (Doutorado) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP),
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – São Paulo, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Regis Prado

Inclui bibliografia

1.Patrimônio cultural. 2.Bem cultural. 3.Cultura. 4.Bem jurídico-penal. 5.
Convenção do UNIDROIT. 6.Tráfico ilícito. 7.Delitos contra o patrimônio
cultural. I. Armelin, Priscila Kutne. II.Faculdade Autônoma de Direito.
III.Título.

CDU 34

PRISCILA KUTNE ARMELIN

**CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE BEM CULTURAL:
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS-PENAIIS E PROPOSTA *LEGE FERENDA***

Tese apresentada à Faculdade Autônoma de Direito, que é submetida a área de concentração
Função Social no Direito Constitucional, como obtenção do grau de Doutora.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Regis Prado.

São Paulo, _____ de agosto de 2022.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Luiz Regis Prado (Orientador)
Faculdade Autônoma de Direito – FADISP

*Ao meu marido Paulo Sérgio Armelin (in memoriam)
Aos meus filhos, Gabriel Abner Kutne Armelin e
Guilherme Francisco Kutne Armelin,
e aos meus pais, Josil Kutne e Wilma Luiza Gracino*

AGRADECIMENTOS

Muitas vezes, durante as horas e horas de estudo, lendo e escrevendo, parece que a jornada do doutorado e de desenvolver a tese é um caminho solitário. Mas não é. Meu caminho não foi fácil, marcado pela trágica perda do meu marido ainda no começo dos créditos. Mas, tenho a certeza de que se cheguei ao final desse caminho, foi porque contei com muito apoio, de pessoas nos diversos âmbitos da minha vida, que não me deixaram, de um jeito ou de outro, esmorecer. Por isso, meu agradecimento a todos que torceram e me apoiaram para eu seguir em frente.

Porém, algumas pessoas foram essenciais e dentre todas estas a mais importante, é o professor Dr. Luiz Regis Prado, que me acompanha como professor desde a minha graduação, ainda tão jovem, lá no início de 1990, quando era aluna da Universidade Estadual de Maringá. Meu orientador no mestrado e no doutorado. Seu olhar criterioso, exigente, seu amor à ciência séria e robusta, exigiram correções e correções que permitiram o aprimoramento dos estudos. Conviver e ouvir suas orientações são lições memoráveis, inesquecíveis que contribuíram para o meu crescimento acadêmico. O Professor Regis é, sem dúvida, o meu pai na vida acadêmica, e não tenho palavras humanas para agradecer todo o empenho e contribuição que me ajudaram nessa minha jornada.

Agradeço também aos meus professores dos créditos de doutorado que contribuíram para o meu aprendizado. O Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio, que teve tanta compreensão comigo no meu momento de profundo luto, sua humanidade como docente não me permitiu desistir. O Prof. Dr. Ricardo Castilho, que se mostrou um amigo e me conduziu no estudo da obra “Ser e Tempo”, que se tornou base da linha filosófica para o estudo do patrimônio cultural. O Prof. Dr. Renato Gugliano Herani, que na pandemia foi gigante, com aulas virtuais tão instigantes e profundadas que trazia a vontade imensa de estar em sala de aula presencial para conhecê-lo pessoalmente.

Ao Dr. Luís Roberto Gomes, Dra. Carla Liliane Waldow Esquivel e Dra. Luciana Caetano da Silva, que me auxiliaram com livros e sugestões para a elaboração da tese, minha eterna gratidão.

Registro agradecimento para as Profas. Cidinha Pavan e Helaine Patrícia Ferreira, pela revisão do texto e por estarem sempre comigo na caminhada da vida.

Aos meus colegas de doutorado, em especial a Jussara Schmitt Sandri e Cleberson Cardoso de Oliveira, juntos fomos nos apoiando e incentivando nos estudos, compartilhando ideias e conhecimentos.

Registro o agradecimento à FADISP e ao seu corpo administrativo que sempre me auxiliou quando eu precisei.

Ir para São Paulo estudar somente foi possível com a ajuda acolhedora do meu amigo e mentor espiritual, o Padre Vitório Maximino Cipriani e na pessoa dele, todos os que me acolheram sem suas casas em São Paulo, como a Aurinha e o Seu Adilson.

Agradeço ao Centro Universitário Cidade Verde – UniCV, na pessoa do Reitor José Carlos Barbieri por todo incentivo aos meus estudos no doutorado. Ao Diretor Alexsandro Cordeiro Alves, pela compreensão nas minhas ausências na Coordenação para fins de estudo. Trabalhar e estudar doutorado não são atividades fáceis de serem realizadas concomitantes! Mas agradeço a equipe que trabalha comigo diariamente, foram um suporte essencial nessa caminhada, meus colegas Coordenadores de Curso (especialmente aos Profs. Me. Michelle Aparecida Ferreira dos Santos, Dr. André Dias Martins, Esp. Neori Tamanini, Dra. Elaine Rodrigues, Me. Elizabeth Canaver Marques), aos professores e funcionários do UniCV. Aos alunos atuais e egressos, por ser a fonte motivacional da minha profissão.

Durante o estudo foram muitos sentimentos que despontaram. Muitas lágrimas e dores da perda e quando tudo estava escuro, a luz brilhou com a presença dos meus amigos. Desde a indicação da leitura de uma literatura (“Amiga Genial”) para novamente conseguir a ler, depois do meu bloqueio emocional, ao suporte incondicional das minhas amigas Lindas e dos meus Mais que Amigos. Vocês sabem o quanto significam na minha vida! O que seria da minha vida sem vocês?!

Aos meus familiares, pais, irmãs, cunhados(as), sobrinhos(as), primos(as), que sempre estiveram presentes, não alcanço palavras que possa decifrar o que meu coração quer dizer para vocês. Mas, de forma especial, registro o eterno agradecimento aos meus padrinhos Elizeu de Paula (*in memoriam*) e Valdete de Paula porque a ação mensal de vocês foi fundamental para eu concluir o doutorado.

Meio século após sua aprovação, a Convenção da UNESCO de 1970 contra o tráfico ilícito de bens culturais ainda é um importante instrumento para conter esse flagelo. Nos últimos 50 anos, a luta contra o comércio clandestino se intensificou, e a conscientização sobre os danos morais causados pela pilhagem aumentou. No entanto, a cobiça por esses objetos, cujos preços dispararam, a leniência das sanções e a vulnerabilidade dos sítios em zonas de conflito são os desafios que precisam ser superados para conter o tráfico de, como chamam alguns, “antiguidades de sangue”.

Agnès Bardón

UNESCO

RESUMO

A identidade coletiva gera o sentimento de pertencimento a determinado povo; ela é forjada no tempo cultural. O patrimônio cultural, embora pertença ao passado, é dinâmico, atual, *sendo-no-mundo* ao possibilitar que a memória coletiva seja acionada e, com ela, a identificação de se pertencer à comunidade que o produziu, dentro da dimensão de cidadania. No conceito de patrimônio cultural, depara-se com os bens que o compõem. São bens reunidos em uma categoria, aos quais é atribuído um valor que justifica sua preservação. Sua relevância é reconhecida pela comunidade internacional, que firma, ao longo dos últimos anos, várias Convenções na busca da preservação desse patrimônio. Essa preocupação de conservação e preservação do bem cultural repousa em muitas constituições brasileiras, sendo que a Constituição Federal de 1988 o insere no ordenamento da cultura. Com raiz na ordem constitucional, o patrimônio cultural é bem jurídico autônomo e tem dignidade penal, ante a previsão da indicação de criminalização contida no texto magno. Nesse sentido, encontra-se, no estudo da legislação penal, a tutela do patrimônio cultural de forma indireta em tipos penais previstos no Código Penal, bem como há a previsão direta em dispositivos inseridos na Lei Ambiental, ao lado da ordenação do território. A Convenção do UNIDROIT de 1995 visa proteger o bem cultural contra o furto e a exportação ilícita. A luta internacional para a preservação da memória coletiva do patrimônio da humanidade e a relevância deste para o desenvolvimento da sociedade é reconhecida pelo Tribunal Penal Internacional, que inova ao condenar ataques ocorridos, em crime de guerra, que atingiram o bem cultural. Há Projetos de Lei que visam ampliar a proteção jurídico-penal do patrimônio cultural, porém, com lacunas e equívocos que são apontados com o fim de contribuir para o seu aprimoramento. Dentro da lacuna de proteção, constata-se a ausência da criminalização do tráfico ilícito, sendo uma das maiores agressões ao patrimônio cultural. Apresenta-se como proposta que sua tutela seja realizada dentro do Código Penal, com título e artigos específicos, culminando com a proposta *lege ferenda* de tipo penal que criminalize o tráfico ilícito de bem cultural.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Bem cultural. Cultura. Bem jurídico-penal. Convenção do UNIDROIT. Delitos contra o patrimônio cultural. Tráfico ilícito.

ABSTRACT

The collective identity generates the feeling of belonging to a certain people; it is forged in the cultural time. The cultural heritage, although it belongs to the past, is dynamic, current, being-in-the-world when it enables the collective memory to be triggered, and, with it, the identification of belonging to the community that produced it, within the dimension of citizenship. In the concept of cultural heritage, it is faced with the assets that compose it. These are assets gathered in a category, to which a value is attributed that justifies their preservation. Their relevance is recognized by the international community, which has, over the last few years, signed several conventions in the search for the preservation of this heritage. This concern for conservation and preservation of the cultural asset rests on many Brazilian constitutions, with the Federal Constitution of 1988 inserting it in the cultural order. Rooted in the constitutional order, the cultural heritage is an autonomous legal good, and has criminal dignity, given the indication of criminalization contained in the Magna Carta. In this sense, in the study of the criminal legislation, it is found the protection of the cultural heritage indirectly in criminal types foreseen in the Penal Code, as well as there is a direct provision in devices inserted in the Environmental Law, alongside the ordinance of the territory. The 1995 UNIDROIT Convention aims to protect cultural assets against theft and illicit export. The international struggle for the preservation of the collective memory of humanity's heritage and its relevance to the development of society is recognized by the International Criminal Court, which innovates by condemning war crime attacks on cultural assets. There are Law Projects that aim to expand the legal-penal protection of cultural heritage, however, with gaps and mistakes that are pointed out in order to contribute to its improvement. Within the protection gap, there is the absence of criminalization of illicit trafficking, one of the greatest aggressions to cultural heritage. It is proposed that its protection be carried out within the Penal Code, with specific titles and articles, culminating in the proposal *lege ferenda* of a criminal type that criminalizes the illicit trafficking of cultural goods.

Keywords: Cultural heritage. Cultural asset. Culture. Criminal Juridical Asset. UNIDROIT Convention. Crimes against cultural heritage. Illicit trafficking.

RESUMEN

La identidad colectiva genera un sentimiento de pertenecer a un determinado pueblo; ella misma se forma en el tiempo cultural. El patrimonio cultural, sin embargo, perteneciendo al pasado, es dinámico, actual, estando en el mundo, hace posible que la memoria colectiva sea accionada y con ella la identificación de pertenecer a la comunidad que lo produjo, dentro de la dimensión ciudadana. Dentro del concepto de patrimonio cultural, nos enfrentamos con los bienes que lo componen. Son los bienes reunidos en una categoría y a los cuales se atribuye un valor que justifica su preservación. Su relevancia es reconocida por la comunidad internacional, que sostiene, a lo largo de los últimos años, varias Convenciones en busca de la preservación de este patrimonio. Esta preocupación de conservar y preservar el bien cultural descansa en muchas constituciones brasileñas, siendo que la Constitución Federal de 1988 lo inserta en la orden de la cultura. Originándose en el orden constitucional, el patrimonio cultural es un bien jurídico autónomo y tiene dignidad penal, delante de la previsión de indicación de criminalizar que se contiene en el texto magno. En ese sentido, encontramos un estudio de la legislación penal, la tutela del patrimonio cultural de forma indirecta en los tipos penales ya previstos en el Código Penal, bien como hay previsión directa en los dispositivos insertados en la Ley Ambiental, junto al ordenamiento del territorio. La Convención de UNIDROIT de 1995 tiene por objetivo proteger el bien cultural contra el robo y la exportación ilícita. La lucha internacional para preservar la memoria colectiva del patrimonio de la humanidad y la relevancia del mismo para el desarrollo de la sociedad es reconocido por el Tribunal Penal Internacional, que innovó al condenar los ataques que sucedieron, en crímenes de guerra, que alcanzaron al bien cultural. Hay Proyectos de Ley que tienen por objetivo la protección jurídico-penal del patrimonio cultural, sin embargo, con algunos vazios y equivocaciones que se apuntan con la finalidad de contribuir para su perfeccionamiento. En el vacío de protección, se constató la ausencia de criminalizar el tráfico ilícito, siendo que es una de las mayores agresiones al patrimonio cultural. Se presenta como propuesta que su tutela sea llevada a cabo dentro del Código Penal, con título y artículos específicos, terminando con la proposición *lege ferenda* del tipo penal que criminaliza el tráfico ilícito del bien cultural.

Palabras Claves: Patrimonio cultural. Bien cultural. Cultura. Bien jurídico-penal. Convención del UNIDROIT. Derechos contra el patrimonio cultural. Tráfico ilícito.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CIBS	Comitê Internacional do Escudo Azul
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNART	Cadastro Nacional de Negociantes de Antiguidades e Obras de Arte
DMAPH/CGPFAZ/DICOR/PF	Divisão de Repressão Contra Crimes o Meio Ambiente e Patrimônio Histórico
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
ETPI	Estatuto do Tribunal Penal Internacional
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICOMOS	Conselho Internacional dos Monumentos e dos Sítios
ICPRCP	<i>Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation</i>
Interpol	International Criminal Police Organization
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
MALBA	Museu de Arte Latino-americana de Buenos Aire
ONU	Organização das Nações Unidas
PF	Polícia Federal
Pronac	Programa Nacional de Apoio à Cultura
UNESCO	Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
WCO	Organização Mundial das Alfândegas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	14
1.1 ASPECTOS FILOSÓFICOS.....	14
1.2 CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL	22
1.3 CONTEXTO HISTÓRICO E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	34
2 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	47
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	47
2.2.1 Artigo 215	52
2.2.2 Artigo 216	55
2.3 AUTONOMIA DO BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO CULTURAL	70
2.4 INDICAÇÃO DE CRIMINALIZAÇÃO	86
3 PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL	95
3.1 DESENVOLVIMENTO DA TUTELA PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	95
3.2 PROTEÇÃO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	105
3.3 PROTEÇÃO NA LEI N. 9.605/98	115
3.3.1 Disposições gerais	116
3.3.2 Artigo 62	119
3.3.3 Artigo 63	124
3.3.4 Artigo 64	134
3.3.5 Artigo 65	136
4 TRÁFICO ILÍCITO DE BEM CULTURAL.....	141
4.1 CONVENÇÃO DO UNIDROIT SOBRE BENS CULTURAIS FURTADOS OU ILICITAMENTE EXPORTADOS	141
4.2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E PATRIMÔNIO CULTURAL.....	156
4.3 PROJETOS DE LEI SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL.....	167
4.4 CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE BEM CULTURAL.....	179
CONCLUSÃO.....	193
REFERÊNCIAS	197

INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural está inserido no contexto do desenvolvimento da existência humana, dentro das conjunturas histórica e social de cada sociedade. Ele tem a chave para despertar a memória coletiva do ser humano e acionar, neste, o sentimento de pertencimento social. Este sentimento decorre da identidade coletiva, de pertencer a determinado povo, determinada comunidade em que se está inserido no mundo.

A relevância do patrimônio cultural é reconhecida pela comunidade internacional, havendo crescente preocupação para a sua manutenção e conservação. Firmam-se diversas Convenções internacionais para proteção do patrimônio cultural, com destaque para as Convenções da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), sendo que o Brasil é signatário de quase todas essas Convenções. Muitos Estados, cientes da expressiva importância do patrimônio cultural, incluem a tutela deste dentro do seu ordenamento jurídico, em especial nas suas constituições.

Apesar de sua relevância, os bens culturais estão em perigo. Dentre as agressões que mais atingem os bens culturais está o seu tráfico ilícito. Há um intenso movimento de comércio ilegal desses bens, especialmente pela *internet*, que atua de forma muito rápida e de difícil identificação.

A falta de previsão de tipo penal incriminador específico tem favorecido o tráfico desses bens, que se tem tornado uma das atividades ilegais de maior movimentação financeira, facilitando sua dilapidação.

O objetivo deste estudo é contribuir para uma reflexão de cunho constitucional-penal sobre o patrimônio cultural, defendendo sua autonomia como bem jurídico, e, assim, apresentar uma proposta *lege ferenda* que viabilize a criminalização do tráfico ilícito de bem cultural.

A tese está dividida em quatro capítulos, em uma opção por serem assimétricos, privilegiando a melhor distribuição do conteúdo.

No primeiro capítulo, busca-se, na linha filosófica de Martin Heidegger (1889-1976), em sua obra “Ser e Tempo”, a característica do patrimônio cultural de ser passado e histórico, mas continua *sendo* no presente. Apresentam-se o conceito de patrimônio cultural e de bem cultural. Aduz-se para a evolução da proteção no contexto internacional, em especial da UNESCO, que aprimora e amplia o interesse aos diversos bens culturais, por conseguinte a inclusão do patrimônio imaterial da humanidade.

No segundo capítulo, passa-se para o estudo da tutela do patrimônio cultural e seu desenvolvimento histórico nas Constituições brasileiras, culminando com a previsão moderna e ampla da Constituição Federal de 1988.

Analisa-se a ordem jurídica da cultura na Constituição brasileira com ênfase no patrimônio cultural, distinguindo os artigos 215 e 216, definindo-se a obrigação do Estado e delineando-se instrumentos para sua proteção.

A previsão constitucional sobre o patrimônio cultural é a base para sua defesa como bem jurídico.

A Constituição estabelece uma indicação de criminalização para o patrimônio cultural. Tal é sua importância, que se faz um estudo sobre a temática e seus pontos controvertidos, realizando-se, inclusive, uma comparação com Constituições estrangeiras.

O terceiro capítulo desenvolve-se sobre as tutelas penais que alcançam o patrimônio cultural, partindo-se das primeiras previsões dos Códigos anteriores. No atual Código, analisam-se os crimes que indiretamente versam sobre o patrimônio cultural dentro da tipicidade de criminalização das condutas. Aborda-se a tutela direta de proteção ao patrimônio cultural nos tipos penais previstos na Lei Ambiental.

No quarto capítulo, são apresentados os dispositivos da Convenção do UNIDROIT, que tem por finalidade combater o furto e a exportação ilícita de bem cultural. Também, versa-se sobre o Tribunal Penal Internacional e suas decisões frente às agressões ao patrimônio cultural em tempos de guerra.

Discorre-se, ainda, sobre os projetos de lei propostos e em tramitação para ampliação da tutela do patrimônio cultural e, de forma especial, a proposta de criminalização do tráfico ilícito de bem cultural. Por fim, explana-se sobre o direito penal simbólico e se expõem os argumentos que envolvem a necessidade e o merecimento para a criminalização do tráfico ilícito, culminando-se com a proposta *lege ferenda*.

1 DO PATRIMÔNIO CULTURAL

1.1 ASPECTOS FILOSÓFICOS

Para cultura se autoperpetuar, é necessário que o padrão criado seja modificado, alterado e substituído com o passar do tempo, pois ela “[...] é tanto um agente da desordem quanto um instrumento da ordem; um fator tanto de envelhecimento e obsolescência quanto de atemporalidade”¹.

Zygmunt Bauman explica que a cultura mantém sua “identidade”, mas é pela “mudança” que ela permanece, pois “[...] na cultura não existe “agora”, ao menos no sentido postulado pelo preceito da sincronia, de um ponto no tempo separado de seu passado e autossustentado quando se ignoram suas aberturas para o futuro”². Nesse âmbito de cultura, adentra o autor na questão da identidade: “*Ter uma identidade* parece ser uma das necessidades humanas mais universais”, pois “A identidade *pessoal* confere significado ao “eu”. A identidade *social* garante esse significado e, além disso, permite que se fale de um “nós” em que o “eu”, precário e inseguro, possa se abrigar, descansar em segurança e até se livrar de suas ansiedades”³.

O patrimônio cultural está inserido no sistema constitucional da cultural⁴, tem como característica relevante servir de fonte para a identidade da sociedade, como citado acima, uma identidade social que possibilite a inserção do “eu”⁵ no coletivo. Esta identidade vem da descoberta do ser pertencente, do ser que pertence a esse povo, a essa comunidade, a essa sociedade em que está inserido no mundo. É uma construção forjada no tempo, em que o passado, presente e futuro se entrelaçam.

¹ BAUMAN, Zigmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 17.

² *Ibid.*, p. 25.

³ *Ibid.*, p. 27.

⁴ Este tema será objeto de estudo no capítulo 2.

⁵ “Existem três níveis de realidade psíquica retratadas no diagrama: a vida consciente ou o mundo exterior, o inconsciente pessoal, que é a soma da história emocional do indivíduo, e a base arquetípica ou inconsciente coletivo, que é onde compartilhamos nossas características, impulsos e padrões com toda a humanidade, passada e atual” (HOLLIS, James. *Os pantaneais da alma*: nova vida em lugares sombrios. Tradução de Claudia Gerpe Duarte. São Paulo: Paulus, 1998 (Coleção Amor e Psique). p. 163.

No patrimônio cultural há a possibilidade de efetividade do encontro entre a memória do passado na construção do *sendo* coletivo para a formação da identidade da sociedade e o sentimento de pertencimento à nação⁶, de ser brasileiro.

Busca-se, em Heidegger⁷, a construção do conceito *sendo* como formação da identidade do povo por meio do patrimônio cultural. Em sua obra “Ser e Tempo”, o objeto de estudo em é o *ser*⁸. Esse autor explica que *ser* é indefinível, prescinde de definição, pois, quando se define algo, está-se diante do que o autor denomina de *ente*. O *ente* é concreto, porque é algo definido (exemplo ser alto/baixo); o *ser* não se define, porque muitas coisas acontecerão, há várias possibilidades, portanto, o *ser* é pressuposto do *ente*.

A tradutora Marcia Sá Cavalcante Schuback afirma que o que movimenta o pensamento de Heidegger é o imperativo existencial: “[...]’*vir a ser o que se é*’, de ser o que se conhece”, denominando-o de *Dasein*⁹. Ao se desmembrar o termo *dasein*, tem-se que “*da*”

⁶ A respeito do pertencimento à nação brasileira, vale aludir que “O sentimento de pertencimento à nação, ou nacionalismo, não surgiu espontaneamente, mas a partir de estratégias diversas em que discursos hegemônicos se impuseram, não estando sempre disponível a possibilidade de transformação de narrativas estabelecidas. Vejamos como algumas das políticas e práticas culturais contribuíram para a construção da identidade brasileira” (SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *Memória coletiva e identidade nacional*. São Paulo: Annablume, 2013. p. 215). *Vide* ainda: HAFSTEIN, Valdimar Tr. Hafstein. Celebrando as diferenças, reforçando a conformidade. In: SANDRONI, Carlos; SALLES, Sandro Guimarães de (org.). *Patrimônio cultural em discussão: novos desafios teórico-metodológicos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2013. p. 17-39.

⁷ “O filósofo Martin Heidegger (1889-1976) publicou sua maior obra “Ser e Tempo” em 1927. Após o lançamento desta obra, ele foi considerado o maior nome da filosofia metafísica (depois denominada de existencialismo). [...] “Ser e Tempo” é a mais importante obra de Heidegger, e uma das mais importantes para a Filosofia. Ela influenciou a Psicologia, pois seu o objeto de estudo é o SER. Dela resulta toda filosofia que se chama existencialismo” (ARMELIN, Priscila Kutne. “Ser e Tempo”, de Martin Heidegger, e o patrimônio cultural. In: MONTESCHIO JÚNIOR, Anísio; MONTESCHIO, Horário (org.). *Filosofia e função social do direito: estudos em homenagem ao professor Ricardo Castilho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 476). “Ser é o existir em geral. Heidegger propõe a ontologia fundamental, que é previa a metafísica, faz parte desta. Não é materialista. A metafísica no sentido de essência, de compreender o mundo como eu sou, o meu mundo, e não o outro mundo (céu). A ontologia fundamental é o que ele propõe para discutir a essência. A existência é um milagre. Essa admiração do existir é a atitude original dos pré-socráticos. E o ser então é o existir (brotar da existência). Como a existência se manifesta? Se manifesta sendo de maneira pontual no tempo e no espaço. Ou seja, cada um de nós é um sendo, que é uma possível maneira de traduzir o *Dasein*. Ser é um brotar da existência. Um sendo é um ente. Um sendo, no tempo e no espaço. Um sendo que tem começo e fim” (MATTOS, Fernando Costa. *Quem somos nós? Pensadores Parte II – Martin Heidegger com Fernando Costa Mattos*. Entrevistador Celso Loducca. 1 abr. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B2-EIBBt9Ng>. Acesso em: 16 nov. 2019).

⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução, revisão e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006. p. 37; p. 42.

⁹ SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. A perplexidade da presença. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, op. cit., p. 15. Em sua tradução, Marcia Sá Cavalcante Schuback define *Dasein* como presença. Porém, compartilha-se da posição de que *Dasein* não se traduz. Não traduzir é respeitar a intenção de Heidegger que é de manter a proposta pura: um portal de possibilidades (MATTOS, Fernando Costa. *Quem somos nós? op. cit.*).

significa “*ai*”, e “*sein*” corresponde a “*ser*”, juntando-se, seria “*ser-ai*”, o ser no mundo, *sendo*”¹⁰.

Nas palavras de Heidegger, *Dasein* “[...] não é apenas um ente que ocorre entre outros entes. Ele se distingue onticamente pelo privilégio de, em seu ser, isto é, sendo, estar em jogo seu próprio ser”¹¹. O termo *sendo*, no gerúndio, traz a ideia de tempo. Cada um de nós é um *sendo*, que tem começo e fim¹². São coisas finitas. Ser é um brotar do existir¹³.

O homem se relaciona com o mundo, é um “ser-no-mundo”, ou seja, só se compreende o ser humano inserido no mundo, dentro de uma dimensão do tempo que está entre o seu nascimento e a sua morte (esta não é um acontecimento, mas um fenômeno a ser compreendido existencialmente, porque a morte faz parte da existência). Só se conhece o mundo, a partir do ser. O indivíduo é jogado no mundo, lançado no mundo e com este se relaciona¹⁴.

Heidegger ensina que a temporalidade é o nexos entre o nascimento e a morte, enquanto sentido ontológico da totalidade de *Dasein*, e destaca que ele “consta de uma sequência de vivências ‘no tempo’”¹⁵. Para mostrar que *Dasein* “só existe e só pode existir historicamente porque, no fundo do seu ser, é temporal”, ele faz uma análise da historicidade daquele.¹⁶ Conclui que, na construção existencial de historicidade, a História¹⁷ é o passado

¹⁰ MATTOS, Fernando Costa. *Quem somos nós?* op. cit. Dentro da ideia proposta sobre *sendo*, Vitório Cipriani (biblista) apresenta um estudo bíblico sobre o texto do nome de Deus no livro do Êxodo, nos termos gregos e hebraicos. Afirma que o texto em questão é de Êxodo 3,13: “Moisés disse a Deus: ‘Quando eu for aos filhos de Israel e disser: ‘O Deus de vossos pais me enviou até vós’; e me perguntarem: ‘Qual é o seu nome?’, que direi?’”; no versículo 14, tem-se: “Disse Deus a Moisés: (Hebraico): hy h.a, rv, a hy h.a, – eh’ie asher eh’ie – eu serei quem serei – trata-se do verbo ser – em Hebraico hyh – haia – na primeira pessoa do futuro”. Os tradutores judeus de Alexandria, no entanto, não refletiram este futuro em sua tradução e seguiram o pensamento grego, a filosofia, e traduziram a passagem pelo presente do verbo: é evidente que para a filosofia deus jamais ‘foi’ ou ‘será’, para ela, deus ‘é’: Eu sou aquele que é. Todavia, ele afirma que foi a experiência humana, inevitavelmente, progressiva do divino (e não a filosofia), que levou o autor de Êxodo 3,14 a empregar o futuro para designar deus: “ele provavelmente não negaria que deus ‘é’, mas para ele, e seu tempo, como, a rigor, para todos os crentes de todos os tempos, deus está sempre ‘sendo’, um ‘vir a ser’ contínuo, sem fim” (CIPRIANI, Vitório Maximino. *Ex. 3,14* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por vitoriomc@gmail.com em 16 fev. 2021). Nesses contextos, pode-se afirmar que, na experiência humana, deus e os homens estão sempre *sendo*.

¹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, op. cit., p. 48.

¹² MATTOS, Fernando Costa. *Quem somos nós?*, op. cit.

¹³ Na linha do existencialismo, Heidegger foi considerado aquele “que não recomenda apenas viver a vida, porque isso significaria simples sobrevivência. O homem deve voltar-se para si mesmo, indagar, aprender (até mesmo por meio da angústia natural) e assim enriquecer a existência” (CASTILHO, Ricardo. *Filosofia geral e jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 230). No existencialismo, encontram-se alguns conceitos, como Satré, seu discípulo, que afirma que existência precede a essência (SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo é um humanismo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 7.). Em Heidegger, somos seres com várias possibilidades na vida.

¹⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, op. cit., p. 438.

¹⁵ *Ibid.*, p. 464.

¹⁶ *Ibid.*, p. 468.

¹⁷ Sobre a memória e a história, vide ainda: NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Proj. História*, São Paulo, v. 10, p. 7-28, dez. 1993. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/12101>. Acesso em: 25 ago. 2021.

que ainda surte efeito, ou seja, o passado pertence ao tempo anterior, porém com efeito sobre o presente, no sentido de “aqui e agora”, por isso pode ser um dado “hoje”.

Apresenta como exemplo “as ruínas de um templo grego. Com ele, um ‘pedaço do passado’ ainda está ‘presente’”¹⁸. Histórico é um legado que ainda influi na convivência, é legado na tradição¹⁹. No museu, as antiguidades pertencem a um tempo passado e estão dadas no presente – “ele é um objeto historiográfico porque, em si mesmo, já é de algum modo, histórico”²⁰. Expõe que “O caráter histórico das antiguidades ainda conservadas funda-se, portanto, no ‘passado’ da *Dasein*, a cujo mundo elas pertencem”, todavia, “Manifestamente, a *Dasein* nunca pode ser um passado. Não porque não passe, mas porque, em sua essência, ela nunca pode ser algo simplesmente dado. Pois sempre que ela é, existe”²¹.

Desta feita, tal como as antiguidades, o patrimônio cultural apresenta caráter de passado e histórico, mas continua *sendo* no presente. *Dasein* é temporal, porque só existe historicamente. Ao fazer a análise da historicidade da *Dasein*, Heidegger possibilita que o patrimônio cultural seja o elo que liga o passado com o tempo atual, vivenciado no momento presente. A construção existencial de historicidade pede sua compreensão no sentido de passado, mas que ainda surte efeito.

O patrimônio cultural é assim: pertence ao passado, porém tem efeito sobre o presente, no momento atual, ao ser identificado, pela sociedade, como portador da sua identidade, ação e memória do povo²². É o legado que ainda influencia a sociedade, na sua convivência. É passado²³ que formou a memória da sociedade e que a ativa, quando olhado, vivido, presenciado, sentido, observado, analisado, novamente realizado, enfim, nas suas diversas formas de manifestação material ou imaterial.

Patrimônio cultural é um termo aberto, dinâmico e vivo a compreender não só o tradicional direito de acesso à fruição dos bens culturais de que goza a geração presente nas suas múltiplas e diversificadas manifestações, mas que inclui a sua valorização ou

¹⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, op. cit., p. 470.

¹⁹ *Ibid.*, p. 471.

²⁰ *Ibid.*, p. 471-472.

²¹ *Ibid.*, p. 472-473.

²² Artigo 216, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

²³ “Esse passado invocado, convocado, de certa forma encantado, não é um passado qualquer: ele é localizado e selecionado para fins vitais, na medida em que pode, de forma direta, contribuir para manter e preservar a identidade de uma comunidade étnica, ou religiosa, nacional, tribal ou familiar” (CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. 5. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006. p. 18).

enriquecimento que constituem o dever de todos os cidadãos²⁴. Ele está fundado no passado, mas não fica lá, ele é o sendo, *Dasein*, no mundo a que pertence. Em sua essência, o patrimônio cultural existe, tem caráter de passado e histórico, mas continua *sendo* no presente. É um *ente*, definido como patrimônio cultural, mas um ser, *Dasein*, um constante *sendo* quando da relação social. Está aí para ser, sendo memória²⁵ coletiva.

E nessa constituição fundamental é que se encontra a relevância do patrimônio cultural, na temporalidade. Ensina Jean-Paul Sartre que a temporalidade “É o que nunca esqueceremos”, pois toda teoria sobre a memória encerra uma pressuposição sobre o ser do passado²⁶.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que o tempo cronológico vivenciado pelo ser humano é nada, e este nada tem o sentido de ser memória (tempo passado que não mais é, mas é na memória presente) bem como de ser expectativa (tempo futuro que não é ainda, mas é na expectativa presente)²⁷.

O tempo cronológico na sociedade atual é tão fugaz! As pessoas vivem em constante pressa, em uma corrida contra o tempo que parece ser mais rápido do que se pretende que ele seja, pois, “o tempo contemporâneo surge como um elemento que perfura o espaço, substituindo a sensação de objetivação cronológica por uma circularidade plena de instabilidade”²⁸. Assim, “Turbulento, esse tempo parece fugaz e raso. Retira as espessuras das experiências que vivemos no mundo, afetando inexoravelmente nossas noções de história, de memória, de pertencimento”²⁹.

Esse tempo vivenciado pela sociedade da informação e do conhecimento³⁰, com comunicação instantânea e meios de transporte, rompe com a escala cronológica linear de

²⁴ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 10. O autor contesta os termos “bens culturais”, utilizados na língua alemã, afirmando que é uma tentativa de se encarnar o patrimônio cultural, e “herança cultural”, usado nas línguas inglesas, porque traz a visão estática de serem transmitidos e herdados de gerações passadas (*Ibid.*, p. 9-10).

²⁵ “[...] a memória é a construção ativa do passado” (SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *Memória coletiva e identidade nacional*, op. cit., p. 215; p. 10).

²⁶ SARTRE, Jean-Paulo. *O ser e o nada*: ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução e notas de Paulo Perdigão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 158-159.

²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito: tempo que passa, tempo que fica. *Revista Usp*, São Paulo, n. 81, mar./maio 2009. p. 49. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13729/15547>. Acesso em: 17 nov. 2019.

²⁸ CANTON, Kátia. *Tempo e memória*. São Paulo: Martins Fontes, 2009 (Coleção Temas da Arte Contemporânea). p. 20.

²⁹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰ “Superexposição e avanço tecnológico são duas das principais características da sociedade contemporânea, comumente designada como sociedade da informação e do conhecimento. Trata-se de um marco histórico na humanidade identificado pela abundância de informações, alta velocidade na sua dissipação e pelo surgimento constante de tecnologias, desenvolvidas para “facilitar” as mais variadas atividades humanas” (CASTRO, Bruna Azevedo de. Notas sobre o delito de quebra do sigilo das operações financeiras (LC 105/2001). In: HAMMERSCHMIDT, Denise. *Comentários às leis penais e processuais penais*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 1078-1079).

passado, presente e futuro, “uma vez que os mecanismos de sedução e gerenciamento de necessidades estabeleceram novos ritmos, cada vez mais fugazes, frementes e hiperenvernizados pela busca do *novo* [...]”.³¹

O tempo³² cronológico, além de tão fugaz, contém uma qualidade entrópica. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao analisá-lo, conclui: tudo morre³³. Contra essa luta invencível, introduz-se a cultura como a capacidade de retomada reflexiva do passado e antecipação reflexiva do futuro, que esse autor denomina de tempo cultural³⁴.

O tempo cultural desafia o tempo cronológico, porque aparece entre o passado e o futuro, como duração, cuja experiência se dá no presente que a pessoa vive como um contínuo, tornando, assim, o passado algo mais interessante. Ao conceder, para o ser humano, um sentido, confere, para a memória, uma segurança necessária à conformação da integridade psicossocial do indivíduo e faz do futuro um crédito, base de uma promessa³⁵.

O patrimônio cultural, dentro do tempo cronológico, é um *ente* que traz em sua essência *Dasein* (*sendo*), que permite, ao ser humano, a ligação com a sua memória coletiva, conectando-o aos demais membros da sociedade, gerando o sentimento de pertencimento, de identidade social. E, *sendo* no mundo, o patrimônio cultural demonstra sua inserção no tempo cultural³⁶.

Com essa capacidade de retomada reflexiva do passado e antecipação reflexiva do futuro, o patrimônio cultural cria um elo para o ser humano relembrar sua memória coletiva, sua inserção de ser-no-mundo.

³¹ AFONSO, Elvis Francisco. Turismo e patrimônio cultural: cidadania e memória. In: MARTINEZ, Regina Célia; GARCIA, José Ailton (org.). *Direito e turismo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226.

³² Pontes de Miranda, ao expor sobre a função do tempo no âmbito jurídico, diz que “O tempo não é fato jurídico, de *per si*. O tempo entra, como fato, no suporte fático de fatos jurídicos. Ora, com êle, nascem direitos, pretensões, ações ou exceções; ora, com êle, acabam; ora, com êle, se dão modificações de ordem jurídicas, que atingem direito [...]” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral, pessoas físicas e jurídicas. t. 1. Atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 91).

³³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito: tempo que passa, tempo que fica*, op. cit., p. 49. A angústia humana de confrontar-se com a realidade existencial da sua própria morte, permite ao homem se abrir ou se fechar para as possibilidades de voltar a ser o que se é. O dilema da morte, o enfrentamento da sua existência como parte da condição humana – a morte é um fenômeno da vida (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, op. cit., p. 207; p. 321),

³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito: tempo que passa, tempo que fica*, op. cit., p. 49.

³⁵ *Ibid.*, p. 44.

³⁶ Como curiosidade, em África do Sul é comemorado o Dia do Patrimônio Cultural (*Heritage Day*), sempre em 24 de setembro, em que se celebra o dia das tradições, da diversidade de culturas e crenças. É o patrimônio cultural sendo no mundo africano (LUZ, Natalia da. África do Sul: Dia do Patrimônio Cultural comemora diversidade. *Por Dentro da África*, 24 set. 2016. Disponível em: <http://www.pordentrodaafrica.com/cultura/africa-do-sul-dia-do-patrimonio-cultural-comemora-diversidade>. Acesso em: 17 dez. 2021).

Para Heidegger, o ser verdadeiro somente é possível com base no ser-no-mundo, o ente somente se faz sendo junto no mundo, em ser-com os outros, enquanto momentos constitutivos de sua existência³⁷. Isso permite a criação da memória coletiva, e ela se mantém com a preservação dos bens que a representam, que são bens culturais nos quais repousa o valor de ser patrimônio cultural.

O filósofo Maurice Halbwachs³⁸ foi o primeiro a aventar a ideia da memória³⁹ coletiva, que, segundo ele, corresponde ao conjunto de lembranças que um grupo de pessoas compartilha a respeito de um evento marcante, o qual, somado a fatos e imagens de domínio público, forma um tecido muito mais extenso e bem-tramado do que a simples soma das recordações individuais. Explica que esse tecido pode ser compartilhado até mesmo por gerações que não assistiram aos acontecimentos. É um fenômeno presente na memória desse grupo, de determinada sociedade.

A teologia também reconhece a relevância da memória de grupo. Catequiza que a memória coletiva é indispensável para se conservar a história da condição humana e que, por meio dela, dos seus mitos, são possíveis a procura e o reencontro dos princípios e dos paradigmas de toda conduta. Considera, assim, que o verdadeiro pecado é o esquecimento, ou seja, “esquecer o acontecimento que fundou a condição humana”⁴⁰.

Retomando para a filosofia, a memória pode ser constituída de duas condições ou momentos distintos, quais sejam, “1º conservação ou persistência de conhecimentos passados que, por serem passados, não estão mais à vista: é a retentiva; 2º possibilidade de evocar, quando necessário, o conhecimento passado e de torná-lo atual ou presente: é propriamente a recordação”⁴¹.

O patrimônio cultural atende à função de contribuir com a manutenção dessas duas condições da memória coletiva, ao permitir a conservação de conhecimentos passados e tornando-os presente, um *sendo* atual na sociedade em que está inserido, porque sua percepção está dentro do quadro social vivido pelas pessoas em seu dado momento histórico, mantendo-se, ali, sempre o passado presente que projeta o futuro dentro da perspectiva de quem o está contemplando. É um bem que não se retrai no passado. Sua inserção de ser-no-mundo integra a vida de hoje com sua carga de valores (artísticos, sociais, históricos, naturais, religiosos, entre outros) para a construção do futuro.

³⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, *op. cit.*, p. 289.

³⁸ HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*, *op. cit.*, p. 30.

³⁹ “Mnemosyne e Memória é a deusa que impede o esquecimento, está do lado da luz, da vidência inspirada, da antevisão do futuro pela compreensão profunda do sentido do passado” (CHAUÍ, Marilena. *Política cultural, cultura política e patrimônio histórico*, *op. cit.*, p. 42).

⁴⁰ ELIADE, Mircea. *O sagrado e o profano: a essência das religiões*. Tradução de Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 90.

⁴¹ ABAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, *op. cit.*, p. 657.

Essa intrínseca relação com a memória coletiva⁴², evocando um passado vivo⁴³, é uma característica marcante do patrimônio cultural. Como afirma Sartre, “eu não me desassocio do meu passado”, porque todo ser presente é o fundamento de seu próprio passado, “[...] o ser presente tem-de-ser em seu ser o fundamento de seu passado sendo ele próprio esse passado”⁴⁴. Por meio da memória é que se estabelecem relações entre os momentos passados e o presente e permite-se a conclusão pela identidade de uma coisa, de uma pessoa ou de grupos⁴⁵.

A identidade é o centro para a resposta da questão: quem somos? Ela tem uma construção de conteúdo histórico, ao reconstruir a vida da pessoa ou do grupo que se questiona⁴⁶ – no caso, a identidade nacional brasileira⁴⁷. Esta identidade aflora ao se deparar com o patrimônio cultural (quando se apreciam, por exemplo, a exuberância natural das cataratas de Foz do Iguaçu ou a riqueza cultural de festas folclóricas). O brasileiro é preenchido com um “[...] sentimento vigoroso que nos vincula às nossas tradições e nutre o sentido de pertença aos nossos lugares de origem. Todos esses elementos integram a nossa brasilidade, nossa identidade comum”⁴⁸.

⁴² TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*. 1997. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997. p. 4. Sobre essa relação do patrimônio cultural com a memória coletiva, vide também: CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na Constituição de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 45-47; REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 59; p. 102.

⁴³ “A memória representa não apenas a construção do passado, mas também a presença deste último” (SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *Memória coletiva e identidade nacional*, op. cit., p. 215; p. 51).

⁴⁴ SARTRE, Jean-Paulo. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*, op. cit., p. 167.

⁴⁵ PAOLI, Maria Célia. Memória, história e cidadania: o direito ao passado. In: CUNHA, Maria Clementina. *O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura – DPH, 1992. p. 25-27. É importante observar que: “Podemos dizer, portanto, que identidades dependem das memórias, mas não podem ser confundidas com elas. Os indivíduos, ao constituírem suas identidades, utilizam-se dos diversos tipos de memórias e de seus suportes, mas não ficam restritos a eles. Identidades são constituídas a partir de um conjunto de atributos, inatos, adquiridos e/ou constituídos, que diferenciam não só indivíduos entre si, mas também grupos diversos e nações” (SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *Memória coletiva e identidade nacional*, op. cit., p. 215; p. 17).

⁴⁶ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 6-7.

⁴⁷ A questão da identidade nacional brasileira é discutida desde a época da independência política em relação a Portugal. Entretanto, nessa época e até a primeira metade do século XIX, o centro da discussão voltava-se para a questão racial, e apenas no curso da segunda e terceira décadas do século XX o problema passou a ser em volta da ideia de cultural, com busca da “essência”, da “alma” brasileira (GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ/MIC – IPHAN, 2002. p. 41).

⁴⁸ PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio cultural: consciência e preservação*. São Paulo: Brasiliense, 2009. p. 14. “Nesse sentido, toda cidade é histórica na medida em que registra relações sociais e modos de vida, bem como nos possibilita, através do reconhecimento de nossas identidades culturais, sentimento de pertencimento” (DIEGOLI, Leila Regina. Valoração da memória: conceito e reconhecimento para salvaguarda de bens culturais. In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 445).

José Reginaldo Santos Gonçalves fez um estudo interpretativo sobre os discursos do patrimônio cultural no Brasil, os quais visaram à formulação e implementação de políticas oficiais, desde a década de 1930 até os anos 1980. Concluiu que o propósito fundamental daqueles foi sempre a construção de uma “memória” e de uma “identidade” nacional, cujo empreendimento final visou alcançar a construção da “Nação” brasileira. Nesses discursos, as mensagens moral e política neles contidas são apresentadas no sentido de que a existência da nação está ameaçada ante o processo de perda do seu patrimônio cultural. Para que isso não ocorra, estabelecem-se estratégias de apropriação e preservação do patrimônio. Ressalte-se que a nação deve identificar e se apropriar desse patrimônio, o qual já lhe pertence.⁴⁹

O patrimônio cultural faz a ponte entre o passado ou essa identidade nacional e os indivíduos que compõem a nação. Esta é a sua relevância na vida da sociedade: de servir de lembrança à memória individual e coletiva que com o patrimônio cultural se identifica⁵⁰.

1.2 CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL

Conceituar patrimônio cultural tem como problema central “a construção de um conceito capaz de unir o direito à teoria do patrimônio e à filosofia da cultura. Um conceito que não se perca nas definições jurídicas longas”, que “não se abstraía dos aspectos relacionados à cultura e que envolva questão do patrimônio e do conceito de propriedade”. Sem dúvida, “Este é o desafio apresentado aos juristas atuantes nesta área do conhecimento”⁵¹.

Em um recorte no termo patrimônio cultural, existem “patrimônio” e “cultura”. Cultura, como complexo simbólico, é “[...] um dos mais desconcertantes conceitos do pensamento moderno. Não é sem motivo que a mais sistemática tentativa de buscar uma

⁴⁹ GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*, op. cit., p. 13; p. 30-32; p. 79. “Até bem pouco tempo, a tutela preservacionista geralmente recaía sobre os bens culturais ligados aos setores dominantes da sociedade, na tentativa de se forjar uma identidade nacional homogênea e unívoca para o país. Neste sentido, preservaram-se as igrejas barrocas, as casas-grandes, os fortes militares, as casas de câmara e cadeia, em detrimento de outros bens reveladores de outros segmentos étnico-culturais, a exemplo de senzalas, quilombos, vilas operárias, cortiços etc. [...] A partir da década de 1980, devido à emergência dos movimentos sociais populares na cena política nacional e, em parte, à renovação da historiografia brasileira, que passou a resgatar em suas pesquisas a participação dos ‘excluídos da história oficial’, é que a ação preservacionista do poder público passou a dar atenção a bens e valores de outros segmentos sociais e minorias étnico-culturais” (ORIÁ, Ricardo. Prefácio: o patrimônio cultural na legislação brasileira. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Legislação sobre patrimônio cultural*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010. p. 10-11).

⁵⁰ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23.

⁵¹ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A propriedade dos bens culturais no Estado democrático de direito*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p. 36.

definição unívoca para o termo acabou resultando num rol de dezenas de acepções [...]”⁵². Portanto, opta-se em apresentar conceito, sem aprofundamento das teorias e discussões doutrinárias específicas, para se percorrer o caminho que vai “Do universo da cultura [...] para uma primeira redução até se chegar ao patrimônio cultural”⁵³.

A característica essencial da cultural é pertencer à espécie humana⁵⁴. Somente o homem cria e mantém cultura, sendo que cada sociedade tem a sua própria com suas características⁵⁵. Ela tem elementos material e espiritual⁵⁶, é apresentada como um esforço não apenas para o domínio da vida material, mas também para a libertação do espírito.

Isso porque “[...] se pode dizer que não há senão uma cultura humana válida para todas as sociedades que atingiram um certo grau de desenvolvimento, a cultura, ainda neste sentido restrito, está sempre ligada às tradições nacionais”, e “tende a tomar diferentes aspectos e formas ao passar por meios diferentes. Ela será mesmo tanto mais autêntica e original quanto mais rica e substancial for a seiva que subir de suas raízes mergulhadas no húmus nacional”; todavia, “não poderá desabrochar, como uma verdadeira flor de civilização, se não se abrir, na plenitude de sua força, para todos os tempos e para todos os povos.”⁵⁷

Em síntese, há três definições de cultura: uma, de sentido amplo, corresponde à forma como os homens se desenvolveram, e se desenvolvem, no curso dos tempos; outra, em sentido estrito, corresponde ao modo de vida de determinado povo, modo que é expresso pela cultura material (modo de vida, como vestimentas, habitações) e não material (modo de sentir, linguagem, e outras); e, ainda, a cultura como símbolo, que seria a transformação feita pelo homem daquilo que é dado pela natureza (por exemplo, a caça e a arte)⁵⁸.

⁵² COHN, Gabriel. Concepção oficial de cultura. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional: Estado e Cultura*, Rio de Janeiro, n. 22, 1987. p. 9.

⁵³ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29.

⁵⁴ Na etimologia, derivada do latim *colere*, que significa cultivar, tratar, *cultura* corresponde à lavoura ou a conhecimentos adquiridos (CULTURA. In: *Enciclopédia Mirador Internacional*. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações, 1995. v. 7. p. 3107).

⁵⁵ HOEBEL, E. Adamson. A natureza da cultura. In: SHAPIRO, Harry L. (org.). *O homem, cultura e sociedade*. Lisboa: Fundo de Cultura, 1956. p. 208.

⁵⁶ Os antropólogos diferenciam cultura material e não material, de modo que a primeira consiste em bens tangíveis, enquanto a segunda, no comportamento em si, tanto manifesto quanto não manifesto (*Ibid.*, p. 217).

⁵⁷ AZEVEDO, Fernando. *A cultura brasileira*. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1971. p. 37-38.

⁵⁸ ULLMANN, Reinhold Aloisio. *Antropologia cultural*. 2. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1983. p. 84. Há também a distinção de cultura e civilização feita pelos sociólogos, em que a segunda (civilização) relaciona-se com as formas de vida cientificamente mais avançadas, enquanto a cultura refere-se a qualquer modo de vida, simples ou complexo (ENCICLOPÉDIA Delta Universal. Rio de Janeiro: Delta, 1991. v. 3. p. 2433). Neste sentido, destacam-se as lições de Darcy Ribeiro, em sua obra na qual trabalha o processo civilizatório nacional (RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972). Todavia, afirma José Afonso da Silva que se a Carta Magna adotou a doutrina de Darcy Ribeiro, diferenciando cultura e civilização, quando menciona o processo civilizatório no artigo 215, § 1º, tal “[...] diferenciação não tem qualquer reflexo na compreensão jurídico-constitucional da cultura brasileira” (SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultural*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 37-38).

Ao diferenciar o elemento cultural do natural, Miguel Reale conceitua: “Pois bem, ‘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”. E exemplifica: “É o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e forma de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana”⁵⁹.

Porém, “nem tudo que é cultura é patrimônio cultural”⁶⁰. A Constituição Federal de 1988 não adota o conceito de cultura em toda a sua extensão, limitando-o no artigo 216, ao estabelecer que, para um bem cultural ser constituído patrimônio cultural brasileiro, é necessário que ele seja portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Há uma relação com a ideia de testemunho, com o passado, sendo o distanciamento temporal um dos traços que conformam a linha divisória entre ambos⁶¹.

Por sua vez, a palavra patrimônio também “[...] possui diversas acepções, que variam conforme o contexto onde é empregada”⁶². Do latim *patrimonium*, termo formado a partir da raiz *pater* (pai), designa, na sua origem, os bens da família ou os bens herdados dos pais⁶³. Sua noção está ligada ao direito privado, e sem a finalidade de aprofundar sua temática, denomina-se patrimônio o complexo dos direitos e obrigações pecuniariamente apreciáveis de toda pessoa. “Nele se compreendem as coisas, os créditos e os débitos, enfim, todas as relações jurídicas de conteúdo econômico das quais participe a pessoa, ativa ou passivamente”, ou seja, sintetizando-se, é “a representação econômica da pessoa”⁶⁴. Reconhece a doutrina que há bens jurídicos que podem ser econômicos ou não, porém os que integram o patrimônio possuem valor econômico⁶⁵.

⁵⁹ REALE, Miguel. Cultura. In: FRANÇA, Limongi (coord.). *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 22. p. 103. Tem-se também como conceito mais sucinto: “Complexo dos padrões de comportamento, crenças e instituições de determinada coletividade” (SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*: edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 5, p. 67).

⁶⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, op. cit., p. 49.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 56.

⁶³ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*: edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 3-46. p. 330.

⁶⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Coordenação e atualização Edvaldo Brito; atualização de Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 149.

⁶⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. P. Azevedo, 1953. p. 208-210.

Não obstante, dentro da concepção de patrimônio cultural, a palavra “patrimônio” é utilizada em sentido amplo, e não estritamente jurídico. Representa “[...] uma *riqueza*, que o Governo e o povo devem preservar, sem perda, evidentemente, de seu adequado aproveitamento econômico”⁶⁶; riqueza compreendida no sentido moral, cultural, intelectual⁶⁷.

Embasado no conceito de patrimônio de Direito Civil, tem-se que o sentido do termo “patrimônio”, no contexto de patrimônio cultural, são bens reunidos em uma categoria ‘patrimonial’, aos quais é atribuído um valor⁶⁸ que justifica sua preservação. Assim, “Para diferenciá-la dos demais ‘patrimônios’, a ela é agregada uma outra expressão, que evidencia o seu caráter social. É nessa forma que muitas das legislações existentes a denominam – patrimônio cultural, patrimônio histórico e artístico, patrimônio nacional⁶⁹, etc.”⁷⁰.

O escopo do termo patrimônio suplanta os limites de valor monetário⁷¹. Depara-se com um bem jurídico de natureza híbrida; ante o fato de ser o patrimônio cultural composto de bens que possuem um valor inestimável, insuscetível de apreciação econômica, e que podem ter, ainda, valor econômico⁷². Essa natureza híbrida “[...] considera o bem cultural como uma mercadoria, mas também como um objeto detentor de um *status* privilegiado”⁷³.

Por conseguinte, Carlos José Teixeira de Toledo argumenta que a noção de patrimônio do Direito Civil em quase nada se aproveita para o entendimento do patrimônio cultural, ante a impropriedade de se transportar uma categoria de direito privado para uma categoria cuja natureza é de direito público. Justifica que determinada característica daquele não se aplica neste, ou seja, a relação de dominialidade que liga o bem a seu titular não ocorre no

⁶⁶ REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 167.

⁶⁷ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 174-191, jan./mar. 2001.

⁶⁸ Miguel Reale leciona que o valor não admite qualquer possibilidade de quantificação, pois “A idéia de numeração ou quantificação é completamente estranha ao elemento valorativo ou axiológico. Não se trata, pois de mera falta de temporalidade e de espacialidade, mas, ao contrário, de uma *impossibilidade absoluta de mensuração*. Não se enumera, não se quantifica o valioso. Às vezes nós o medimos, por processos indiretos, empíricos e pragmáticos, como acontece, por exemplo, quando exprimimos em termos de preço a ‘utilidade’ dos bens econômicos, mas são meras referências para a vida prática, pois os valores como tais são imensuráveis, insuscetíveis de serem comparados segundo uma unidade ou denominador comum” (REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13, grifos do autor).

⁶⁹ “É mister que se compreenda, entretanto, que a expressão *patrimônio nacional* não é tomada no sentido material do bem ser propriedade da Nação, pois isso não ocorre; usa-se o termo em sentido subjetivo ou ideal de ele pertencer ao patrimônio ideológico do País [...]” (NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: volume 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 319).

⁷⁰ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 57.

⁷¹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*, op. cit., p. 87.

⁷² SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 97.

⁷³ LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. A proteção internacional dos bens culturais: uma nova perspectiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 716, jun. 1995. p. 3.

patrimônio cultural, que pertence a diversos titulares. Por fim, complementa a questão da economicidade dos bens e que não há relação direta, pois, a relevância do patrimônio cultural decorre não do seu valor econômico, mas do reconhecimento de que nos bens que o compõem há um valor cultural⁷⁴, que é “[...] um *plus* em relação à dimensão econômica”⁷⁵.

Este *plus* decorre do fato de que uma organização social surge e se estabiliza quando, dentre os seus integrantes, passam a existir elementos identificativos comuns, laços que unem uns aos outros. Desses dados e elementos em comum desponta a identidade entre os seus membros que justifica a existência do corpo social. Por isso, são esses bens e valores que a Constituição Federal denomina de patrimônio cultural, por terem uma qualidade aferida de seu especial significado para o grupamento social, como marco de referência para sua identidade⁷⁶.

As raízes brasileiras são ricas, lindas e repletas de valor cultural e não podem ser desprezadas pela visão de que não se enquadram no padrão de beleza propagado e distorcido, em geral pelos meios de comunicação⁷⁷, que apresenta algumas como uma cultura inferior.

⁷⁴ “Retomando a noção de cultura como ação significante que depende da manipulação de um instrumental simbólico, podemos tentar aplicá-la à noção de patrimônio cultural. Nessa perspectiva, devemos tentar definir o patrimônio em função do significado que possui para a população, reconhecendo que o elemento básico na percepção do significado de um bem cultural reside no *uso* que dele é feito pela sociedade. Devemos conceber o patrimônio cultural como cristalizações de um ‘trabalhador morto’ que se torna importante exatamente na medida em que se investe nele um novo ‘trabalho cultural’, através do qual esse bem adquire novos usos e novas significações. Aliás, uma das características desse processo de construção cultural reside exatamente no fato de que, quanto maior a carga simbólica conferida no passado a um bem cultural, tanto mais ricas serão as possibilidades de sua utilização futura. Desse modo, podemos conceber que há certos bens privilegiados, em virtude dos significados que acumularam durante sua história, que merecem um esforço especial no sentido de preservá-los e colocá-los à disposição a população para usos futuros” (DURHAM, Eunice Ribeiro. Cultura, patrimônio e preservação. In: ARANTES, Antônio Augusto (org.). *Produzindo o passado: estratégias de construção do patrimônio cultural* São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 30-31, grifo da autora).

⁷⁵ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 57-58. A ideia de que a palavra “patrimônio” (no contexto de patrimônio cultural) não corresponde com a noção de sua raiz no Direito, também é comungada por Carlos Frederico Marés, que afirma ser juridicamente a técnica, significando “[...] o acervo dos bens culturais relevantes para a Nação [...]”. Porém, reconhece que é um termo utilizado em Direito praticamente por todos os povos, e ressalva que o constituinte brasileiro utiliza-se da palavra patrimônio não somente para os bens culturais, mas também para o patrimônio ambiental, genético e até mesmo para o mercado interno (art. 219 da Constituição Federal) (MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 2, jan./mar. 1993. p. 21). Ver também: REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*, op. cit., p. 87; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, op. cit., p. 28-29; LONGHI, Emerson de Oliveira. A tutela do patrimônio cultural. *Revista Intertemas*, Presidente Prudente, v. 2, p. 237-249, dez. 2001.

⁷⁶ SOUZA, Motaui Ciochetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor, probidade administrativa*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99-100.

⁷⁷ “A construção de nossas identidades – e não poderia apenas ser uma, pois o grau de conjugações étnicas são inúmeras – está marcada sobretudo pela complexidade dos códigos da mestiçagem, sendo elementos a serem descobertos, desvelados e agregados à vida e à memória brasileira, não como folclore ou cultura menor, como infelizmente a escola e os meios de comunicação – principalmente os rádios e a TV – o fazem, tornando experiências, informações e notícias em produtos de entretenimento, sempre regados pelo tempero da banalização e gratuidade, submetendo preciosidades da experiência nacional, como as danças, as músicas e as expressões artísticas e culturais em geral em mercadorias descaracterizadas, deslocadas de suas funções e espaços, sendo devoradas inconscientemente por uma massa ávida por novidades passíveis de consumo, porém sem alma, presente nas gôndolas dos noticiários” (AFONSO, Elvis Francisco. *Turismo e patrimônio cultural: cidadania e memória*, op. cit., p. 222).

Por ser marco de referência de identidade de um povo, concomitante à preservação do patrimônio cultural é salutar a sua valorização nas mais diversas formas de manifestação, para que os sentimentos de pertencimento e identidade estejam arraigados no povo.

No entanto, o anseio pelo moderno, o novo não permite a efetiva reflexão no que se refere ao patrimônio cultural e muito menos a sua identificação entre as pessoas, de um sentimento de pertencimento a determinadas culturas brasileiras, gerando um sentimento de não pertencimento. Somente com a valorização do patrimônio cultural, com toda a sua riqueza de representações de expressividade do povo, em especial, o imaterial, como fonte de identificação e direito de personalidade, reconhecendo-se e valorizando-se todos os diversos grupos que a comportam, tem-se uma abertura para sua verdadeira inclusão na sociedade. Inclusão esta vista como relevante, porque comporta a identificação do povo⁷⁸.

Dentro dessa ótica, mantém-se a certeza de que a tutela não repousa no seu valor econômico, mas na “qualidade de ser pessoa humana brasileira, retratada em sua identidade de se reconhecer e ser reconhecido como brasileiro”⁷⁹. Como já afirmado pelo ministro Luiz Fux em seu voto, a regra prevista no artigo 216, da Constituição Federal, demonstra “[...] esse novo estado de consciência e democracia cultural, como reflexo da busca da própria identidade de um povo [...]”⁸⁰.

O patrimônio cultural tem que possibilitar esse encontro de vínculo, no sentido de que, ao apreciá-lo, a pessoa o valorize por ser brasileiro, em uma identificação de pertencimento: quando sou com o outro⁸¹, eu o incluo na mesma História, na mesma sociedade, no mesmo povo. Isso demonstra que o valor do patrimônio cultural não é medido por sua materialidade mas por sua força simbólica que comporta (o poder de estabelecer uma mediação entre o

⁷⁸ ARMELIN, Priscila; BORIN, Roseli. O valor do patrimônio cultural para a inclusão social. In: CONPEDI/UNICURITIBA (org.); SANTOS, Bartira Macedo Miranda; SOUZA, Fernando Vidal de (coord.). *Direito ambiental e socioambiental I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 1-23. Disponível em: <https://11library.org/document/z1dpx4pz-valor-patrimonio-cultural-inclusao-social-priscila-armelin-roseli.html>. Acesso em: 4 dez. 2021.

⁷⁹ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 28.

⁸⁰ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux (Relator). Agravo Regimental NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.966 AMAZONAS. 17.11.2017 (ACO 1.966-AgR/AM, relatada pelo Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno). Agravante Estado do Amazonas. Agravado Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. p. 6. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313361484&ext=.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2022.

⁸¹ “[...] o que precisa, ao contrário, para merecer o título de homem civilizado, é derrubar este comportamento; somente quando conseguimos dizer sinceramente ‘eu sou como este’ então verdadeiramente seremos dignos da civilização” (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995. p. 13).

visível e o invisível, o presente e o passado)⁸²; são bens portadores de referência para a sociedade.

Na Constituição Portuguesa está expressamente previsto, no artigo 78º, 1, c, que o patrimônio cultural serve como elemento vivificador da identidade cultural comum, incumbindo, ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais, promover sua salvaguarda e valorização⁸³.

No Direito espanhol, o conceito constitucional de patrimônio cultural designa o conjunto de bens que têm em comum o valor cultural objetivo, com características comuns capazes de serem aglutinadas em uma referência única, independentemente do valor econômico⁸⁴.

Com esse propósito, a Constituição de 1988 traz no *caput* do artigo 216 um conceito que abrange tanto os elementos de grandiosidade e excepcionalidade (anteriormente previstos no Decreto-Lei n. 25/1937), como inclui outros, em uma concepção pluralista, que considera a diversidade cultural, religiosa e étnica da sociedade brasileira⁸⁵, tendo como requisito principal que haja identificação com a alma nacional⁸⁶.

É um conceito que abrange simultaneamente o valor histórico, ao prescrever a proteção de bens individualmente ou um conjunto, desde que “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” e de valor sociológico, ao consagrar os bens imateriais ao lado dos materiais, sem exigir, dessa forma, que sejam de valor excepcional⁸⁷.

Em se reconhecendo como um bem que representa a identidade brasileira, o “patrimônio cultural nacional” pertence a todo o povo brasileiro, não sendo um bem da União, inclusive porque não está no rol do artigo 20, da Constituição Federal, que prevê taxativamente quais são os bens que a ela pertencem⁸⁸, exceto em relação às cavidades

⁸² CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultural*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2021. p. 154.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *A constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista do Tribunais; Coimbra Editora, 2007. p. 923.

⁸⁴ GONZÁLES RUS, Juan José. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 48, n. 1, Ene./Abr. 1995. p. 44. Ver também: LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 38.

⁸⁵ Essa concepção pluralista foi sugerida e defendida por Aloísio Magalhães, quando da direção do Instituto de Proteção ao Patrimônio Cultural – na época SPHAN, de 1979 a 1982, modificando a posição de seus antecessores (GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*, op. cit., p. 98).

⁸⁶ MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*, op. cit., p. 27.

⁸⁷ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos*, op. cit., p. 177.

⁸⁸ REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*, op. cit., p. 166-167.

naturais subterrâneas⁸⁹ e aos sítios arqueológicos e pré-históricos que estão elencados no inciso X, desse artigo em comento.

Sucintamente, foram três fases pelas quais passou o conceito de patrimônio cultural no curso da História⁹⁰. A princípio, a preocupação de preservar volta-se aos monumentos e objetos artísticos de valor excepcional, com maior influência da arquitetura e da crítica de arte⁹¹. Com a Carta de Veneza⁹², substitui-se o conceito de excepcionalidade pela noção de monumento histórico, estabelecendo-se, no seu art. 1º, que não apenas as grandes criações, mas também as obras modestas que tenham adquirido, com o tempo, relevância cultural devem ser preservadas e conservadas. Há a prevalência da História. Atualmente, com influência da sociologia e da antropologia, o conceito de patrimônio cultural, além de abranger bens móveis e imóveis, passou a expressar valores imateriais, intangíveis⁹³.

O conceito constitucional adota a linha moderna das convenções internacionais, em especial, da Recomendação de Paris⁹⁴, incluindo bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto. Ou seja, inclui o seu entorno com a finalidade de preservar o conjunto de bens.

Tal como ocorre com o ambiente, que se aproxima mais de um catálogo de elementos que propriamente de um conceito⁹⁵, acontece com o patrimônio cultural. Ele é o conjunto de

⁸⁹ O Decreto n. 99.556, de 1 de outubro de 1990, prevê, em seu artigo 1º, que as cavidades naturais subterrâneas são patrimônio cultural brasileiro e, como tal, serão preservadas; no parágrafo único define o que deve ser entendido como “cavidade natural subterrânea”: conhecida popularmente como caverna, inclui todo o ambiente formado por processo natural (fauna, flora, mineral e hídrico), admitindo-se na designação todos os termos regionais, como gruta, lapa, toca, abismo, fuma e buraco.

⁹⁰ Nos anos 1920 e 30 buscaram os intelectuais definir uma identidade moderna para a Nação. Para revelar a cultura brasileira, trataram de moldá-la a partir de olhares seletivos, em que a representação nacional servisse “[...] de referência para o desenvolvimento de uma estética na qual se refletisse aquilo que uma elite intelectual entendia como retrato síntese do ‘verdadeiro’ Brasil”. No Estado Novo, com Getúlio Vargas, não era mais o critério de excepcionalidade, mas o de História para determinação do patrimônio. Porém, deveriam estar vinculados a “fatos significativos” ou porque neles tivessem vivido “figuras ilustres da nacionalidade”. O patrimônio cultural era usado como símbolo para moldar os cidadãos conforme as pretensões centralizadoras e reformadoras de um Estado que se inaugurava. Todavia, estas construções impostas por um momento histórico foram superadas, com a ampliação do conceito (RODRIGUES, Marly. De quem é o patrimônio? Um olhar sobre a prática preservacionista em São Paulo. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional: Estado e Cultura*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 195-196, 1996).

⁹¹ Este conceito de excepcionalidade norteou por muitos anos a legislação brasileira.

⁹² A Carta de Veneza é um documento resultante do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos, realizado no ano de 1964.

⁹³ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 95-96, abr./jun. 1999.

⁹⁴ É a Convenção da UNESCO, firmada em 17 de outubro de 2003, propondo a proteção do patrimônio cultural imaterial e denominada de Recomendação Paris, aprovada no Brasil pelo Decreto nº. 5.753, de 12 de abril de 2006.

⁹⁵ Nesse sentido, vide: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais* (lei 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 64.

bens culturais⁹⁶. Sucede que há valores que se agregam a determinados bens de tal forma que, ante a sua especificidade e destaque, fazem com que o bem cultural seja reconhecido e denominado pelo próprio valor (por exemplo, *patrimônio histórico*), porém não deixa de ser patrimônio cultural, quando preenchidos os requisitos constitucionais.

O termo patrimônio cultural tem como finalidade conferir unidade de sentido ao conjunto de bens culturais no âmbito do ordenamento jurídico⁹⁷. É uma concepção ampla, que abrange uma amplitude categorial que comporta vários valores, como, por exemplo, artístico, estético, histórico, religioso, etnográfico, paisagístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico⁹⁸.

Nesse sentido, a Convenção da UNESCO de 1970⁹⁹ conceitua os bens culturais, em seu artigo 1º, como “[...] quaisquer bens que, por motivos religiosos ou profanos, tenham sido expressamente designados por cada Estado como de importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência”¹⁰⁰. Esses bens devem pertencer às categorias elencadas no documento¹⁰¹.

A UNESCO, em 1972, adotou a Convenção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural¹⁰² e, em seu preâmbulo, menciona que os bens de patrimônio cultural e patrimônio

⁹⁶ MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*, op. cit., p. 2.

⁹⁷ BRITO, Miguel Nogueira. Sobre a legislação do patrimônio cultural. *Revista Jurídica*, Lisboa: Nova Série, n. 11, 1989. p. 167.

⁹⁸ BORGES, Marco Antônio. O tombamento como instrumento jurídico para proteção do patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 6, n. 22, abr./jul. 2001. p. 259; MARCHESAN. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, op. cit., p. 204-212.

⁹⁹ Aprovada no Brasil pelo Decreto nº. 72.312, de 31 de maio de 1973.

¹⁰⁰ BRASIL. Decreto n. 72.312, de 31 de maio de 1973. Promulga a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 8 jun. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D72312.html. Acesso em: 21 jun. 2021.

¹⁰¹ São as seguintes categorias: “a) as coleções e exemplares raros de zoologia, botânica, mineralogia e anatomia, e objeto de interesse paleontológico; b) os bens relacionados com a história, inclusive a história da ciência e da tecnologia, com a história militar e social, com a vida dos grandes estadistas, pensadores, cientistas e artistas nacionais e com os acontecimentos de importância nacional; c) o produto de escavação arqueológicas (tanto as autorizadas quanto as clandestinas) ou de descobertas arqueológicas; d) elementos procedentes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de lugares de interesse arqueológico; e) antiguidade de mais de cem anos, tais como inscrições, moedas e selos gravados; g) objetos de interesse etnológico; h) os bens de interesse artístico, tais como: i) quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente a mão sobre qualquer suporte e em qualquer material (com exclusão dos desenhos industriais e dos artigos manufaturados decorados a mão); ii) produções originais de arte estatutária e de escultura em qualquer material; iii) gravuras, estampas e litografias originais; iv) conjuntos e montagens artísticas em qualquer material; h) manuscritos raros e incunábulo, livros, documentos e publicações antigos de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário etc.), isolados ou em coleções; i) selos postais, fiscais ou análogos, isoladas ou em coleções; j) arquivos, inclusive os fonográficos, fotográficos e cinematográficos; k) peças de mobília de mais de cem anos e instrumentos musicais antigos” (BRASIL. *Decreto n. 72.312, de 31 de maio de 1973*, op. cit.).

¹⁰² Aprovada no Brasil pelo Decreto nº. 80.978, de 12 de dezembro de 1977.

natural apresentam valor excepcional e, portanto, devem ser preservados como elementos do patrimônio mundial da humanidade¹⁰³.

A expressão “patrimônio cultural de toda a humanidade” foi usada pela primeira vez no preâmbulo da convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado – Convenção de Haia de 1954, aprovada sob o patrocínio da UNESCO e concebida para disciplinar a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado¹⁰⁴. Entende-se como patrimônio cultural da humanidade o “[...] conjunto dos principais bens representativos de cada povo”¹⁰⁵.

Em 1995, a Convenção do UNIDROIT¹⁰⁶, no seu artigo 2º, entende como bens culturais “[...] aqueles bens que, a título religioso ou profano, se revestem de uma importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência, e que pertencem a uma das categorias enumeradas no Anexo¹⁰⁷ à presente Convenção”¹⁰⁸.

¹⁰³ “Para fins da presente Convenção serão considerados como patrimônio cultural: Os monumentos – Obras arquitectónicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos de estruturas de carácter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; Os conjuntos – Grupos de construções isoladas ou reunidos que, em virtude da sua arquitectura, unidade ou integração na paisagem têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; Os locais de interesse – Obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico ARTIGO 2.º Para fins da presente Convenção serão considerados como patrimônio natural: Os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações com valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; As formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas que constituem habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação; Os locais de interesse naturais ou zonas naturais estritamente delimitadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, conservação ou beleza natural” (IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*. Paris: UNESCO, 1972. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao1972%200-%20br.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021).

¹⁰⁴ SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e a convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, de 1972*. 1996. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 21.

¹⁰⁵ MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*, op. cit., p. 17.

¹⁰⁶ Aprovada no Brasil pelo Decreto nº. 72.312, de 31 de maio de 1973.

¹⁰⁷ “Anexo – a) Coleções e espécimes raros de zoologia, botânica, mineralogia, anatomia, objetos que tenham interesse paleontológico; b) Os bens que digam respeito à história, inclusive à história das ciências e da técnica, à história militar e social, bem como à vida dos dirigentes, pensadores, sábios e artistas nacionais, e dos fatos de importância nacional; c) O produto de escavações arqueológicas (regulares e clandestinas), e de descobertas arqueológicas; d) Os elementos provenientes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de sítios arqueológicos; e) Objetos de antiguidade tendo mais de cem anos de idade, tais como inscrições, moedas e selos gravados; f) O material etnológico; g) Os bens de interesse artístico, tais como: i) Quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente à mão, sobre qualquer base e em todos os materiais (exceto os desenhos industriais e os artigos manufaturados à mão); ii) Produções originais da arte da estatuidária e da escultura, em todos os materiais; iii) Gravuras, estampas e litografias originais; iv) Agrupamentos e montagens artísticas originais em todos os materiais; h) Manuscritos raros e iconografia, livros antigos, documentos e publicações de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário, etc.), isolados ou em coleções; i) Estampilhas postais, estampilhas fiscais e artigos análogos, isolados ou em coleções; j) Arquivos, inclusive os arquivos fonográficos, fotográficos e cinematográficos; k) Objetos de mobiliário com mais de cem anos de idade e instrumentos musicais antigos” (BRASIL. *Decreto n. 72.312, de 31 de maio de 1973, op. cit.*).

¹⁰⁸ *Ibid.*

O artigo 216, da Constituição Federal de 1988, preceitua: “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”. Ainda, estabelece, nos incisos I ao V, que nessa definição se incluem as formas de expressão; os modos de se criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valores histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico¹⁰⁹.

A Constituição Federal adota o termo patrimônio cultural. Não mais utiliza a expressão patrimônio histórico e artístico. O texto constitucional indica¹¹⁰ os elementos que constituem o patrimônio cultural, que são 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.

A Constituição de 1988 atualiza e ampara o patrimônio cultural na sua acepção mais ampla, visto que, no dispositivo constitucional, adota a terminologia *patrimônio cultural brasileiro*, em que a palavra “cultural” engloba todas as formas de expressão de uma sociedade, e a substituição do termo “nacional” por “brasileiro” impede confusões com a cultura de outros países¹¹¹.

Vários podem ser os valores que acompanham um bem cultural. Porém, para ser patrimônio cultural, deve sempre estar vinculado à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, dentro do quadro do artigo 216, da Constituição Federal¹¹².

A identidade com a memória coletiva por meio do patrimônio cultural, o qual preserva e produz o patrimônio coletivo, efetivando o direito ao passado, é dimensão básica da cidadania¹¹³. A identificação como cidadão vai se revelando por meio do processo histórico, “[...] o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias *civilizações*”. Estas apresentam “*valores fundantes e valores acessórios*,”

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

¹¹⁰ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A propriedade dos bens culturais no Estado democrático de direito*, op. cit., p. 36.

¹¹¹ FRANCO NETO, Georgenor de Souza. As bases constitucionais do dever do Estado de promover a cultura. *LTR Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v. 42, n. 147, 2006. p. 620.

¹¹² RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 18.

¹¹³ PAOLI, Maria Célia. *Memória, história e cidadania: o direito ao passado*, op. cit., p. 27.

constituindo aqueles as que denomino *invariantes axiológicas*”, que “[...] compõe[m] o *horizonte* de cada ciclo essencial da vida humana”¹¹⁴.

São bens culturais tomados como “[...] *legado vivo* que recebemos do passado, vivemos no presente e transmitimos às gerações futuras, reúnem referenciais identitários, memórias e histórias – suportes preciosos para a formação do cidadão”¹¹⁵.

Por consequência, o direito à memória e ao acautelamento do patrimônio cultural de diferentes grupos que convivem constitui exercícios de cidadania importantes para se fundamentar as bases das transformações sociais necessárias para a coletividade¹¹⁶.

No fortalecimento da cidadania cultural, a Constituição reconhece a relevância e o sentido da preservação da memória coletiva para a construção da cidadania e esteio da identidade cultural, reservando o artigo 216 para sua proteção e efetivação por meio do patrimônio cultural, pois, “No mundo contemporâneo”, sua preservação “é uma questão de cidadania. Todos os brasileiros têm o direito à memória, mas têm também o dever de zelar pela salvaguarda de nossos bens históricos para as atuais e futuras gerações”¹¹⁷. Isso comporta a dimensão de cidadania, de sentir-se brasileiro, ao se identificar com o patrimônio cultural.

Por isso, a finalidade de preservação desse patrimônio não constitui um fim em si mesmo, mas uma garantia do direito a essa memória, que é elemento fundamental do exercício da cidadania¹¹⁸. Compartilha-se do entendimento de Lúcia Reisewitz de que “A preservação do patrimônio cultural brasileiro é um antídoto contra o aspecto mais nefasto do chamado fenômeno da globalização, qual seja, a perda da identidade [...]”¹¹⁹.

Essa autora considera que “A identidade é assim o elemento que faz com que tenhamos raízes, estejamos vinculados a alguma coisa ou a alguém”¹²⁰. É a expressão da própria nação, da sua história e da sua identidade, por isso se apropriar deles corresponde a apropriar-se da representação da nação, como se fora uma entidade individualizada¹²¹.

¹¹⁴ REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

¹¹⁵ PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio cultural: consciência e preservação*, op. cit., p. 23.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 24.

¹¹⁷ ORIÁ, Ricardo. *Prefácio: o patrimônio cultural na legislação brasileira*, op. cit., p. 10; p. 12.

¹¹⁸ IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, op. cit.

¹¹⁹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*, op. cit., p. 101-102. Esta autora destaca que, com isso, não está exaltando o patriotismo e negando o estrangeiro, visto que a cultura e as trocas culturais são sempre bem-vindas. O importante é se conhecer os mecanismos oferecidos pelo Direito na preservação da cultura brasileira.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 102.

¹²¹ GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*, op. cit., p. 79.

Perante esse quadro, depreende-se que o patrimônio cultural proporciona a manutenção da memória coletiva dos seus valores fundantes, que se desenvolveram em um processo histórico. Ao ligar o passado com o presente, de forma viva e pulsante, esse patrimônio está no mundo, *sendo* elo que faz a ligação e desenvolvimento do sentimento de pertencimento de um povo, de identificação, constituindo a efetivação da dimensão básica de cidadania.

1.3 CONTEXTO HISTÓRICO E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Com igrejas incendiadas, estátuas derrubadas ou decapitadas, castelos saqueados, ou seja, com as destruições ocorridas em razão da Revolução Francesa (século XVIII), no processo revolucionário, esse cenário suscitou a necessidade de se conservar a história francesa. Assim, os decretos e instruções revolucionárias prefiguram a abordagem desenvolvida posteriormente pela primeira Comissão de Monumentos Históricos de 1830 e por Vitet Mérimée¹²².

Um dos primeiros atos da Constituinte francesa de 1789 é realizar as transferências dos bens do clero, da Coroa e dos senhores feudais para a nação, visando à conservação do patrimônio nacional (e não apenas à preservação de igrejas medievais pela riqueza e diversidade delas). Destaca-se que, sendo integrados aos bens patrimoniais, sob o efeito de nacionalização, esses bens se metamorfosearam em valores de troca, bens materiais, que, sob prejuízo financeiro, passaram a ter que ser preservados e mantidos – “É o poder mágico da noção de patrimônio”¹²³.

Para tanto, surgiu a necessidade de se tomar as diferentes categorias dos bens recuperados pela nação, para, em seguida, cada categoria ser inventariada e ser estabelecido o estado em que se encontrava e que, em caráter provisório, aqueles foram considerados bens fora do comércio e reunidos em “depósitos” para a aposição de selos¹²⁴.

Os franceses dividiram o patrimônio em bens móveis e imóveis e decidiram colocar os primeiros em lugares aberto ao público, dando-lhes o nome de museu (*museum*), com o fim de servir de instrução para a nação, ensinando, por meio dos objetos expostos, civismo, história,

¹²² CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*, op. cit., p. 95.

¹²³ *Ibid.*, p. 97-98.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 99-100.

competências artísticas e técnicas. Foi uma pedagogia adotada em larga escala nacional e que antecipou o projeto de Napoleão¹²⁵.

Françoise Choay ensina que há diferentes tipos de destruição do patrimônio cultural, sendo o vandalismo ideológico uma das mais perversas, porque é levado dentro da legalidade. Argumenta que as destruições de atos privados de vandalismo ocorrem em período de guerra ou agitação social, por meio de roubos, pilhagens, depredações, entre outros. No vandalismo ideológico, entretanto, como aconteceu em França, o Estado revolucionário, por decreto (1792), ordenou ações destrutivas destinadas a subvencionar despesas e equipamentos militares (decretou a fundição da prataria e relicários para transformá-los em peças de artilharia), em especial decretos com o fim de destruir todos os sinais da monarquia e do feudalismo. Certo, porém, que em seguida foram editadas instruções (1793) que buscavam preservar bens de valores histórico e artístico¹²⁶. Os revolucionários sabiam da importância de se preservar a memória para se desenvolver uma identidade do povo, pois romper com o passado não significa abolir sua memória nem destruir seus monumentos¹²⁷.

Foi Vitor Hugo quem, em 1832, chamou a atenção para a necessidade de preservação dos bens culturais, insurgindo-se contra a demolição de importantes edifícios que estava em curso na cidade de Paris. Ele alegou, na época, que era importante se fazer a distinção do uso e da beleza em um edifício, sendo que o uso é um direito que pertence ao proprietário, ao passo que a beleza é atinente a toda a humanidade. E, assim, em meados do século XIX, passou a haver organismos voltados para proteção dos monumentos históricos¹²⁸.

O Comitê de Instrução Pública (revolucionário) da França, para preservar os bens culturais, elegeu valores: a) nacional (o primeiro e fundamental); b) cognitivo (porque são testemunhas da História e auxiliam no conhecimento intelectual e na formação de profissões e artesanato); c) econômico, são modelos às manufaturas e exploração pelo turismo; d) artístico (obras de arte)¹²⁹.

Firmou-se com a Revolução Industrial, cujo berço foi a Inglaterra, o conceito de monumento histórico, o qual foi aplicado em larga escala mundial e rompeu com a ideia de antiquários e da Revolução Francesa (1820), sendo consagrado em 1850 na maioria dos países

¹²⁵ O Louvre, em Paris, destaca-se como lugar simbólico para onde vão as maiores riquezas da Revolução (CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*, op. cit., p. 101).

¹²⁶ *Ibid.*, p. 106-107. Com o fim da Revolução, Napoleão I volta-se prioritariamente para os museus, em especial o Louvre, relegando os monumentos (*Ibid.*, p. 120-121).

¹²⁷ *Ibid.*, p. 113-114.

¹²⁸ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*, op. cit., p. 73.

¹²⁹ CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*, op. cit., p. 116-119.

européus¹³⁰, com o objetivo de resolver os principais problemas que comprometiam os monumentos e edificações arquitetônicas. Assim, no contexto do século XIX, constata-se duas ações que foram adotadas pelos defensores do patrimônio cultural, utilizando-as de formas complementares, por meio da legislação protetora e disciplina de conservação¹³¹.

As primeiras convenções multilaterais codificadoras dos costumes de guerra foram as de Haia de 1899 (Convenção Relativa às Leis e Usos da Guerra Terrestre) e de 1907 (Convenção Relativa ao Bombardeamento por Forças Navais em Tempo de Guerra – Convenção IX), em que se prescrevem os meios bélicos proibidos. Dentre essas proibições, estabelecem que, nos sítios e bombardeios, devem ser tomadas todas as medidas possíveis para se poupar edifícios consagrados aos cultos, às artes, às ciências e à beneficência, os monumentos históricos, os hospitais e os locais de ajuntamento de enfermos e feridos, salvo o caso em que são utilizados ao mesmo tempo para fins militares.

De forma especial, a Convenção de 1907 determina, no seu artigo 27, que os bens, para serem protegidos, devem ser identificados: “É dever de quem estiver sitiado indicar a presença de tais edifícios ou lugares com sinais distintivos ou visíveis, que serão notificados antecipadamente ao inimigo”¹³².

A Carta de Atenas, de 1933, decorre do documento elaborado por organização não governamental, por meio da realização do 4º Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (Ciam) na cidade de Atenas, em que se estabelecem princípios: para que uma cidade funcione adequadamente para um conjunto de população, deve atender a quatro necessidades humanas básicas: habitação, lazer, trabalho e circulação. Introduz, ainda, a proteção ao patrimônio histórico das cidades nos itens 65 a 70, salvaguardando-se esses bens culturais imóveis¹³³.

Em 1935, uma iniciativa pan-americana, também conhecida como Pacto de Roerich (em homenagem ao professor Nicholas Roerich, russo, que idealizou o Tratado sobre a Proteção de Instituições Artísticas e Científicas e Monumentos Históricos), traz a ideia de que os bens culturais que “formam o tesouro cultural dos povos” devem “ser respeitados e protegidos em tempos de guerra e de paz”. Apresenta, também, a proposta de que os bens imóveis protegidos devem ser identificados por uma bandeira distintiva (com um círculo vermelho, uma tripla esfera vermelha dentro do círculo, sobre um fundo branco)¹³⁴.

¹³⁰ CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*, op. cit., p. 127.

¹³¹ *Ibid.*, p. 145.

¹³² SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2021. p. 52-53.

¹³³ *Ibid.*, p. 54-55.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 57-58.

Com a eclosão da Segunda Guerra, constataram-se a capacidade destrutiva do arsenal e as dimensões da crueldade humana como demonstração de força das distintas e diversas nações envolvidas e tornou-se prioritária a criação de entidades que pudessem mediar as relações internacionais com a perspectiva de estabelecer compromissos em defesa da paz no planeta e da integridade humana. Foi criada, nesse contexto, em 1945, a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO¹³⁵)¹³⁶.

Em Portugal, tem-se o Decreto-lei n. 27.633, de 3 de abril de 1937, que regulamenta o tráfico internacional ilícito de bens culturais, sendo uma norma moderna, inovadora e progressista, ao adotar uma solução pioneira em tal domínio. Era uma época carregada de nacionalismo e pouco dada ao reconhecimento do direito estrangeiro. O mencionado decreto-lei, no seu artigo 4º, adota a posição de nulidade das transações realizadas em Portugal incidentes sobre objetos de valor cultural que tivessem saído ilicitamente do seu país de origem e institui o dever de restituição, aplicando, desse modo, o correspondente direito estrangeiro, desde que a legislação desse país disponha de uma relação de reciprocidade com Portugal. Essa concepção somente foi vingada no âmbito internacional com a adoção da Convenção UNIDROIT¹³⁷.

Em caso de conflito armado, é na Convenção de Haia, de 1954¹³⁸, que se protegem os bens culturais móveis e imóveis, sendo a primeira vez em que se utiliza, em termos de Direito Internacional Positivo, a expressão “patrimônio cultural de toda a humanidade”.

A convenção protege bens móveis e imóveis, com proteção geral para todos os bens descritos nela e proteção especial aos que são destinados a servirem de abrigo para os bens

¹³⁵ A UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – é uma organização intergovernamental criada em Londres (Reino Unido) em 16 de novembro de 1945 e tem sede em Paris (França), está vinculada à ONU (Organização das Nações Unidas), e é especializada em promover uma política de cooperação cultural e educacional. As principais decisões são tomadas na Conferência Geral, constituída pelos representantes dos Estados Membros da Organização, que se reúnem a cada dois anos. Há ainda, “O Conselho da Europa é uma organização intergovernamental fundada em Londres (Reino Unido) em 9 de maio de 1949 e tem sede em Estrasburgo (França). A União Pan Americana foi uma organização intergovernamental criada em 1910 para suceder à União Internacional das Repúblicas Americanas, fundada em 1890. Em 30 de abril de 1948 a União Pan Americana passou a designar-se Organização dos Estados Americanos (OAS), mantendo a sede em Washington, D.C. (Estados Unidos da América). O Conselho Internacional dos Monumentos e dos Sítios (ICOMOS) é uma organização não-governamental criada em Varsóvia (Polónia) em 21 de junho de 1965 e tem sede em Paris (França). A Comissão Nacional Portuguesa foi fundada em 14 de outubro de 1980” (ICOMOS-PORTUGAL. Disponível em: <https://www.icomos.pt/recursos/normas-internacionais/175-normas-internacionais>. Acesso em: 20 jun. 2021).

¹³⁶ PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio cultural: consciência e preservação*, op. cit., p. 20-21.

¹³⁷ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*, op. cit., p. 79.

¹³⁸ Aprovado pelo Brasil no Decreto Legislativo n 32, de 14 de agosto de 1956, assinado pelo então presidente da República, João Goulart.

culturais móveis, desde que localizados à distância apropriada de centro industrial ou outro objetivo militar, conferindo imunidade quase que absoluta na proteção¹³⁹.

Na Convenção de Haia (1954), descreve-se, no seu artigo 16, o emblema distintivo de proteção, que é um escudo azul e branco (conhecido como Escudo Azul – *Blue Shield*), usado para se indicar os locais onde se encontram os bens culturais que devem ser protegidos¹⁴⁰.

Além da Convenção de Haia, a comunidade internacional aprova, na mesma data, o protocolo relativo aos bens culturais em caso de conflito armado (Protocolo I), que visa à prevenção da exportação ilegal dos bens culturais em período de conflito e ao dever de preservar todos os bens apreendidos até o fim das hostilidades.

Em 1999, para sistematizar melhor a proteção dos bens culturais, é aprovado o Protocolo II à Convenção de 1954, em 26 de março de 1999¹⁴¹, que busca trazer mais clareza a alguns pontos e inova prevendo a criação de um Comitê Intergovernamental para a proteção da propriedade cultural¹⁴².

Em 1964, foi realizado em Veneza o II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos, com a aprovação da Carta de Veneza, que firma o interesse universal pelos monumentos históricos, evoca a responsabilidade da humanidade para a proteção destes, valoriza obras modestas com significação cultural e humana e traz a ideia da revitalização do monumento¹⁴³.

Em 1965, fruto da Carta de Veneza, é fundado o Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS), que constitui uma associação civil não governamental, ligada à UNESCO, com o fim de indicar os bens para compor o quadro de patrimônio cultural da humanidade.

¹³⁹ SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*, op. cit., p. 46; p. 61-62. Mesmo sendo signatária da Convenção de Haia, a Rússia na guerra contra a Ucrânia, embora não tenha atingido bens considerados patrimônio da humanidade, há notícias de que foram danificados ou destruídos bens culturais e patrimônio cultural da Ucrânia por bombardeios. Nesse sentido, vide: BRAUN, Stuart. Ucrânia na corrida para salvar patrimônio cultural da guerra. *Fundação Padre Anchieta. UOL*. 17 mar. 2022. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/dw/61166616_ucrania-na-corrida-para-salvar-patrimonio-cultural-da-guerra.html. Acesso em: 15 abr. 2022. GUERRA destruiu 53 sítios culturais na Ucrânia, diz Unesco. *Mundo, Folha S.Paulo*, 1 abr. 2022. Disponível em: <https://aovivo.folha.uol.com.br/mundo/2022/03/31/6113-acompanhe-as-principais-noticias-sobre-a-guerra-da-ucrania.shtml#post415007>. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹⁴⁰ Essa proposta do símbolo para demarcação do bem cultural e sua proteção especial remonta ao artigo 27, da IV Convenção de Haia de 1907. Em 1996 se constituiu o Comitê Internacional do Escudo Azul – *Blue Shield* (CIBS) na condição de organização internacional não governamental sem fins lucrativos.

¹⁴¹ Aprovado pelo Brasil no Decreto Legislativo n 57.602, de 24 de abril de 2006, assinado pelo então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

¹⁴² TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*. 2018. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 84.

¹⁴³ SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*, op. cit., p. 55-56.

A Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁴⁴ se reuniu em novembro/dezembro de 1967 e resultou na elaboração das Normas de Quito. Estas normas tratam da proposta de o patrimônio histórico ser fonte de captação de recursos financeiros por meio do turismo, insere a proteção dos bens culturais em políticas de desenvolvimento urbano e enfatiza a necessidade de se adotar critérios científicos nas intervenções de conservação e restauração de edifícios e conjuntos urbanos¹⁴⁵.

A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), reunida em Paris, de 12 de outubro a 14 de novembro de 1970, em sua 16ª sessão, promulga a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais, proclamando que todo Estado deve tomar cada vez mais consciência do seu dever moral de respeitar seu próprio patrimônio cultural e os de todas as outras nações¹⁴⁶.

Em 1972, a UNESCO adota a Convenção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural¹⁴⁷, que é assinada por 80 países dos diversos continentes, com o objetivo de incentivar a preservação de bens culturais e naturais considerados significativos para a humanidade.

Em virtude das ações empreendidas pela UNESCO, a proteção internacional dos bens culturais imóveis cresceu amplamente a partir das décadas de 1950 e 1960. Ela adota as convenções (que são típicos tratados multilaterais) e recomendações internacionais como instrumentos jurídicos para proteger os bens culturais. Também atua na organização de movimentos de solidariedade internacional, por meio de campanhas, para salvaguardar monumentos, como fez com os Templos da Núbia, em 1960-1980, e as cidades de Veneza e Florença (1966)¹⁴⁸.

Em relação ao patrimônio cultural imaterial, embora para a civilização ocidental sua relevância seja recente, isso não ocorre nos países orientais; estes tiveram a preocupação maior com a preservação das tradições, em especial dos saberes. No Japão, em 1950, implanta-se a primeira lei com a finalidade de apoiar pessoas e grupos que conservem as tradições cênicas, ritualísticas e técnicas que compõem esse patrimônio¹⁴⁹.

¹⁴⁴ É uma organização internacional com sede em Washington (Estados Unidos), com 35 países americanos, inclusive o Brasil.

¹⁴⁵ DIEGOLI, Leila Regina. *Valoração da memória: conceito e reconhecimento para salvaguarda de bens culturais*, op. cit., p. 447.

¹⁴⁶ Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 72.312, de 31 de maio de 1973.

¹⁴⁷ Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977.

¹⁴⁸ SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*, op. cit., p. 59.

¹⁴⁹ PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio cultural: consciência e preservação*, op. cit., p. 21-22.

Essa norma implantada do Japão dá origem ao conceito dos denominados “Tesouros Humanos Vivos” (Depositários da Tradição das Artes e Ofícios Populares) e é fonte para a UNESCO, em 1996, apresentar o projeto aos Estados-membros. É um título concedido pelo Estado em reconhecimento a uma pessoa ou grupo (ainda vivo) que detêm elevado grau de conhecimento e habilidades tradicionais, possibilitando, por meio de incentivo e auxílio financeiro, em especial fiscal, que haja condições de reprodução e de transmissão do patrimônio cultural imaterial para as futuras gerações¹⁵⁰.

Retornando-se um ponto na linha do tempo, cita-se que, em 1976, a OEA, Organização dos Estados Americanos, celebra a Convenção sobre a Proteção da Herança Arqueológica, Histórica e Artística das Nações Americanas (Convenção de San Salvador), de âmbito regional, assinada em Santiago¹⁵¹.

E, no mesmo ano, a UNESCO, em novembro de 1976, faz a “Recomendação sobre a salvaguarda dos conjuntos históricos e da sua função na vida contemporânea”, em Nairóbi (Quênia). Ao conceituar “conjunto histórico e tradicional”, inclui as “aldeias e lugares” dotados de valor sociocultural, já incorporando, assim, a ideia da valorização histórica não mais atrelada à estética, mas carregada de valor imaterial. E, também, no mesmo ano, faz a Recomendação sobre o Intercâmbio Internacional de Bens Culturais. Mas, somente em 1989 a Conferência Geral da UNESCO elabora a Recomendação de Paris para salvaguardar a cultura tradicional e popular.

A Carta de Burra (Austrália), do ICOMOS, em 1980, trata de definições e regras para conservação, restauração, reconstrução dos bens culturais e de como será o procedimento, destacando que qualquer alteração no bem deve ser procedida de estudo e de uma proposta de conservação.

Em 1981, também do ICOMOS, surge a Carta de Florença (Itália), redigida pelo Comitê Internacional de Jardins e Sítios Históricos (ICOMOS/IFLA), cuja finalidade é completar a Carta de Veneza protegendo os jardins históricos e que leva o nome da cidade.

Em 1985, o ICOMOS realiza a Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais e resulta na Declaração do México. Elege nesta declaração os princípios para a identidade

¹⁵⁰ Vide página da UNESCO. Disponível em: <https://ich.unesco.org/en/living-human-treasures>. Acesso em: 18 jun. 2021. No Brasil inexistem projetos federais para reconhecimento semelhante ao proposto pela UNESCO, mas há Estados que instituíram em seus decretos ou leis o registro do patrimônio humano vivo, com o Pernambuco, Minas Gerais, Ceará, Bahia, Alagoas (COSTA, Rodrigo Vieira. *Análise jurídica das leis sobre “tesouros vivos” no Brasil e no mundo: a experiência do Ceará*. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CULTURAIS, 3., 2014. Fortaleza. *Anais [...]*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2014. p. 25-39. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6723850.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021).

¹⁵¹ Não vigora no Brasil a Convenção de San Salvador, de 1976, embora ele conceda apoio (SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003. p. 155).

cultural, reconhecendo que todas as culturas fazem parte do patrimônio cultural da humanidade e destacando o patrimônio cultural como identidade do povo, sendo princípio fundamental das relações internacionais a restituição das obras subtraídas ilicitamente para os seus países.

Em 1989, a Carta de Washington, ICOMOS, completa a Carta de Veneza, para proteger as cidades históricas frente à deterioração e à urbanização em face da era industrial.

Em Roma, 1995 há a Convenção do UNIDROIT¹⁵², realizada mediante solicitação da UNESCO, com a finalidade de suprir lacunas da convenção anterior de 1970, e se aplica a bens culturais furtados ou ilicitamente exportados. Considera, em seu artigo 2º, como bens culturais os que, a título religioso ou profano, se revestem de importância para a arqueologia, a pré-história, a História, a literatura, a arte ou a ciência e que pertencem a uma das categorias enumeradas ao seu Anexo.

A Convenção de Unidroit¹⁵³ traz importante proteção ao patrimônio cultural nacional, haja vista que não havia previsão legal que garantisse o retorno das peças ilicitamente transferidas para o exterior¹⁵⁴.

A UNESCO, em 1999, publica o Código Internacional de Ética para Negociantes de Bens Culturais, que se torna uma referência para os negociantes de arte e antiguidades¹⁵⁵.

Em 1997, no MERCOSUL, surge a Carta de Mar Del Plata sobre o patrimônio intangível, sendo que somente em 17 de outubro de 2003 é firmada a Convenção da UNESCO para essa proteção propondo o reconhecimento do patrimônio cultural imaterial e denominada de Recomendação de Paris¹⁵⁶.

Vale observar que, em 2012, o MERCOSUL cria a Comissão de Patrimônio Cultural, que é o órgão responsável pelos Comitês Técnicos de Museus e de Prevenção e Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais (constituído por pessoas indicadas pelos ministros da Cultura

¹⁵² Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, que é uma organização intergovernamental independente que congrega 56 países, inclusive o Brasil, criada em 1926, pela Liga de Nações. Seu trabalho unificador não se restringe a relações exclusivamente privadas, mas estende-se aos danos causados na esfera pública por atos privados, como é o caso da remessa ilegal de bens culturais a países outros que o detentor daquele patrimônio, objeto da Convenção ora noticiada (SILVA NETO, Orlando Celso da. Breve notícia sobre a ratificação pelo Brasil da Convenção do UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, v. 4, n. 3, p. 37-41, jun. 2000).

¹⁵³ Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 3.166, de 14 de setembro de 1999.

¹⁵⁴ GRAÇA, Cristina Seixas; TEIXEIRA, Márcia Regina Ribeiro. Meio ambiente e patrimônio cultural nacional. In: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000. v. 2. p. 41.

¹⁵⁵ UNESCO. *List of World Heritage in Danger*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000121320?locale=en>. Acesso em: 6 ago. 2021.

¹⁵⁶ Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 5.753, de 12 de abril de 2006.

de cada Estado parte). E, ainda, o MERCOSUL adota o uso do Selo Mercosul Cultural, criado para a preservação e segurança do patrimônio cultural, como parte das estratégias de combate ao tráfico ilícito de obras de arte e bens culturais entre os países da região; a utilização do selo tem apoio da Agência Brasileira de Cooperação (ABC), do Ministério das Relações Exteriores¹⁵⁷. Em 1997, tem-se a Declaração sobre a Destruição Intencional do Patrimônio Cultural (UNESCO).

Arrola-se, também, a Convenção das Nações Unidas de 2000 contra o crime organizado, denominada de Convenção de Palermo (Itália)¹⁵⁸, cuja aplicação é considerada, pela Assembleia da ONU, Resolução 55/25, um instrumento eficaz e marco jurídico necessário para a cooperação internacional com vistas a combater atividades criminosas, citando, dentre outras, os crimes contra o patrimônio cultural, demonstrando, assim, o caráter transnacional desses delitos¹⁵⁹.

Em 2001, promove-se a Convenção da UNESCO Relativa à Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático, que protege os bens culturais contra o saque em área pertencente ao patrimônio comum da humanidade e nos mares territoriais. Ela estipula que o patrimônio cultural subaquático não pode ser explorado comercialmente¹⁶⁰.

Em 2002 é elaborada a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO)¹⁶¹.

Duas resoluções da ONU importantes para a proteção do patrimônio cultural: a) em 2015, com o apoio da UNESCO, cerca de 50 países aprovam a Resolução 2.199, do Conselho de Segurança da ONU, que proíbe o comércio de bens culturais vindos do Iraque e da Síria; b) em 2017, a Resolução 2.347, do Conselho de Segurança da ONU, prevê a criação de um fundo internacional e a organização de uma rede de locais seguros para bens culturais em

¹⁵⁷ TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 60.

¹⁵⁸ Promulgada pelo Brasil com o Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Vale citar que a Lei n. 12.850, de 2 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. Sobre as diferenças entre a Convenção de Palermo e a Lei brasileira (*Ibid.*, p. 120).

¹⁵⁹ TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 115-116.

¹⁶⁰ O Brasil não aprovou essa Convenção internamente, sendo regulamentado o patrimônio subaquático pela Lei n. 7.542/1986, que “Dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências”. Todavia, como pondera Ana Luiza Fernandes Tótola, suas normas entram em conflito com a Convenção da Unesco sobre o patrimônio cultural subaquático, havendo necessidade de alteração ou revogação dos artigos 16, 20 e 21 por atentarem contra a preservação *in situ*, que é objetivo da Convenção (*Ibid.*, p. 180).

¹⁶¹ Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 6.177, de 1º de agosto de 2007. No site do ICOMOS/Portugal encontra-se uma lista de cinquenta e quatro normas internacionais sobre o patrimônio cultural, desde 1899 a 2017, declaradas pela UNESCO, ICOMOS, Conselho da Europa, UNIDROIT (ICOMOS-PORTUGAL, op. cit.).

perigo e destaca as relações entre o tráfico de bens culturais e o financiamento de grupos terroristas e entre o terrorismo e o crime organizado¹⁶².

Esses documentos internacionais, em especial da UNESCO, constituem a base de cooperação entre os países para proteção dos seus respectivos patrimônios culturais. Ciente dessa relevância, a UNESCO tem promovido importantes campanhas internacionais para a proteção do patrimônio cultural, em especial para salvaguardar bens culturais imóveis em tempos de paz.

Como exemplo, citam-se duas que têm grande mobilização internacional ante a importância dos bens envolvidos¹⁶³: a) os templos de Núbia, que datam do período do Antigo Egito por volta de 3000 a.C. Em 1950, o governo egípcio decidiu construir uma grande represa para aumentar as terras cultiváveis e a produção de energia elétrica, cujo lago de 183m acima do nível do mar cobriria todos os templos.

Os governos do Egito e do Sudão pediram ajuda à UNESCO, que lançou uma campanha internacional com a ajuda ativa de outros governos (iniciou-se em 1960 e foi concluída em 1980), que resultou na salvação dos vestígios arqueológicos, remoção dos monumentos, reconstrução em outros locais dos templos de Abu Simbel (do faraó Ramsés II e sua esposa, Nefertari) e dos templos de File; e das cidades de Veneza e Florença, na Itália, em 1966. Decorrente das fortes chuvas que ocasionaram a inundações dos rios que atingiu igrejas e várias galerias, foi lançada a campanha internacional (pela UNESCO e o Conselho da Europa) com recrutamento de voluntários, especialmente estudantes, da Europa e Estados Unidos, para contribuir com a restauração das obras de arte danificadas.

Na Recomendação de Paris¹⁶⁴, em seu artigo 8º, cria-se o comitê intergovernamental para a proteção do patrimônio cultural e natural de valor universal excepcional denominado Comitê do Patrimônio Mundial¹⁶⁵. No artigo 11, institui que cada Estado parte deve submeter um inventário dos bens dos patrimônios cultural e natural situados no seu território e suscetíveis de serem inscritos na lista do patrimônio mundial, devendo ter valor universal excepcional. Ao comitê, incumbe estabelecer, atualizar e difundir, a cada dois anos, a Lista do Patrimônio Mundial.

¹⁶² FIANKAN-BOKONGA, Catherine. Uma resolução histórica para proteger o patrimônio cultural. *Correio da UNESCO: Muitas Vozes, Um Mundo*, out./dez. 2017. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2017nian-di-3qi/uma-resolucao-historica-protetger-o-patrimonio-cultural>. Acesso em: 1 ago. 2021.

¹⁶³ SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*, op. cit., p. 67-71.

¹⁶⁴ IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, op. cit.

¹⁶⁵ Composto inicialmente por 15 Estados partes e posteriormente 21.

Nesse mesmo artigo, no parágrafo 4º, prevê-se que o comitê estabeleça, atualize e difunda a Lista do Patrimônio Mundial em Perigo, que são bens que figuram na lista do patrimônio mundial. Esta lista não constitui uma sanção, mas uma constatação de que o bem necessita de medidas de proteção, através de meios corretivos¹⁶⁶.

A lista somente pode conter os bens dos patrimônios cultural e natural ameaçados de desaparecimento em razão de degradação acelerada, projetos de grandes trabalhos públicos ou privados, rápido desenvolvimento urbano e turístico, destruição por mudança de utilização ou de propriedade da terra, alterações profundas em razão de uma causa desconhecida, abandono por qualquer motivo, conflito armado surgido ou ameaçando surgir, calamidades e cataclismos, grandes incêndios, sismos, deslocamentos de terras, erupções vulcânicas, modificações do nível das águas, inundações e maremotos.

Atualmente, são 53 patrimônios inscritos nessa lista de perigo, e, destes, 36 são culturais e 17, naturais, não havendo nenhum misto; os países com mais bens culturais em perigo são a Líbia, com cinco, e a Síria, com seis. Em relação ao bem cultural natural, a República Democrática do Congo possui quatro¹⁶⁷. Dentre os motivos elencados, destacam-se a falta de conservação em razão de terrorismo, conflitos militares e guerra, ações ilícitas de extravios, saques, escavações ilícitas, baixa proteção do Estado, construção de represas, desenvolvimento humano descontrolado, ameaça de destruição por grupos islâmicos, exploração de minerais.

Não se pode esquecer que um dos maiores atentados contra o patrimônio cultural ocorreu com a destruição da Biblioteca de Alexandria, que, além de ter sofrido as consequências da guerra civil no século III, foi incendiada pelos cristãos (39 D.C.). Sem dúvida, foi considerada a maior biblioteca da Antiguidade, reunindo meio milhão de volumes e, principalmente, foi o centro de estudos helênicos e semíticos, local onde foi elaborada a tradução da Bíblia para o grego, a conhecida versão dos 70. Por certo, “a destruição dos

¹⁶⁶ SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e a convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, de 1972, op. cit.*, p. 115. Não se internacionaliza o bem classificado na Lista de Patrimônio Mundial ou na Lista de Patrimônio Mundial em Perigo, bem como não se transferem para a UNESCO às responsabilidades do país onde o bem esteja situado, nem o dever desse país de conservá-lo (a incumbência da comunidade internacional é parcial). Há diferença entre classificar como patrimônio mundial e classificar como patrimônio internacional, pois no primeiro caso não estão presentes as características gerais da noção de patrimônio comum, não há: apropriação, utilização racional, ou gestão internacional e repartição equitativa dos benefícios, como ocorre, por exemplo, na Antártica (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação civil pública: ambiente, consumidor, patrimônio cultural. Tombamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 108).

¹⁶⁷ UNESCO. *List of World Heritage in Danger, op. cit.*

originais é um prejuízo irreparável para a cultural universal, mesmo que sejam reproduzidos pelas técnicas atuais”¹⁶⁸.

A perda do patrimônio cultural ameaça o desaparecimento da sociedade, visto que esse patrimônio é elemento fundamental da civilização e da cultura dos povos e gera o sentimento de pertencimento, de identidade. Ele constitui esse elo que liga o passado com o presente, mas que apresenta um “[...] recorte do indeterminado do profano – espaço ou tempo, espaço e tempo – de um círculo interior no qual tudo conta, tudo simboliza, tudo significa”, denominado de “lugares de memória”¹⁶⁹.

Como patrimônio da humanidade, em suas vertentes temporais – arqueológico, o antigo, o moderno e o contemporâneo –, esses patrimônios integram o habitat mais característico do ser humano, o mundo cultural, porque “não se poderia imaginar os seres humanos sem todos os instrumentos materiais e imateriais que foram por eles criados” e “que foram passados de geração em geração, no curso de sua história, e, portanto, constituem seu hábitat”¹⁷⁰.

Por certo, não há pleno desenvolvimento sem a compreensão de que a humanidade necessita tanto da natureza como dos marcos de civilização que evocam as gerações antecedentes.¹⁷¹

Nesse sentido, tem-se, no preâmbulo da Convenção relativa à proteção dos patrimônios mundial, cultural e natural (1972), que “[...] a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento nefasto do patrimônio de todos os povos do mundo”, portanto, a “[...] salvaguarda desses bens incomparáveis e insubstituíveis [...]” é de importância para todos os povos.¹⁷² O dever de se resguardar o patrimônio cultural decorre de se proteger aquilo que não se pode reconstruir, uma vez perdido¹⁷³. Sua perda acarreta, para a atual e futuras gerações, a supressão da identidade como povo, por isso que se busca proteger o patrimônio cultural hoje para a boa

¹⁶⁸ COMPARATO, Konder, F. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁶⁹ “Há uma rede articulada dessas identidades diferentes, uma organização inconsciente da memória coletiva, que nos cabe tornar consciência de si mesma. Os lugares são os nossos momentos de história nacional. [...] Nesse sentido, o lugar de memória é um lugar duplo, um lugar de excesso, fechado sobre si mesmo, fechado sobre sua identidade, e recolhido sobre seu nome, mas constantemente aberto sobre a extensão de suas significações” (NORA, Pierre. *Entre memória e história: a problemática dos lugares*, op. cit. p. 27).

¹⁷⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*, op. cit., p. 155.

¹⁷¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 17.

¹⁷² BRASIL. Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977, op. cit.

¹⁷³ SOARES, Guido Fernando Silva. Prefácio da 1ª edição. In: SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2012. p. 23.

salvaguarda de memória coletiva futura¹⁷⁴. Vale se lembrar que “seu desaparecimento não está adstrito à ideia de sobrevivência, mas implica também o empobrecimento da humanidade ante a perda do passado”¹⁷⁵.

Tal é a relevância de se proteger o patrimônio cultural, pois se trata de bens que auxiliam na manutenção da memória coletiva, não deixam que se esqueça a identidade construída com a história e trazem, consigo, o sentimento de pertencimento, de identidade de determinado povo, sendo sua preservação uma luta contra a “amnésia coletiva”.

¹⁷⁴ LEMOS, Carlos A. C. *O que é patrimônio histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1981 (Coleção Primeiros Passos, 51). p. 22-30. *Vide* ainda, na doutrina estrangeira, dentre outros: GRIGARAVICIUS, Maria Delia Pereiro de. *Daño ambiental en el medio ambiente urbano: un nuevo fenómeno económico en el siglo XXI*. Buenos Aires: La Ley, 2001. p. 15.

¹⁷⁵ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, *op. cit.*, p. 51.

2 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A forma jurídica no seio da qual se encontram os poderes soberanos da Nação e a vontade nacional soberana é a Constituição Federal, nela repousa a vontade primária, vontade criadora¹⁷⁶. O Estado “é um ente social que se forma quando, em um território determinado, um povo se organiza juridicamente, submetendo-se à autoridade de um governo”¹⁷⁷.

O modelo do Estado absolutista é rompido com o desenvolvimento do Estado de Direito, que é um modelo construído em normas, visando conter o poder e trazer o mínimo de segurança jurídica. Foi com o positivismo que se tornou necessário assegurar garantias para os cidadãos e impor deveres para o Estado de maneira formal, por meio de uma lei maior, acima de todas as outras leis do Estado, e, assim, possibilitar o surgimento das primeiras Constituições escritas do mundo¹⁷⁸.

Com o Estado de Direito, com o perfil democrático (antiautoritário), foi desenvolvido o Estado Social, que agregou, às conquistas das dimensões individuais, os direitos sociais, incluindo, nas constituições, a dimensão social. Desta feita, “Dentro do Estado Democrático e Social há o Estado Constitucional de Direito, que tem a primazia absoluta da Constituição Federal”¹⁷⁹.

O avanço desse Estado de Direito é o Estado Constitucional, como o modelo mais recente daquele. Para o pensamento garantista, de humanismo jurídico, tem-se a modificação “da primazia da lei à primazia da Constituição, da reserva da lei à reserva da Constituição e do controle jurisdicional de legalidade ao controle jurisdicional da Constituição”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, maio 2011. p. 1212. “É preciso, portanto, desvendar roteiros para que a única fonte constitucional do poder – vontade popular – institua e controle o exercício desse Poder, o qual, como qualquer outro, só se legitima a partir dela” (BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 38).

¹⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35.

¹⁷⁸ BRANCO, Carolina Nobre Castello. A constituição aberta como categoria dogmática. *Âmbito Jurídico*, 1 mar. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-constituicao-aberta-como-categoria-dogmatica/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹⁷⁹ SILVA, Luciana Caetano da; BUGALHO, Nelson Roberto; ARMELIN, Priscila Kutne. Indicações constitucionais de criminalização. In: PRADO, Luiz Regis Prado; GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (org.). *Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 314.

¹⁸⁰ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão preventiva: a contramão da modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 4-5. “[...] o Estado só concebe hoje como *Estado constitucional*. [...] O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. [...] O *Estado constitucional democrático do direito* procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. reimp. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 89). Na mesma linha, veja também: BERNAL PULIDO, Carlos. La democracia como principio constitucional en América Latina. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 17, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5808/7668>. Acesso em: 28 jun. 2020.

A validade jurídica da norma está vinculada à Constituição Federal, por isso se encontra nas primícias compreender o tratamento constitucional dado ao patrimônio cultural para análise futura da legislação penal aplicada.

O patrimônio cultural compõe o rol dos direitos fundamentais¹⁸¹. Esses direitos são os limites decisórios no garantismo, tendo papel relevante na concepção do Estado Constitucional de Direito, pois são um dos seus elementos formadores, sendo parâmetros que causa o efeito “o decidível e o não decidível”¹⁸². Portanto, a Constituição é a baliza para a interpretação e gera a legitimidade da decisão do julgador, mesmo que esta seja contrária ao que a maioria deseja¹⁸³.

Ao se perscrutar as Constituições brasileiras, depreende-se que, na Constituição do Império de 1824 e na Constituição da República de 1891¹⁸⁴, não há nenhuma previsão de proteção do patrimônio cultural.

A Constituição de 1934 dá início, no Brasil, à tutela constitucional do patrimônio cultural, com a previsão em seu artigo 10: “Compete concorrentemente à União e aos Estados: III – Proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a saída de obras de arte”¹⁸⁵. Observa-se que nessa fase há forte influência do conceito de grandiosidade, nos termos ‘belezas’ e ‘monumentos’, com a noção do valor histórico¹⁸⁶.

Em 1937, a Constituição Federal, outorgada por Getúlio Vargas, no artigo 134, protege os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, que gozam da proteção e dos cuidados especiais da

¹⁸¹ O patrimônio cultural é um direito fundamental inerente à cidadania (ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 129). A conservação do patrimônio cultural é a base para a construção da identidade cultural de uma comunidade, visto que a ideia de pertencimento é resultado de um processo de produção simbólica e discursiva, sujeita a vetores de força e relações de poder que a sociedade apresenta, portanto, compete ao Estado garantir para a sociedade civil a existência pacífica de sua diversidade cultural (SIQUEIRA, Tainan Henrique. Patrimônio e direitos humanos: contribuições para largar o tema. In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 161). A memória como direito do cidadão são uma ação de todos os sujeitos sociais, conforme: CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultural*, op. cit., 2021.

¹⁸² PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão preventiva: a contramão da modernidade*, op. cit., p. 23-24.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 25-26.

¹⁸⁴ Há que pontuar que mesmo com a omissão constitucional, foi no período da República Velha que houve o maior movimento em favor do patrimônio histórico nacional, por obra de uma elite de escritores e estudiosos, como Araújo Viana, Araújo Porto Alegre e Afonso Arinos, sendo que a Igreja Católica também deu apoio e incentivo às artes (PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 31-32).

¹⁸⁵ Indaga e afirma Pontes de Miranda: “E os Municípios? Sem dúvida, foram excluídos do texto” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*: arts. 157-218. 2. ed. São Paulo: Max Limonand, 1953. v. 5. p. 168).

¹⁸⁶ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 70.

Nação, dos estados e dos municípios. Traz como inovação uma coercitividade, pois equipara os atentados aos monumentos históricos, artísticos e naturais aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Comparando-se os dois textos constitucionais, observa-se que a Constituição de 1937 traz as seguintes alterações: a) substitui a expressão “belezas naturais” por “paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza”, retirando a avaliação subjetiva do administrador; b) inclui os municípios entre os entes estatais; c) com a expressão “cuidados especiais”, dá ênfase à função estatal de preservar tais bens¹⁸⁷. Por fim, altera o conceito de propriedade, dando-lhe limites, a serem fixados pelo legislador ordinário (artigo 122, n. 14).

Pausa-se a progressão histórica da proteção nas constituições, para se destacar que duas importantes normas de proteção ao patrimônio cultural foram instituídas na era de Vargas: 1) o Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937 (em vigor), que institui o tombamento como forma de proteção ao patrimônio cultural¹⁸⁸ e introduz a prática da limitação dos direitos patrimoniais em função de interesses sociais com sua respectiva indenização¹⁸⁹; 2) o Código Penal de 1940, que, entre os crimes de dano, tipifica, nos artigos 165 e 166, condutas nocivas ao patrimônio cultural¹⁹⁰. Desta feita, depreende-se a força constitucional, pois a efetiva proteção legal do patrimônio cultural deu-se a partir da sua constitucionalização¹⁹¹.

Já em 1946, a Constituição enuncia, no seu artigo 175: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público”.

Pontes de Miranda elogia esse dispositivo e comenta que sua previsão é “[...] digna de reprodução em Constituições posteriores, que venha a ter o Brasil, e da atenção acurada dos

¹⁸⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: tombamento como principal instituto*, op. cit., p. 44.

¹⁸⁸ O Decreto-Lei n. 25/1937, ao definir patrimônio histórico e artístico, usando expressões “fatos memoráveis” e “excepcionalidade do valor”, demonstra que a linha deste diploma legal era dos adeptos do conceito de excepcionalidade do valor atual do bem, e seu parágrafo 1º previa a consagração exclusiva do órgão governamental para a definição de quais bens eram integrantes do patrimônio histórico e artístico nacional (RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, op. cit., p. 97).

¹⁸⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*, op. cit., p. 37.

¹⁹⁰ O Código Penal de 1940 criminalizou algumas condutas nocivas ao patrimônio cultural com a intenção de regulamentar a previsão constitucional do artigo 134 da Constituição de 1937, ao equipara os atentados cometidos contra os monumentos históricos, artísticos e naturais eram aos cometidos contra o patrimônio nacional (RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, op. cit., p. 97).

¹⁹¹ CRISTOFOLETTI, Rodrigo. Tráfico ilícito de bens culturais: uma reflexão sobre a incidência do furto de patrimônio bibliográfico raro no Brasil. *Revista do Arquivo*, São Paulo, ano 7, n. 11, out. 2020. p. 93. Disponível em: http://www.arquivoestado.sp.gov.br/revista_do_arquivo/11/pdf/Artigos%20Rodrigo%20Cristofoletti%2028%2010.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

legisladores ordinários, principalmente dos legisladores do Direito penal”. Alerta que “O que lhes falta justamente é a rega de direito, que venha completar e realizar a proteção prometida”¹⁹². Explica esse autor que uma das primeiras consequências dessa norma é a limitação ao direito de propriedade, em que o proprietário não tem direito de obstar ao exercício de qualquer medida de proteção a esses bens¹⁹³.

Em que isso pese, admite-se que há um retrocesso na Constituição Federal de 1946 em relação à de 1937, porque a proteção ao patrimônio cultural tornou-se norma meramente programática, prevista no artigo 175, sem equiparação a crime contra o patrimônio nacional, ficando, ao legislador ordinário, a tarefa de dar praticidade ao princípio¹⁹⁴.

A proteção ao patrimônio cultural também está presente na Carta Constitucional de 1967, no parágrafo único do artigo 172: “Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”, sendo inalterado pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que passa a ser o artigo 180.

Assim, ambas estabelecem o amparo à cultura como dever do Estado, bem como a responsabilidade prevista na Constituição de 1946, e ainda colocam sob especial proteção deste os monumentos e paisagens naturais notáveis e as jazidas arqueológicas (a inovação desta redação constitucional é a previsão da jazida arqueológica).

Na atual Constituição a previsão está inserida no artigo 216, que, sem dúvida, é o que traz maior amplitude de tutela, porque não somente amplia o conceito do patrimônio cultural (modernizando-o e inserindo o patrimônio cultural imaterial), como abre o leque dos institutos de proteção. Acolhe o inventário e o registro, indo além do tombamento e desapropriação, bem como traz instrumentos de participação da sociedade nas políticas públicas, como bem estabelece o parágrafo 1º¹⁹⁵, do artigo 216.

É uma norma programática que tem eficácia¹⁹⁶, porém não é autoaplicável, necessitando de lei que viabilize sua exequibilidade¹⁹⁷. Por certo, o artigo 216 em comento

¹⁹² MIRANDA, Ponte de. *Comentários à Constituição de 1946: arts. 157-218, op. cit.*, p. 168-170.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 169.

¹⁹⁴ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, op. cit.*, p. 98.

¹⁹⁵ “§ 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”.

¹⁹⁶ “Não admito a existência de disposições constitucionais carentes de eficácia – ou dotadas de grau menos de eficácia” (GRAU, Eros Roberto *Direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 71).

¹⁹⁷ FERREIRA, Sergio de Andréa. O tombamento e o devido processo legal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 339, jul./set. 1997. p. 156). Mas vale destacar que o dispositivo não é desprovido de toda e qualquer eficácia; esta ainda não se realizou plenamente (a eficácia é limitada), mas a norma tem a capacidade de produzir efeitos (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 222).

pertence ao gênero dos elementos socioideológicos¹⁹⁸ da Constituição, sendo chave fundamental para a compreensão de todo o ordenamento jurídico relacionado ao conteúdo que envolve o patrimônio cultural¹⁹⁹.

2.2 ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE 1988

O tratamento constitucional ao patrimônio cultural está inserido dentro da ordem jurídica da cultura²⁰⁰, tal como a Constituição Portuguesa²⁰¹, que, como ensinam Canotilho e Vital Moreira²⁰², o capítulo que engloba os direitos e deveres culturais pode ser designado por constituição cultural, por ser a ordem constitucional da cultura. Essa constituição cultural constitui, de certo modo, em Estado cultural: por um lado, Estado de direito cultural (liberdades culturais), em que se devem respeitar a liberdade e autonomia cultural; por outro lado, Estado democrático cultural (direitos à cultura), com o dever de alargamento e democratização da cultura. Junto com o direito à educação e à ciência, constituem típicos direitos sociais.

A ordem jurídica da cultura na Constituição brasileira se inicia com o artigo 215, o qual garante, a todos, o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, passando para o artigo 216, que se refere especificamente ao conceito e proteção do patrimônio cultural, para culminar com o Sistema Nacional de Cultura, no artigo 216-A (incluso pela Emenda Constitucional n. 71, de 2012).

¹⁹⁸ São normas que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionais (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 45-46).

¹⁹⁹ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 63.

²⁰⁰ Expressão utilizada por José Afonso da Silva ao defender que o *direito da cultura* é um ramo do Direito em formação, que envolve uma política da cultura e criação de normas jurídicas que disciplinem as relações jurídicas culturais; “O conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações de cultura forma a *ordem jurídica da cultura*” (SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47; p. 51). A cultura está prevista na Constituição Federal no Capítulo III – Da Educação, Da Cultura e do Desporto, na sua Seção II – Da Cultura.

²⁰¹ O Capítulo III da Constituição Portuguesa tem o título: direitos e deveres culturais, sendo o artigo 73 destinado a educação, cultural e ciência.

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *A constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 887-888.

2.2.1 Artigo 215

A cultura não compõe o rol dos direitos sociais esculpidos no artigo 6º da Carta Magna. Sua previsão está no Capítulo III²⁰³, do Título VIII, intitulado “Da Ordem Social”, que se inicia com o artigo 193, o qual preconiza: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”²⁰⁴. Tem-se que a abreviação dos direitos econômicos, sociais e culturais é a denominação de direitos fundamentais sociais²⁰⁵.

Cultura envolve o comportamento humano, o desenvolvimento intelectual do sujeito, suas crenças, enfim, aprimoramento tanto dos valores espirituais como materiais do indivíduo – “compreende tudo o que o homem tem realizado e transmitido através dos tempos na sua passagem pela terra”²⁰⁶.

Por certo, a “A cultura revela-se como desenvolvimento interior do indivíduo, com base na arte, ciência, expressão intelectual e corporal, etc.”²⁰⁷, mas também perpassa o indivíduo e alcança o coletivo. E, nesse sentido, ela está inserida nos direitos sociais:

Acolhe-se, assim, que a cultura é um direito social fundamental²⁰⁸, decorrente da proteção das constituições sociais que surgiram entre as guerras mundiais. E sua tutela segue o caminho traçado para os direitos fundamentais sociais, em que há, primeiramente, o reconhecimento dos direitos, para, depois, ser estabelecida uma obrigação de implantação de políticas públicas de concretização desses direitos no caso particular²⁰⁹.

²⁰³ “O Capítulo III consagrou três direitos públicos subjetivos: a educação, a cultura e o desporto. Di-los direitos públicos subjetivos, portanto equivalem a pretensões jurídicas dos indivíduos exigirem do Estado a execução (*facere*) ou a missão (*non facere*) de certa prerrogativa, em virtude do que preconiza a norma jurídica. Pode ter como sujeito ativo o próprio Estado ou os particulares. [...] Esses direitos subjetivos públicos, condensados pela Constituição em plexos constitucionais próprios, distribuem-se em três subsistemas normativos interligados entre si: 1º) *subsistema constitucional da educação* – conjunto de normas delineadoras do processo forma de ensino [...]; 2º) *subsistema constitucional da cultura* – vertido numa constituição cultural, revela via linguagem prescritiva do constituinte, a formação do povo, os *fokes e mores*, o potencial de expressão, a memória histórica, filosófica e sociológica brasileira, consubstanciando direitos em matéria cultural; 3º) *subsistema constitucional do desporto* – contendo normas constitucionais desportivas, propõe a integração da visa social e o aperfeiçoamento do processo de educação do homem [...]” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1193).

²⁰⁴ BRASIL. *Constituição (1988)*, *op. cit.*

²⁰⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 373.

²⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 850.

²⁰⁷ PIRES, Antonio Fernando. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 406.

²⁰⁸ José Afonso da Silva afirma ser um direito fundamental, decorrente das declarações universais e regionais dos direitos humanos (SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, *op. cit.*, p. 48).

²⁰⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional*, *op. cit.*, p. 373.

O artigo 215 garante, a todos, o pleno exercício dos direitos culturais (reconhecimento), competindo, ao Estado, assegurar a realização destes, facilitando o seu acesso (implantação de políticas públicas para sua concretização).

Desta feita, a cultura protegida relaciona-se com o preâmbulo constitucional, em especial com o programa proposto, o artigo 3º, I, haja vista que “uma sociedade justa livre e solidária é uma sociedade mediada pela *cultura*, portanto, é neste sentido que os direitos culturais são direitos humanos e direitos sociais, sendo que o amplo e complexo conjunto de suas manifestações conforma os fundamentos da nacionalidade”²¹⁰.

Os direitos culturais compõem o sistema normativo da cultura, decorrentes das normas previstas nos artigos 5º, IX e 215 e 216, da Constituição Federal²¹¹: (a) liberdade de expressão das atividades intelectual, artística, científica; (b) direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial como forma de propriedade de interesse público.

Portanto, a Constituição fornece uma proteção à cultura que atinge duas modalidades fundamentais: “A primeira é a liberdade ampla conferida a todos de pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes desta cultura. A segunda vem a ser a proteção que o Poder Público deve exercer sobre o chamado Patrimônio Cultural Brasileiro”²¹².

A Emenda Constitucional n. 71/2012 inclui o artigo 216-A e parágrafos 1º ao 4º²¹³, o qual cria o Sistema Nacional de Cultura. Fundamentado na política nacional de cultura e nas

²¹⁰ MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Da Cultura. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Insta se mencionar a distinção entre o adjetivo cultural e o substantivo cultura, previstos na redação do artigo 215. Cultura nacional é o conjunto das crenças, dos costumes, dos conhecimentos tradicionais e dos saberes diversos transmitidos pela hereditariedade e práticas comuns que distinguem e formam o povo brasileiro, ao passo que direitos culturais são os direitos de acesso e participação das manifestações culturais. Porém, “tanto o substantivo *cultura* como o adjetivo *cultural*, sempre indicam a ideia de *processo*”, ou seja, “um encadeamento permanente de fatos, atos ou intervenções que resultam e certa unidade de sentido, no caso as aquisições culturais, ou a reproduzem com certa regularidade” (*Ibid.*).

²¹¹ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, *op. cit.*, p. 51-52. Na mesma linha, abordando um *Estado de Cultura*, vide: MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. *Da Cultura*, *op. cit.*

²¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 850.

²¹³ BRASIL. *Constituição (1988)*, *op. cit.*

suas diretrizes, é organizado em regime de colaboração²¹⁴, de forma descentralizada e participativa, tendo o objetivo de promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

Impende se mencionar que os artigos 215 e 216 se completam²¹⁵ ante o fato de que o núcleo da tutela do patrimônio cultural é a cultura²¹⁶. Ambos os dispositivos (artigos 215 e 216), com seus parágrafos e os incisos do último, constituem o denominado ordenamento constitucional da cultura.

Mas, o termo “cultura”²¹⁷ é adotado em sentido diferente para cada dispositivo.

No artigo 215 enseja o exercício dos direitos culturais, que, na relação Estado e sociedade, “[...] impõe aquele [sic] realizar políticas públicas, voltadas para o cumprimento de seu dever constitucional quanto à educação, ao desporto, à ciência, à tecnologia e às artes, entendidas como condições para o exercício do direito à liberdade cultural [...]”, bem como “[...]promover a democracia cultural, exortando os cidadãos a participar da vida cultural, através de apoio e incentivo à valorização e à difusão das diversas formas de manifestação, que nada mais são que exteriorizações, projeções, dos direitos culturais”²¹⁸.

O artigo 216 comporta a normatização dos direitos culturais ao proteger os bens culturais de natureza material e imaterial, tanto considerados individual como coletivamente. Isso concede, aos bens culturais, uma amplitude e abrangência capazes de ocupar todos os espaços em que o conceito de bem se incluía, todavia, o constituinte especifica-os por dados efetivamente culturais e exige-lhes referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade²¹⁹. Portanto, embora seja amplo o conceito antropológico e sociológico de cultura, no que tange ao patrimônio cultural, não foi adotada a cultura em toda

²¹⁴ SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor, probidade administrativa*, op. cit., p. 101.

²¹⁵ SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, op. cit., p. 82.

²¹⁶ OLIVEIRA, Ana Raquel Cardoso; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; LOURES, Sergio Lopes. Considerações acerca da nova Lei de Crimes Ambientais. *Jus navigandi*, Teresina, v. 3, p. 13, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1705/consideracoes-acerca-da-nova-lei-de-crimes-ambientais>. Acesso em: 14 out. 2021.

²¹⁷ A palavra cultura tem uma amplitude que é “[...] multívoca e polêmica, não havendo conceito dela que possa ser acolhido sem reservas e fortes contraditas” (REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*, op. cit., 2005, p. 1).

²¹⁸ SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, op. cit., 2005, p. 85-86.

²¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino. Constituição e direito cultural: uma “revista” aos conceitos básicos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 76, 1993, p. 126. No sentido de que a Constituição recepcionou um conceito aberto e universal de cultura: GRAÇA, Cristina Seixas; TEIXEIRA, Márcia Regina Ribeiro. *Meio ambiente e patrimônio cultural nacional*, op. cit., p. 38.

a sua extensão; está limitado o seu alcance ao exigir que tenha uma dessas referências constitucionais.²²⁰

Em função dessa previsão, entende-se que “Nem tudo o que é cultura é patrimônio cultural”²²¹. Para que assim o seja considerado, é necessário que esteja relacionado com a ideia de testemunho, com o passado, sendo o distanciamento temporal um dos traços que conformam a linha divisória entre ambos²²².

2.2.2 Artigo 216

O patrimônio cultural integra os direitos sociais²²³, visto que está inserido no sistema normativo da cultura. Ao ser preservado, permite a dimensão da identidade de cada um com a sua sociedade, o seu povo, a sua cultura, exercitando a cidadania de preservar o seu passado, para manter-se a memória coletiva.

A proteção e valorização do patrimônio cultural suportam importantíssimos direitos e deveres fundamentais; ele é instrumento primacial de realização da dignidade da pessoa humana: considera a pessoa humana um ‘sujeito’, um ‘ser’, e não um ‘objeto’, um ‘ter’²²⁴. Ao se assegurar o patrimônio cultural, protege-se o homem integralmente, haja vista que sua cultura e formação também são respeitadas²²⁵.

Do teor do texto constitucional, pode-se afirmar que o patrimônio cultural é formado pelos seres humanos e deve ser contemplado dentro da democracia cultural²²⁶ adaptada à

²²⁰ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, op. cit., p. 35. E também: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 472.

²²¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, op. cit., p. 49.

²²² *Ibid.*

²²³ Nesse sentido, vide dentre outros: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 316; SOUZA, Washington Peluso Albino. *Constituição e direito cultural: uma “revista” aos conceitos básicos*, op. cit., p. 128; FERREIRA, Sergio de Andréa. *O tombamento e o devido processo legal*, op. cit., p. 149; REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*, op. cit., p. 67.

²²⁴ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*, op. cit., p. 91.

²²⁵ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 15.

²²⁶ “[...] se pode dizer que não há senão uma cultura humana válida para todas as sociedades que atingiram um certo grau de desenvolvimento, a cultura, ainda neste sentido restrito, está sempre ligada às tradições nacionais e tende a tomar diferentes aspectos e formas ao passar por meios diferentes. Ela será mesmo tanto mais autêntica e original quanto mais rica e substancial for a seiva que subir de suas raízes mergulhadas no húmus nacional; mas não poderá desabrochar, como uma verdadeira flor de civilização, se não se abrir, na plenitude de sua força, para todos os tempos e para todos os povos” (AZEVEDO, Fernando. *A cultura brasileira*, op. cit., p. 37-38).

cidadania e dignidade da pessoa humana, não sendo mais propriedade do Estado, mas bem de uso comum do povo em proveito da dignidade deste²²⁷.

O bem jurídico²²⁸ protegido não tem caráter individual, pois a função social inerente ao patrimônio cultural determina a natureza coletiva de sua titularidade, bem jurídico difuso, porque afeta o conjunto da cidadania, concentrando-se seu interesse de manutenção da herança cultural do povo²²⁹. Uma riqueza do povo cujo interesse coletivo repousa em proteger a sua identidade, exercitando a cidadania, visando à manutenção e conservação desta. Esse interesse subjetivizado na coletividade social é o fundamento jurídico para sua tutela constitucional²³⁰.

Com essa dimensão metaindividual²³¹, depreende-se que não é uma proteção de interesse particular ou do Estado, mas um interesse coletivo, sem um titular imediato e exclusivo²³².

E, assim, como meios processuais importantes de defesa do patrimônio cultural estão a ação civil pública e a ação popular²³³. E, ainda, como consequência prática dessa determinação teórica de ser o patrimônio cultural um direito difuso, tem-se a imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos coletivos e a indeclinável

²²⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro em face do direito ambiental constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 16.

²²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²²⁹ CARMONA SALGADO, Concepción. Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico. In: DEL ROSA, Manuel Cobo. *Curso de derecho penal español: parte especial II*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1997. p. 36. Nesse sentido: ARMELIN, Priscila, *Patrimônio cultural & sistema penal, op. cit.*, p. 32. Vide ainda: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 16-20. Sobre direito difuso, explica José Joaquim Gomes Canotilho que a natureza jurídica deste direito é discutível, pois sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos de primeira geração (de liberdade e de igualdade). Desta feita, ressalta que esses direitos são de todas as gerações (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição, op. cit.* p. 362-363).

²³⁰ MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 150-151. Cristina Guisasola Lerma afirma que é o caráter público dos bens com valores monumentais que legitimaram a intervenção para sua proteção (LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal, op. cit.*, p. 42). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 7377, do Distrito Federal. Presidente: Eduardo Espínola. Relator: Castro Nunes, 17 de junho de 1942. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 33, n. 147, p. 785-811, jan. 1944; ARMELIN, Priscila, *Patrimônio cultural & sistema penal, op. cit.*, p. 78.

²³¹ “[...] são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão 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” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição, op. cit.*, p. 114).

²³² MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais, op. cit.*, p. 20.

²³³ BLUM, Rita Peixoto Ferreira. Bem constitucional difuso e coletivo: meio ambiente cultural. *Revista de Direito Privado*, Londrina, v. 47, jul./set. 2011. p. 421.

necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, nas ações cíveis que envolvam sua defesa²³⁴.

O artigo 216, caput, traz, no conceito do patrimônio cultural, a expressão constitucional “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Assim, para sua constituição, o constituinte faz referência a três elementos: identidade, ação e memória²³⁵. Entretanto, inexistente a obrigatoriedade de que a referência abranja os três elementos, bastando que haja um desses elementos para que se defina a essência da identidade, da ação ou da memória dos grupos formadores²³⁶.

Esses três elementos (identidade, ação e memória) não estão previstos no conceito estabelecido pelo artigo 1, da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, firmada na Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (Paris, 1972²³⁷), que considera patrimônio cultural os monumentos²³⁸ e os conjuntos²³⁹, ambos de valor universal excepcional, do ponto de vista da História, da arte ou da ciência, e os sítios²⁴⁰ de valor universal excepcional das perspectivas histórica, estética, etnológica ou antropológica.

Ao passo que, mais recente, a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da UNESCO (Paris, 2003)²⁴¹, no conceito desse bem jurídico (“patrimônio cultural

²³⁴ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, op. cit., p. 16-19.

²³⁵ “[...] portam a ideia de manter com o passado uma relação enriquecedora do presente” (SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, op. cit., p. 114. Ver também: GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*, op. cit., p. 125; CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, op. cit., p. 122-123).

²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, op. cit., p. 114.

²³⁷ Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 72.312, de 31 de maio de 1973.

²³⁸ “– os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência” (IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, op. cit.).

²³⁹ “– os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência” (*Ibid.*).

²⁴⁰ “– os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como áreas, que incluem os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico” (*Ibid.*).

²⁴¹ Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 5.753, de 12 de abril de 2006.

imaterial”²⁴²), inclui as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais, que lhes são associados –, que deve ser transmitido de geração em geração, constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, gerando sentimentos de identidade e continuidade.

Essa convenção destaca, ainda, a importância dos imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável. Este conceito tem ressonância mais próxima ao texto constitucional nacional, em que se percebe que a identidade, a ação e a memória estão inclusas na sua essência.

Outra confluência está no artigo 1, da Declaração Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural (Paris, 2002), que destaca que o patrimônio comum da humanidade se faz com a diversidade cultural, que se manifesta “[...] na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade [...]”²⁴³.

Em uma análise de algumas constituições estrangeiras, constata-se que a Constituição mexicana, marco histórico para a defesa dos direitos social (1917),²⁴⁴ não traz um conceito de patrimônio cultural, apenas previsão dentro do direito à educação estabelecendo a criação de escolas práticas, dentre estas, as voltadas para o museu, e legisla sobre vestígios os restos fósseis e monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuja conservação seja de interesse da Nação (artigo 73, inciso XXV). Em 2019, é adicionado o inciso II, letra g, no artigo 3º, que, ao tratar da educação como direito básico, prevê o direito dos povos e comunidades indígenas de terem educação plurilíngue e intercultural baseada no respeito, promoção e

²⁴² “1. Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais, que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável” (IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, op. cit.).

²⁴³ DECLARAÇÃO Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural. UNESCO, 2002. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20sobre%20a%20Diversidade%20Cultural%20da%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

²⁴⁴ MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 1917. Última reforma publicada DOF 28/05/2021. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

preservação do patrimônio histórico e cultural, demonstrando já o acolhimento do conceito internacional de que o patrimônio imaterial está dentro do patrimônio cultural.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)²⁴⁵, que substituiu a Constituição Weimar (1919), é bem mais específica. Em seu artigo 73, 5ª, estabelece que compete, à Federação, legislar exclusivamente sobre o patrimônio cultural alemão contra a evasão deste para ao estrangeiro.

Todavia, em ambas as Constituições não há previsão específica para o patrimônio cultural, muito menos nenhuma referência aos elementos basilares que a Constituição brasileira acolhe.

Nesse caminho, não há, na Constituição Francesa, nenhuma menção ao patrimônio cultural²⁴⁶, porém ali se encontra o Código do Patrimônio (*Code du Patrimoine*), Lei n. 2004-178, de 20 de fevereiro de 2004, que reuniu prescrições de algumas leis já existentes, sem, todavia, haver uma definição expressa, apenas referência aos bens protegidos.

A *Constitución de la República de Chile*²⁴⁷, seu artigo 19, parágrafo 10º, prevê que, ao Estado, compete “[...] *estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación*”. Não há nenhuma outra menção ao patrimônio cultural. Mas, a Lei n. 21.045, de 3 de novembro de 2017, do Ministério da Educação, que criou o Ministério das Culturas, Artes e Patrimônio, prevê, no seu artigo 8, que o conceito de patrimônio cultural a ser adotado é o estipulado pelos instrumentos internacionais da UNESCO.

Interessante se pontuar que a Constituição da África do Sul²⁴⁸, que “é amplamente considerada como a Constituição mais progressista do mundo”²⁴⁹, não traz uma previsão expressa de proteção ao patrimônio cultural no seu rol dos direitos humanos; a intenção foi criar “uma sociedade baseada nos valores democráticos, de justiça social e direitos humanos

²⁴⁵ ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Versão alemã de 23 maio 1949. Última atualização em 29 set. 2020. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2021.

²⁴⁶ FRANÇA. *Constituição*. 1958. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/ro/ot/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

²⁴⁷ CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Atual. 2010. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

²⁴⁸ ÁFRICA DO SUL. *Constitution of the Republic of South Africa*. 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>. Acesso em: 17 dez. 2021.

²⁴⁹ RIZZI, Kamilla R. 10. África do Sul: instituições e sociedade. In: VISENTINI, Paulo G. Fagundes; PEREIRA, Analúcia Danilevicz (org.). *África do Sul: história, estado e sociedade*. Brasília, DF: FUNAG/CESUL, 2010. p. 238. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/709-africa_do_Sul_-_Historia_Estado_e_Sociedade.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

fundamentais” (Bill of Rights, Capítulo II)²⁵⁰. Entretanto, estipula a tutela da língua na Constituição, que, em seu Capítulo II, prevê que todos têm direito a usar sua linguagem materna e a participar da vida social e cultural à sua escolha.

Em uma análise da Constituição da República de Portugal, não há um conceito do que deve ser entendido como patrimônio cultural. Existem a previsão do dever da preservação, defesa e valorização deste (*caput* do artigo 1) e a incumbência do Estado, em colaboração com todos os agentes culturais, de promover a salvaguarda e valorização desse patrimônio, “[...] tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”²⁵¹. O elemento da identidade se faz presente no texto do povo portugueses²⁵².

Na Constituição Espanhola há a previsão expressa de proteção do patrimônio cultural no artigo 46²⁵³, no qual garante a conservação, promoção e enriquecimento dos patrimônios histórico, cultural, artístico, ou seja, não o denomina no termo amplo, adotando o conceito ainda com referência a seus valores (histórico, artístico e cultural), e não faz referência aos elementos de sua identificação, sem haver menção à identidade, ação ou memória²⁵⁴.

Na Itália, a Constituição da República Italiana, no seu artigo 9^{o255}, não traz o conceito, prevê apenas a tutela do patrimônio histórico e artístico da Nação.

²⁵⁰ “Além dos direitos de igualdade, liberdade de expressão e associação política e direito de propriedade, habitação, saúde, educação, acesso à informação e acesso aos tribunais, a Carta reafirma a determinação da África do Sul para a construção de uma base tripla (igualdade, direito e democracia): não-racista, não-sexista, supremacia da Constituição e do Estado de Direito” (*Ibid.*).

²⁵¹ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*: VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

²⁵² Em Portugal, a Lei n. 13, de 6 de julho de 1985 é a Lei de bases do património cultural Português.

²⁵³ “*Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*” (ESPAÑA. Constitución Española. Atual. 2020. Disponível em: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/abrir_pdf.php?fich=387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanola.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021).

²⁵⁴ O patrimônio cultural é tutelado pela Lei n. 16, de 25 de junho de 1985, que revogou a Lei de 1933, representando um marco normativo na unificação da legislação do patrimônio cultural espanhol. “Apesar de não haver menção à proteção do patrimônio cultural imaterial, ampliou os valores culturais a serem protegidos em seu artigo 1º, confundindo-se até mesmo com a preservação dos bens naturais, e a preocupação de sua transmissão a gerações futuras” (COSTA, Rodrigo Vieira. A ideia do código de proteção do patrimônio cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais. In: *ENECULT – ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA*, 4., 2008. Salvador. *Anais [...]*. Salvador: Faculdade de Comunicação – UFBA, 2008. p. 8. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-02.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021).

²⁵⁵ ITÁLIA. *Constituição da República Italiana*. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021). Pelo texto constitucional, há uma tendência a considerar o conceito unitário, que envolve o ambiente natural e o cultural (RAMACCI, Luca. *Manuale di diritto penale dell’ambiente*. Alberta Leonarda Vergine (prefácio). 3. ed. rev. ampl. Verona, Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005. p. 10). E, também: DELL’ANNO, Paolo. *Manuale di diritto ambientale*. 4. ed. Verona, Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003. p. 7.

Porém, seu regramento está no Decreto legislativo n. 42/2004, que aprova o Código do Patrimônio Cultural e da Paisagem, cujo artigo 1.2 estabelece como princípio que a tutela e valorização do patrimônio cultural contribuem para a preservação da memória da comunidade nacional e no artigo 7 menciona que é um bem de expressão de identidade cultural coletiva. A definição está no artigo 2, que considera os bens culturais móveis ou imóveis (com interesses artístico, histórico, arqueológico, etno-antropológico, arquivístico e bibliográfico e outros identificados por lei ou com base nesta como prova tendo o valor da civilização) e os bens paisagísticos (são expressão dos valores históricos, culturais, naturais, morfológicos e estéticos do território e os demais bens identificados por lei), itens 2.2 e 2.3, respectivamente. Há a menção à identidade, memória e ação do povo italiano.

Na Constituição Argentina há a menção, dentro do Capítulo II, dos novos direitos e garantias. No artigo 41²⁵⁶ garante, a todos, um ambiente sadio e equilibrado e, em seguida, estipula que as autoridades deverão promover a preservação do patrimônio cultural e natural. A Lei n. 25197/1999, que estabelece o regime do registro do patrimônio cultural, esculpe no artigo 2º que os bens culturais são todos aqueles que constituem a expressão ou testemunho da criação humana e a evolução da natureza que tem valores arqueológico, histórico, artístico científico ou técnico excepcional²⁵⁷. A ideia de expressão da manifestação do povo está presente na legislação.

Na Constituição da Bolívia, o tema é previsto nos artigos 99 a 101²⁵⁸, sendo que como definição somente há a previsão de que pertence ao povo boliviano (artigo 99). Ao tratar da proteção imaterial dos povos indígena e camponês, afirma esse patrimônio como uma forma da expressão e identidade do Estado (artigo 100). A identidade e ação (esta reproduzida no termo “forma de expressão”) estão presentes na previsão constitucional.

²⁵⁶ ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

²⁵⁷ “**ARTICULO 2º**– *A los efectos de la presente ley se entiende por “bienes culturales”, a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino*” (ARGENTINA. Lei n. 25197. Regimen del Registro del Patrimonio Cultural. Promulgada em: 9 dez. 1999. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/61480/norma.htm>. Acesso em: 10 dez. 2021.

²⁵⁸ BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado* (CPE). 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

Na Constituição da República do Paraguai, o artigo 81, tutela o patrimônio cultural²⁵⁹, entretanto, embora use no cabeçalho do artigo este termo, na sua redação utiliza os valores (histórico, arqueológico, paleontológico, artístico, científico) para especificar quais bens deverão ser assim considerados para serem protegidos. Somente na segunda parte do dispositivo constitucional é que faz menção às diversas expressões da cultura oral e da memória coletiva.

Em Peru, a Constituição, no artigo 21²⁶⁰, intitulado “*Patrimonio Cultural de la Nación*”, que está inserido no Capítulo II, dos direitos econômicos e sociais, faz referência a bens culturais de valor histórico, como depósitos e restos arqueológicos, construções e monumentos, lugares, documentos bibliográficos, arquivos, objetos artísticos e testemunhos históricos, que estão protegidos pelo Estado, determinando que a lei deve fomentar a participação privada e a restituição ao país dos bens que foram trasladados ilegalmente para o exterior. A Lei n. 28.296, de 2004, que é o instrumento basilar para a política peruana de preservação, traz, no artigo 2º, a definição e adota o termo patrimônio cultural, porém, não faz nenhuma menção aos três elementos (memória, ação e identidade), mas destaca que são bens de manifestação humana, sejam materiais ou imateriais, vinculados aos valores “[...] paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual [...]”.

A *Constitución de la República Oriental del Uruguay*²⁶¹ protege o patrimônio cultural na 2ª seção do Capítulo primeiro relativo a “*los Derechos. Deberes y Garantías fundamentales de la Persona*” e estabelece, em seu artigo, expressamente a proteção, mas o faz referindo-se aos valores artístico e histórico, afirmando serem tesouro cultural da nação.

²⁵⁹ “*Artículo 81 – DEL PATRIMONIO CULTURAL. Se arbitrarán los medios necesarios para la conservación, el rescate y la restauración de los objetos, documentos y espacios de valor histórico, arqueológico, paleontológico, artístico o científico, así como de sus respectivos entornos físicos, que hacen parte del patrimonio cultural de la Nación*”. Na 2ª parte do artigo prevê: “*El Estado definirá y registrará aquellos que se encuentren en el país y, en su caso, gestionará la recuperación de los que se hallen en el extranjero. Los organismos competentes se encargarán de la salvaguarda y del rescate de las diversas expresiones de la cultura oral y de la memoria colectiva de la Nación, cooperando con los particulares que persigan el mismo objetivo. Quedan prohibidos el uso inapropiado y el empleo desnaturalizante de dichos bienes, su destrucción, su alteración dolosa, la remoción de sus lugares originarios y su enajenación con fines de exportación*” (PARAGUAI. *Constitución de la República de Paraguay*. 1992. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021).

²⁶⁰ PERU. *Constitucion Política del Peru*, 1993. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf. Acesso em: 13 dez. 2021.

²⁶¹ “*Artículo 34. Toda la riqueza artística a histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación; estará bajo la salvaguardia del Estado y la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa*” (URUGUAI. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. 1997. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0058.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021).

Na Constituição Cubana²⁶², o patrimônio histórico e cultural é considerado uma finalidade essencial do Estado (artigo 13). Especificamente no artigo 32, ao tratar das políticas educacional, científica e cultural, tem como postulado “*j) defiende la identidad y la cultura cubana y salvaguarda la riqueza artística, patrimonial e histórica de la nación*” e na sequência, adiciona que “*k) protege los monumentos de la nación y los lugares notables por su belleza natural, o por su reconocido valor artístico o histórico*”. Percebe-se que, embora seja uma Constituição recente, não adotou a terminologia ampla “patrimônio cultural”, amparando as espécies artístico e histórico. É um regramento que visa tutelar a identidade cubana, prevendo, assim, um dos elementos que o texto brasileiro abarca.

Da leitura dos textos dessas constituições, percebe-se claramente que a redação do conceito brasileiro é muito mais completa, rica, moderna e técnica na previsão do patrimônio cultural.

O artigo 216 está na vanguarda dos conceitos internacionais, sendo a espinha dorsal do sistema de identificação de preservação dos valores culturais²⁶³. Ao adotar a terminologia “patrimônio cultural”, ele acolhe o conceito amplo, que envolve todos os bens culturais com seus variados valores²⁶⁴, evitando que valores tão relevantes sejam esquecidos, como o arqueológico e o etnográfico²⁶⁵.

Depreende-se que há limitação para ser considerado patrimônio cultural²⁶⁶. Este não é estático, ele é um *sendo*, um sendo-no-mundo, como já aventado. Tem natureza dinâmica²⁶⁷, e, embora todas as atividades humanas possam ser abrangidas na conceituação de *patrimônio cultural*, deve-se verificar que nem todas elas se qualificam como bens a serem preservados²⁶⁸.

²⁶² CUBA. *Constitución de la República de Cuba*, 2019. Disponível em: <https://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%20240%20KB-1.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2021.

²⁶³ RODRIGUES. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos, *op. cit.*, p. 177.

²⁶⁴ Há bens de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BORGES, Marco Antônio. *O tombamento como instrumento jurídico para proteção do patrimônio cultural*, *op. cit.*, p. 259. No sentido de que a Constituição recepcionou um conceito aberto e universal de cultura: GRAÇA, Cristina Seixas; TEIXEIRA, Márcia Regina Ribeiro. *Meio ambiente e patrimônio cultural nacional*, *op. cit.*, p. 38).

²⁶⁵ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, *op. cit.*, p. 32.

²⁶⁶ “O patrimônio é um problema impossível: se admitirmos que tudo é patrimônio, tudo deve ser conservado. Isso é evidentemente inconcebível na escala da cidade e do país” (MONNET, Jérôme. O álbi do patrimônio: crise da cidade, gestão urbana e nostalgia do passado: cidadania. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*: Estado e Cultura, Rio de Janeiro, n. 24, 1996. p. 228).

²⁶⁷ MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*, *op. cit.*, p. 20.

²⁶⁸ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 203.

Faz-se necessária a preservação dos produtos mais relevantes de bens culturais, conciliando-se a novidade ao antigo²⁶⁹, com a vinculação constitucional imposta de ser relacionado com a identidade, ação ou memória do povo brasileiro²⁷⁰. São bens que, de uma forma ou outra, se tornam representativos, evocativos ou identificadores da história da sociedade humana e da cultura²⁷¹.

Quanto à frase “grupos formadores da sociedade brasileira”, fica evidenciado que, embora o patrimônio cultural seja único, ele comporta a ideia de memória como fazer coletivo e resgata as manifestações antes consideradas de menor valor, ligadas às culturas popular, à indígena e à negra, seguindo, assim, a proposta de criar um Estado Democrático de Direito²⁷².

São diversas formas pelas quais o patrimônio cultural se manifesta, elencadas no rol de cinco incisos do artigo 216, de forma exemplificativa²⁷³, admitindo-se a inclusão de outras manifestações não ilustradas.

Discorda-se de Paulo Affonso Leme Machado quando ele, ao mencionar a diferença entre o *caput* e os incisos do artigo 216, defende que os incisos têm relação de bens de natureza material e imaterial que podem ou não se relacionar com os grupos formadores da sociedade brasileira. Ou seja, a consequência é que esses bens inclusos nos incisos podem ser protegidos mesmo que não tenham, direta ou indiretamente, vínculos com a identidade, a ação e a memória dos grupos formadores da sociedade brasileira²⁷⁴.

Não há como se concordar com tal assertiva, sendo necessário se reiterar que os bens inclusos nos incisos devem ter, direta ou indiretamente, vínculos com a identidade, ação e memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, estando claro no texto do *caput* que tais bens incluem os dos incisos²⁷⁵. O rol apresentado serve apenas para reforçar a amplitude do conceito apresentado no *caput* desse artigo²⁷⁶.

O parágrafo primeiro, do artigo 216, prescreve: “§ 1º. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio

²⁶⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos*, op. cit., p. 179. Nessa linha: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, op. cit., p. 52.

²⁷⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino. *Constituição e direito cultural: uma “revista” aos conceitos básicos*, op. cit., p. 126.

²⁷¹ MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*, op. cit., p. 20.

²⁷² TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 63-65.

²⁷³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*, op. cit., p. 1211.

²⁷⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 800.

²⁷⁵ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 96 (nota 376).

²⁷⁶ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 65.

de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

É uma norma dirigida ao Poder Público “[...] e lhe comina um poder-dever de promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro”²⁷⁷. A expressão “Poder Público que tem o poder-dever” deve ser entendida no sentido amplo, alcançando todos os entes públicos subjetivos (União, estados, municípios e o Distrito Federal) e todas as suas funções (executiva, legislativa e judiciária).

A competência para legislar sobre o patrimônio cultural está prevista no artigo 24, VII e VIII, da Constituição Federal, sendo concorrentemente da União, dos estados e do Distrito Federal. Nos seus parágrafos, esse artigo estabelece que, para as matérias dispostas nos seus incisos, a competência da União é a de estabelecer normas gerais (§1º), sem excluir a competência suplementar dos Estados (§2º).

Inexistindo lei federal, os estados exercerão competência legislativa plena (§ 3º); e, quando da superveniência de lei federal, esta suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário (§ 4º). Aos municípios, por força do disposto no artigo 30, incisos I, II e IX da Constituição, a competência para legislar é de caráter local e suplementar²⁷⁸.

O Poder Público que não se utilizar de sua competência legislativa para proteger o seu patrimônio cultural e omitir-se na preservação e cuidado “[...] estará infringindo a Constituição Federal, além, é claro, de perder a sua própria História”²⁷⁹.

Em relação ao plano executório, a competência é comum, cabendo a todos os entes estatais (desde a União até os municípios) uma ação de proteção e uma atuação fiscalizadora conjunta²⁸⁰, como estatuído no artigo 23, III e IV²⁸¹, da Constituição Federal.

A distribuição de competências pelo constituinte permite se fixar dois limites: a) a ação de cada um dos entes políticos fica limitada ao seu território, sendo considerada

²⁷⁷ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 65.

²⁷⁸ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*, op. cit.

²⁷⁹ MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*, op. cit., p. 34.

²⁸⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 159.

²⁸¹ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico, e cultural; [...]”. Esta competência diz respeito às pessoas jurídicas de direito público encarregadas da proteção e conservação do patrimônio cultural (CORONA, Roberto Brocanelli; GROSSI, Naiara Souza. Proteção do patrimônio cultural brasileiro. Tombamento pela via judicial ou por lei. *Revista Jurídica: Revista de Estudos Jurídicos da Unesp*, Franca: Universidade Estadual Paulista – UNESP, ano 15, n. 21, 2011. p. 212).

inconstitucional qualquer ação fora de suas fronteiras para a defesa de bens móveis que a eles estejam vinculados, sendo permitido somente à União proteger bens em qualquer parte do território nacional; b) o limite em relação ao grau de interesse, ou seja, a União tem competência para proteger bens que apresentam importância nacional, ao passo que os estados devem cuidar daqueles que tiverem significado regional, e, por sua vez, os municípios protegerão aqueles bens de interesse local²⁸².

Disso resulta que, se há interesse nacional por um bem cultural, por certo existe conexão de identidade em níveis regional e local, não sendo a recíproca verdadeira, haja vista que a cultura do País compõe-se do somatório das culturas regionais e locais²⁸³. Mas não há óbices para uma ação conjunta, caso o bem cultural tenha relevância para os três entes políticos, sendo que nesse caso todos os entes políticos poderão agir, cada um *per si*, realizando ações para a proteção do bem, podendo haver dois ou mais atos de proteção, e nenhum deles eliminará os efeitos do outro²⁸⁴.

Entretanto, “[...] se as determinações de cada um dos entes políticos forem diversas e incompatíveis entre si, aplicar-se-á o princípio de maior interesse, prevalecendo às exigências do ente federal sobre o estadual e, deste último, sobre o municipal”²⁸⁵.

Por fim, em relação à competência penal, ela compete ao Congresso Nacional, ante o princípio da legalidade esculpido no artigo 1º, do Código Penal.

Além da vinculação à memória, identidade ou ação, o patrimônio cultural deve ser individualizado, protegido pelo poder público, como reza o parágrafo 1º, do artigo 216, que prevê a tutela por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento²⁸⁶ e desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

Mas vale se lembrar que, mesmo antes de um bem ser individuado, ele pode ser considerado “[...] um bem cultural *in potentia*, ou seja, como detentor de potencialidade para ser reconhecido oficialmente como integrante do patrimônio cultural”. O que difere é que, com o ato de reconhecimento, tem-se a certeza jurídica da natureza do bem como sendo

²⁸² ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 82.

²⁸³ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 21-22.

²⁸⁴ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*, op. cit., p. 23.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ O Decreto-Lei n. 25/37, que disciplina sobre o tombamento, é a primeira norma jurídica que dispõe, objetivamente, acerca desta limitação administrativa ao direito de propriedades, sendo editado ante o interesse público pela proteção do patrimônio cultural brasileiro (*Ibid.*, p. 15).

patrimônio cultural e, como efeito reflexo do ato, impõe-se a submissão da coisa ao particular regime jurídico de proteção²⁸⁷.

Desta feita, o patrimônio cultural, seja de propriedade pública ou privada, tem um especial interesse público, que vai além de uma singular vigilância, controle ou exercício do poder de polícia da administração estatal sobre o mesmo.

Esse interesse “[...] é algo mais profundo e incide diretamente na sua essência jurídica”²⁸⁸, ao ser algo reconhecido como um bem cultural que passa a ter proteção especial. Agrega-se a ele uma qualidade jurídica modificadora, de tal ordem que fica alterada a sua classificação legal. E, assim, “Ele deixa de ser fungível ou consumível, por exemplo, embora continue móvel ou imóvel, público ou privado. Além disso, não fica fora do comércio salvo se forem do domínio público, embora sofra restrições quanto à exportação e o direito de preferência do Estado”²⁸⁹.

Para a escolha seletiva do bem que tenha valor cultural para ser guindado à categoria de bem jurídico de patrimônio cultural, compartilha-se do entendimento de que a escolha deve estar na atuação da comunidade²⁹⁰, que, em conjunto com o poder público, deve decidir sobre a valoração de um bem cultural e a necessidade de preservá-lo ou não²⁹¹.

A escolha da coletividade é fundamental, porque nela repousa o interesse em proteger a sua identidade, sua riqueza, exercitando a cidadania ao exigir a proteção jurídica sobre o patrimônio cultural (direito social), visando à manutenção e conservação deste, e este, por sua vez, encontra, no interesse subjetivizado da sociedade, seu fundamento jurídico²⁹².

Há bens culturais que o próprio legislador estabeleceu que estão excluídos do patrimônio cultural nacional. Esses bens estão previstos no artigo 3º, do Decreto-Lei n.

²⁸⁷ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, op. cit., p. 54-55. Este autor exemplifica a questão da seguinte forma: “Suponhamos que existam em uma rua, lado a lado, duas significativas edificações com características arquitetônicas e artísticas peculiares do século XVIII, construídas na mesma época, nos mesmos moldes e pelos mesmos artífices, contratados por uma família de grande tradição e destaque na história da cidade, onde estão situados os imóveis. Ocorre que por determinada circunstância não justificável apenas uma das edificações (embora sejam ambas em tudo iguais) recebeu a proteção do poder público por meio de tombamento, inventário ou qualquer outra forma de acautelamento”. E conclui afirmando que apenas o imóvel individualizado e reconhecido pelo poder público é que estará submetido ao regime jurídico específico dos bens culturais; o outro bem possui um valor cultural intrínseco, real, mas não formal, por não ter sido reconhecido pelo poder público.

²⁸⁸ MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*, op. cit., p. 21.

²⁸⁹ MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*, op. cit., p. 21.

²⁹⁰ O parágrafo 1º consagra o princípio da participação, informativo do Direito Ambiental no qual há pelo menos três vertentes da participação das pessoas: as organizações não-governamentais, as audiências públicas para estudo de impacto ambiental e as ações judiciais, sendo que nesta última, no que se refere ao patrimônio cultural, a participação concretiza-se integralmente (RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos*, op. cit., p. 183).

²⁹¹ *Ibid.*, p. 179.

²⁹² ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 78.

25/1937²⁹³, que são as obras de origem estrangeira, que a) pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no Brasil; b) adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; c) se incluam entre os bens referidos no artigo 10, da Introdução do Código Civil²⁹⁴, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário; d) pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; e) sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; f) sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos. O parágrafo único destaca que, para as duas últimas situações, as obras deverão ter guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, atual IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

O parágrafo 2º²⁹⁵, do artigo 216, estatui a proteção do patrimônio documental. Da norma constitucional se extrai que cabem, à Administração Pública (federal, estadual e municipal), a gestão da documentação governamental e a fixação da forma como ela será feita (na forma da lei), pois os entes federativos também devem conservar ou guardar sua história. No final, prevê que a lei deve estabelecer o acesso à documentação aos que dela necessitem²⁹⁶; porém esta previsão, em rigor, não se faz necessária, haja vista que “[...] o dever que ele enfatiza é decorrência lógica do próprio direito à informação (art. 5º, XXXIII)”²⁹⁷.

²⁹³ BRASIL. Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 11 dez. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

²⁹⁴ Artigo 10 da Introdução do Código Civil de 1916 estabelecia que “Os bens, móveis ou imóveis, estão sob a lei do lugar onde situados; ficando, porém, sob a lei pessoal do proprietário os moveis de seu uso pessoal, ou os que ele consiga tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outros lugares. Parágrafo único. Os moveis, cuja situação se mudar na pendência de ação real a seu respeito, continuam sujeitos à lei da situação, que tinham no começo da lide”. Foi revogado pela Lei n. 10.406/2002. Atualmente, A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro é regida pelo Decreto-Lei n. 4.657/1942, com a redação dada pela Lei n. 12.376/2010, e prevê “Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados. § 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trazer ou se destinarem a transporte para outros lugares. § 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada” (BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 7 jan. 2022).

²⁹⁵ “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” (§ 2º do artigo 216 da Constituição Federal, 1988).

²⁹⁶ FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 175.

²⁹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor, op. cit.*, p. 1212.

O parágrafo 3º, do artigo 216, prevê que “A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”. Carlos José Teixeira de Toledo²⁹⁸ observa que tal norma poderia estar localizada no artigo 215, o qual aborda a política cultural em seu sentido amplo. Explica que “[...] há uma sinalização de que a política de preservação deve estar inserida no quadro geral da política cultural, tomada em seus dois pólos: a produção e o consumo de bens e valores culturais”. Elucida que, se a linguagem usada no dispositivo apresenta a impressão de uma terminologia mercadológica (produção/consumo), ela está matizada pelo interesse público, pois o bem cultural diz respeito ao bem comum.

A previsão do parágrafo 4º, “Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”, é uma indicação de criminalização, sendo abordada no item seguinte, 2.4.

Outra inovação constitucional repousa no parágrafo 5º, ao estabelecer de forma direta e específica o tombamento “por lei”, ou melhor, por norma constitucional: “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”²⁹⁹. O tombamento previsto nessa norma atinge indistintamente bens públicos e privados, desde que preencham os requisitos exigidos. Ademais, produz efeitos imediatos, sem a necessidade de regulamentação, bastando os bens serem identificados e individualizados para se verificar se estão enquadrados ou não no comando constitucional³⁰⁰.

O termo “tombar” é considerado, por uns, impróprio, visto que não tem relação com procedimento administrativo próprio (característica do tombamento), com decisão exarada deste procedimento, mas decorreu de uma decisão legislativa³⁰¹. Não obstante, é necessário se considerar que se admite o tombamento feito por meio de lei³⁰², portanto, o termo adotado não é impróprio. Em que isso pese, o preceito deve ser louvado, ante a relevância dos quilombos.

Washington Peluso Albino Souza traz a lume a crítica no sentido de focar a distração do constituinte quanto à cultura indígena, “[...] que continua abandonada e destruída

²⁹⁸ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 68.

²⁹⁹ Esta declaração de tombamento é uma homenagem aos 100 anos de vigência da Lei Áurea (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*, op. cit., p. 65).

³⁰⁰ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 70.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² “O bem pode ser tombado pelo Poder Legislativo, através de uma lei específica que determine a sua preservação devido ao seu valor cultural. Recentemente podemos constatar casos de tombamentos ou preservação do bem cultural através de decisões do Poder Judiciário, tendo como forma originária uma ação civil pública, como podemos observar o caso do ‘Cine Rio Branco’ na cidade de Varginha/MG” (BORGES, Marco Antônio. *O tombamento como instrumento jurídico para proteção do patrimônio cultural*, op. cit., p. 261).

na atualidade, sem que medidas efetivas de preservação e defesa lhe sejam garantidas, sendo insuficiente a referência do art. 215, parágrafo 1º e a sua ausência dentre os bens integrantes do ‘patrimônio cultural’³⁰³. Entretanto, tem-se que observar que as previsões do artigo 216 são exemplificativas, o que não impede que o legislador ordinário disponha a respeito ou que o Executivo ou o Judiciário efetivem proteção para essa cultura tão importante. Ademais, a cultura indígena (não seu patrimônio cultural) recebeu consideração especial do constituinte – que tratou de sua tutela nos artigos 231³⁰⁴ e 232,³⁰⁵ – e constitui um capítulo específico desse assunto.

Por fim, a atual Constituição Federal é taxativa, no artigo 216, ao impor, ao poder público, a promoção e proteção do patrimônio cultural, entregando, à competência da Administração Pública, a gestão da documentação governamental e facultando, aos estados e ao Distrito Federal, vincular, a fundo estadual de fomento à cultura, até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais (conforme o parágrafo 6º).

2.3 AUTONOMIA DO BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO CULTURAL

Primeiramente cumpre conceituar bem jurídico, pois “A consideração do objeto jurídico é vital no entendimento da norma. É o ponto de partida”³⁰⁶. Bem jurídico “vem a ser um ente (dado ou valor social, entidade dotada de valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual”. Ele é “essencial para a coexistência e o desenvolvido do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido”³⁰⁷.

A função primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade. Esse direito é “[...] mais que um instrumento de controle social

³⁰³ SOUZA, Washington Peluso Albino. *Constituição e direito cultural: uma “revista” aos conceitos básicos*, op. cit., p. 126.

³⁰⁴ Estabelece o *caput* do artigo 231 da Constituição Federal: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

³⁰⁵ Estabelece a Constituição Federal: “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

³⁰⁶ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 38. ed. rev. atual. Tradução de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 115.

³⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 43-44.

normativo – primário e formalizado –, assinala-se à lei penal uma função de proteção e de garantia”³⁰⁸.

O bem jurídico tem relação fundamental com o conteúdo material do injusto penal, porque constitui o núcleo da norma e do tipo³⁰⁹. Por isso, absolutamente necessária a determinação do bem jurídico no marco da análise de uma figura delitiva, basicamente por ser a pedra angular da teoria jurídica do delito³¹⁰. Nessa perspectiva, tem-se a função teleológica ou interpretativa do bem jurídico, a qual condiciona o sentido e o alcance do tipo penal à finalidade de sua proteção³¹¹.

Como visto anteriormente, no cerne do termo patrimônio cultural, há o sentido de riqueza da nação, de ser retratada na sua identidade, sua memória, sua ação, que o coloca em uma dimensão que transpassa a individual, comportando o prisma coletivo, difuso, como direito social, o qual está inserido no Sistema Nacional da Cultura³¹², como expressamente previsto no artigo 216-A, da Constituição Federal.

Na busca teleológica dos dispositivos constitucionais de 1988, depara-se que a tutela do patrimônio cultural está inclusa no núcleo da educação, cultura e desporto (Capítulo III) e, mais especificamente, na Seção II da cultura. Isso traz um caráter diferenciado para o

³⁰⁸ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 9. Neste sentido: BRAVO, Reis Jorge dos. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*. Portugal: Coimbra Ed., 1997; SARDINHA, José Miguel. Introdução ao direito penal ecológico. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 48, set. 1998. p. 457.

³⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, op. cit., p. 51.

³¹⁰ LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 213-214.

³¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, op. cit., p. 51.

³¹² “O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos princípios da diversidade das expressões culturais; universalização do acesso aos bens e serviços culturais; fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; complementaridade nos papéis dos agentes culturais; transversalidade das políticas culturais; autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; transparência e compartilhamento das informações; democratização dos processos decisórios com participação e controle social; descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura. Ainda dispõe sobre a estrutura do Sistema Nacional de Cultura em cada esfera da Federação. Nesse sentido, o SNC será composto de órgãos gestores da cultura; conselhos de política cultural; conferências de cultura; comissões intergestores; planos de cultura; sistemas de financiamento à cultura; sistemas de informações e indicadores culturais; programas de formação na área da cultura; e sistemas setoriais de cultura” (PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 689).

patrimônio cultural, demonstrando sua proteção desvinculada do ambiente³¹³, que no texto constitucional repousa no artigo 225 (Capítulo IV – da Ciência, Tecnologia e Inovação).

Mantém-se a defesa de que “[...] o ambiente e o patrimônio cultural são bens jurídicos autônomos, que possuem, sim, uma diferença”³¹⁴. Diferença essa que tem como principal argumentação a essência dos bens jurídicos, que se revela no prisma ontológico: o núcleo da tutela do ambiente é a vida³¹⁵, ao passo que o patrimônio cultural tem como ponto nodal a cultura³¹⁶.

Há que se ponderar que, embora sejam bens jurídicos que se distinguem, eles se relacionam entre si, não se separam, pois são bens jurídicos muito próximos, que estão intrinsecamente relacionados³¹⁷.

O constituinte brasileiro não está sozinho nessa linha de raciocínio. No direito comparado, nas constituições estrangeiras, também há previsão.

Um exemplo é a Constituição de Portugal³¹⁸, na qual a proteção do patrimônio cultural está incluída no sistema da cultural: no seu Capítulo III, a partir do artigo 73º, que contempla os direitos e deveres culturais, tratando da Educação, Cultura e Ciência, e especificamente sobre o patrimônio cultural no artigo 78º. Ao passo que o ambiente é tutelado no Capítulo II, direitos e deveres sociais, artigo 66º, Ambiente e qualidade de vida, em que somente faz referências às paisagens e sítios que devem ser preservados ante os valores culturais de interesses histórico ou artístico.

Canotilho e Vital Moreira, ao comentar o artigo 78º, dessa Constituição de Portugal, afirmam que, tal como acontece com o ambiente, a preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural implicam no desenvolvimento sustentável deste patrimônio³¹⁹.

Nessa trilha, no Paraguai, na sua Constituição da República³²⁰, o ambiente está previsto no Título II – *De los derechos, de los deberes y de las garantías*, Capítulo I – *De la vida y del Ambiente, Sección II – Del Ambiente*, artigos 7 e 8, ou seja, no núcleo de proteção

³¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.

³¹⁴ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 48.

³¹⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*, op. cit., p. 72.

³¹⁶ OLIVEIRA, Ana Raquel Cardoso; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; LOURES, Sergio Lopes. *Considerações acerca da nova Lei de Crimes Ambientais*, op. cit., p. 13.

³¹⁷ SALGADO LEDESMA, Eréndira. Hacia un concepto único de patrimonio cultural. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Monterrey, n. 2, p. 63-81, jan./abr. 1997. p. 69.

³¹⁸ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional*, op. cit.

³¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *A constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 927.

³²⁰ PARAGUAI. *Constitución de la República de Paraguay*, op. cit.

da vida, ao passo que o patrimônio cultural está tutelado no mesmo Título, porém dentro do Capítulo VII – *De la educación y de la cultura*, artigo 81, cuja essência é a cultura.

No Peru, na sua Constituição Política³²¹, o ambiente está previsto no Título III, Do regime econômico, capítulo II, com o título do ambiente e recursos naturais, no artigo 66 ao 69, sendo que sua tutela é voltada para os recursos naturais renováveis ou não renováveis. Interessante nesse texto constitucional que a previsão do patrimônio cultural está no Título I, que aborda da pessoa e da sociedade, correspondendo a uma inserção bem característica com a essência que é o patrimônio cultural, voltado para o direito da personalidade e da sociedade. Seguindo esse raciocínio, o legislador peruano, na Lei n. 28.296, de 2004, que é o instrumento basilar para a política de preservação do patrimônio cultural, traz no artigo 2º sua definição e destaca que são bens de manifestação humana.

No Uruguai, sua Constituição da República³²², na 2ª seção do Capítulo primeiro relativo aos direitos fundamentais da pessoa, há a proteção de ambos os bens jurídicos, porém em dispositivos separados. O amparo ao patrimônio cultural está no artigo 34, ao passo que o ambiente é tutelado no artigo 47.

Na Constituição Cubana³²³, o patrimônio histórico e cultural é considerado uma finalidade essencial do Estado (artigo 13), e é contemplado na política educacional, científica e cultural (artigo 32). O ambiente é protegido no artigo 75, o qual estipula o direito de todos terem direito a um ambiente sadio e equilibrado, sendo dever do Estado protegê-lo juntamente com os recursos naturais. No artigo 90, estipula como dever de todos os cidadãos cubanos proteger os recursos naturais, a fauna e a flora (alínea *j*) e, na sequência, destaca a responsabilidade de tutela com o patrimônio histórico e cultural do país (alínea *K*).

Veja-se, dentro do âmbito da educação, na primeira constituição social, a mexicana, que a tutela do patrimônio cultural está inserida no contexto de criação de escolas (artigo 73, XXV)³²⁴.

Na mesma linha, a Constituição do Chile³²⁵ estipula, no seu artigo 19, parágrafo 10, como direito à educação, o estímulo para criação e proteção do patrimônio cultural. Fica ao encargo do Ministério das Culturas, Artes e Patrimônio a implementação de políticas públicas voltadas para a concretização dessa tutela constitucional (Lei n. 21.045, de 3 de novembro de 2017, artigo 2º).

³²¹ PERU. *Constitucion Política del Peru*, op. cit.

³²² URUGUAI. *Constitución de la República Oriental Del Uruguay*, op. cit.

³²³ CUBA. *Constitución de la República de Cuba*, op. cit.

³²⁴ MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit.

³²⁵ CHILE. *Constitución de la República de Chile*, op. cit.

Idem, na Constituição da Bolívia a previsão da proteção do patrimônio cultural está do Capítulo VI, *Educación, Interculturalidad y Derechos Culturales*, seção III, das culturas, nos artigos 99 a 101³²⁶.

Diferencia-se dessa linha de abordagem e proteção a Constituição Argentina, que tutela o patrimônio cultural dentro da previsão ambiental: no Capítulo II, dos novos direitos e garantias, no artigo 41³²⁷ garante, a todos, um ambiente sadio e equilibrado e, em seguida estipula que as autoridades deverão promover a preservação do patrimônio cultural e natural³²⁸.

Dos textos constitucionais de outros Estados, pode-se constar que, de forma geral, o patrimônio cultural está previsto dentro da tutela da cultural ou com a educação. Em sua grande maioria, as proteções são tuteladas em dispositivos separados, demonstrando que os constituintes concebem tais bens como autônomos, separados, embora se entrelacem.

Há posicionamento em sentido contrário, alegando ser esta apenas uma divisão topográfica entre patrimônio cultural e ambiente, por defender que são incidíveis³²⁹.

Todavia, tal posicionamento não prospera, visto que o cerne do bem jurídico protegido é diferente: o ambiente constitui a base da vida humana, os recursos naturais e sua interação com os seres vivos e seus ecossistemas, ele tutela a vida, ao passo que o patrimônio cultural tutela a cultura, está no subsistema da Cultura.

Essa questão da essência de cada um desses bens jurídicos não passou despercebida pela maioria dos legisladores constituintes dos países analisados e, principalmente, do constituinte pátrio. Há uma latente demonstração constitucional de que o patrimônio cultural e o ambiental são bens jurídicos autônomos.

Na contramão do constituinte, a legislação infraconstitucional inclui o patrimônio cultural como espécie do ambiente, restando a sua tutela jurídico-penal dentro da Lei n. 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais.

Tal postura é compreendida pelo fato de que a lei ordinária foi aprovada dez anos após a Constituição Federal, e nesse período os autores pátrios, em sua grande maioria

³²⁶ BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado (CPE)*, op. cit.

³²⁷ ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, op. cit.

³²⁸ Jorge Atilio Franza afirma que é este o conceito da Constituição Argentina que em seu artigo 41 comporta três atributos: ambiente sano – que deve ser entendido como que não afete o desenvolvimento da vida, pois o ambiente é conjunção do natural e cultural, e é ele que facilita a perfeição e realização da plenitude humana. E as outras características é um ambiente equilibrado (possibilidade de progresso com a conservação do ambiente) e apto para o desenvolvimento humano (que é um atributo que completa o anterior, viver num ambiente que permita respirar e viver, mas também crescer, progredir e desenvolver) (FRANZA, Jorge Atilio. *Tratado de derecho ambiental*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2005. p. 270).

³²⁹ MIRANDA. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, op. cit., p. 11.

ambientalista, desenvolveram seus estudos acolhendo o conceito amplíssimo de ambiente, no qual incluem, além dos elementos naturais, os elementos denominados artificiais³³⁰.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal respaldou posicionamento do ministro relator Celso de Mello de ser o “[...] conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral”³³¹.

³³⁰ Cita-se dentre outros: ACETI JÚNIOR, Luis Carlos; VASCONCELLOS, Eliane Cristine Avilla; CATANHO, Guilherme. *Crimes ambientais: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora, 2007. p. 23; BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 115; BROLLO, Sílvia Regina Salau. *Tutela jurídica do meio ambiente cultural: proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais materiais*. 2006. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. p. 14; BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 601-602. CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Introdução ao direito ambiental penal*. Barueri: Manole, 2005. p. 33; CONTAR, Alberto. *Meio ambiente: dos delitos e das penas (doutrina, legislação, jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1; CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 26; CRUZ, Danielle da Rocha. Breves comentários acerca da tutela jurídico-penal do meio ambiente. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (coord.). *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Prefácio de Andreas J. Krell. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 225; DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licenciamento ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 22; LANFREDI, Geraldo Ferreira; LANFREDI, Luiz Geraldo Sant’Ana; LANFREDI, Cristian Sant’Ana; LANFREDI, Cristiano Santa’Ana. *Direito penal na área ambiental: aspectos inovadores do estatuto dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos: doutrina, legislação, jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 71; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro, op. cit.*, p. 466; GRAÇA, Cristina Seixas; TEIXEIRA, Marcia Regina Ribeiro. *Meio ambiente e patrimônio cultural nacional, op. cit.*, p. 36-37; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro, op. cit.*, p. 123; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental, op. cit.*, p. 88-89; MILARÉ, Edis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 26; MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado, op. cit.*, p. 5; PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 74-75; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tutela do patrimônio ambiental cultural. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffê (ed.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 451; SARLETE, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42; SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. *Lei dos crimes ambientais*. Rio de Janeiro: Esplanada, 1999. p. 48; SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 20; SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44; TRENNPOHL, Terence. *Manual de direito ambiental*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 32.

³³¹ No enunciado do resumo tem-se “E M E N T A: MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – [...] – ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3540-MC. Rel. Min. Celso de Mello. j. 1-9-2005. DJ. 3.2.2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 3 jan. 2022).

Um dos fortes defensores do conceito amplíssimo de ambiente, Paulo José da Silva, denomina-o de conceito globalizante de meio ambiente que abrange o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, os patrimônios histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico; “O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais”³³².

Esse autor apresenta três aspectos do meio ambiente: I – meio ambiente artificial, que é o espaço urbano construído; II – meio ambiente cultural, que integra o patrimônio cultural, que difere do anterior pelo valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; III – meio ambiente natural, que constitui o solo, a água, o ar atmosférico, a flora e a fauna³³³.

Não obstante ele exponha esses três aspectos, lastimável que em sua obra esse autor somente desenvolva amplamente o aspecto do meio ambiente natural, inclusive no sumário. O Título II – Objeto da tutela ambiental está dividido em dez capítulos, sendo que em nenhum deles há menção à tutela do ambiente artificial e nem do patrimônio cultural, apenas trata da temática do ambiente natural. Isso comprova como a doutrina, em um conceito globalizante, acaba por relegar as tratativas tão relevantes que são a ordenação do território e o patrimônio cultural.

Outro ponto que chama a atenção é que o autor afirma que o Direito Ambiental encontra seu núcleo normativo no Capítulo VI, Título VIII, artigo 225, cujo texto do caput, com seus parágrafos e incisos, “encerra toda a matéria referente ao meio ambiente”³³⁴. Ou seja, se o artigo mencionado encerra toda questão referente ao ambiente, o artigo 216 está fora desse raio de abrangência e, conseqüentemente, o bem jurídico patrimônio cultural, sendo descabido incluí-lo em um conceito globalizante, por não estar dentro da esfera constitucional de ambiente.

A despeito de quem admita que a Lei n. 6938/81³³⁵ adota o conceito que só permite a salvaguarda dos recursos naturais, defendem esses autores que essa compreensão não resiste a

³³² SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, op. cit., p. 20.

³³³ *Ibid.*, p. 21.

³³⁴ *Ibid.*, p. 50.

³³⁵ Dispõe sobre a política nacional do ambiente, que conceitua: “Art 3º – 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. 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. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 26 dez. 2021). Assim, o legislador deu o conceito de ambiente no artigo 3º, I, da Lei n. 6.938/81 e qualquer outra definição será contribuição de *lege ferenda* (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 51).

uma interpretação sistemática, com o conjunto de leis e interações que abriga e rege a vida com todas as suas formas. Tais teóricos incluem, portanto, as atividades econômicas, sociais e saúde do homem, o que leva à concepção do conceito amplo, por entenderem que é compatível com a interpretação sistemática e com a visão antropocêntrica alargada. “Desta forma, a multidimensionalidade e a extensão planetária da questão ambiental impõem, sobremaneira, o tratamento transdisciplinar de todos os fenômenos que envolvem a relação homem-natureza e justifica a opção por um conceito globalizante de meio ambiente”³³⁶.

Censura-se tal posicionamento. Em uma interpretação sistemática, como já demonstrada acima, o constituinte inclui o patrimônio cultural dentro do sistema da cultura, separando-o do ambiente³³⁷, tal como fez o legislador de 1981 no conceito de ambiente adotado.

Inclusive, a própria estrutura organizacional da Administração Pública respalda que a separação de ambos os conceitos possibilita a maior tutela sobre cada um desses bens jurídicos, tão relevantes para a sociedade brasileira. O patrimônio cultural está sob o amparo do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – e se encontra vinculado ao Ministério da Cultura, ao passo que o ambiente está no IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – que visa à proteção do ambiente, estando vinculado ao Ministério da Agricultura, Meio Ambiente e Agronegócio.

Em Portugal, não apenas a legislação portuguesa tem tratamento diferenciado quanto ao patrimônio cultural, como demonstrado anteriormente, mas nos aspectos estrutural ou organizacional de tutela de um departamento governamental diferente, pois o patrimônio cultural está sob a tutela do Ministério da Cultura, e o patrimônio natural, sob a tutela do Ministério do Ambiente³³⁸, tal como na organização brasileira.

Por isso José Casalta Nabais lusitana alerta para o fato de que, no domínio da proteção do patrimônio cultural, não se pode deixar de se ter presente a regra do bom senso: “Na verdade, uma pretensa proteção superlativa dos bens culturais pode, afinal de contas, redundar numa proteção bem menor ou mesmo numa desproteção total desses mesmos bens”³³⁹.

A escolha do legislador de 1998, da corrente doutrinária e dos ministros do Supremo Tribunal Federal de acolher o conceito amplo de ambiente acaba trazendo grandes prejuízos para a tutela do patrimônio cultural, precipuamente em âmbito penal. Isso porque os temas

³³⁶ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*, op. cit., p. 113-115.

³³⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 64.

³³⁸ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*, op. cit., p. 33-34.

³³⁹ *Ibid.*, p. 23.

que envolvem questões ambientais são urgentes e de tal amplitude e relevância para a sobrevivência humana que se acaba relegando ou inferiorizando o tema do patrimônio cultural, quando concebido dentro do mesmo contexto.

Na Lei n. 9605/98 sua proteção é restrita e lacunosa, como será apresentado nos próximos capítulos, deixando-o desprovido de amparo perante agressões tão nefastas como é o tráfico ilícito.

Nos berços acadêmicos, percebe-se que, nas matrizes curriculares dos Cursos de Direito vigentes no Brasil, raras são as em que consta o estudo do patrimônio cultural e, quando incluso, estão dentro da disciplina de direito ambiental e urbanístico³⁴⁰. Isso acaba tolhendo o conhecimento desse direito tão relevante e essencial para a memória coletiva e a manutenção da identidade que gera o sentimento de pertencimento de ser brasileiro.

Mesmo na seara da pesquisa, o conceito amplíssimo leva a equívocos como o realizado em dissertação de mestrado que concebe o ambiente como um macrobem e, dentro desse conceito de ambiente, outro macrobem, que é o patrimônio cultural, e que os bens culturais são microbem³⁴¹. Seria mais coerente, considerando-se que a autora reconhece o patrimônio cultural um macrobem, que reconhecesse também a autonomia deste, faltando coerência no posicionamento exposto somente por não avançar na defesa do conceito mais restrito, intermédio, de ambiente.

Mantém-se a defesa³⁴² de que o patrimônio cultural não faz parte do conceito de ambiente. Embora haja uma profunda relação entre ambos, são conceitos diferentes, bens jurídicos autônomos.

Acolhe-se o conceito intermediário de ambiente, na linha do legislador de 1981 que já conceituava, em seu artigo 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/81, que o ambiente é “[...] 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”³⁴³.

³⁴⁰ Tais dados foram identificados quando das avaliações realizadas como avaliadora de cursos de autorização de direito designadas pelo Ministério da Educação, sistema e-mec (ARMELIN, Priscila Kutne. *Sistema e-mec: histórico de avaliações*. Disponível em: https://emec.mec.gov.br/modulos/visao_avaliador/php/avaliacao/avaliador_avaliacao_listagemhistorico.php. Acesso em: 19 dez. 2021).

³⁴¹ BROLLO, Sílvia Regina Salau. *Tutela jurídica do meio ambiente cultural: proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais materiais*, op. cit., p. 15.

³⁴² ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 160. Vide também: SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direitos Difusos: Direito Penal Ambiental*, São Paulo, v. 18, mar./abr. 2003. p. 2477.

³⁴³ Paulo de Bessa Antunes argumenta que o conceito de ambiente previsto na Lei n. 6.938/81, considera-o do ponto de vista puramente biológico e não do ponto de vista social. Mas a proteção de meio ambiente nessa época dessa lei era de proteção de saúde humana, não como a Constituição o considera, bem de tutela autônoma (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 67).

Nesse conceito está a melhor doutrina penal, que restringe o ambiente no sentido natural, composto pela natureza, com os elementos solo, ar, água, fauna e flora e o conteúdo da relação homem-meio, que agasalha o perfilhamento a um conceito de sentido instrumental e de matriz moderadamente antropocêntrico; é “[...] o conceito de ambiente em sentido natural, como totalidade dos fundamentos naturais da vida humana”.³⁴⁴

Com esse conceito de ambiente, considerado biológico e físico, exclui-se o artificial e, portanto, o cultural. Com isso, é óbvio, como atesta Marcelo Abelha Rodrigues³⁴⁵, não se quer negar a existência de ambiente artificial ou *ecossistema social*, como contraponto ao meio ambiente natural; “[...] o que se pretende dizer é que o ‘meio ambiente artificial’ encontra sua tutela em outras disciplinas, tais como o direito urbanístico, o direito econômico, o direito do trabalho, e que em todos esses casos o fim almejado é a proteção e a manutenção da qualidade de vida do indivíduo relativamente ao entorno que o cerca”.

Jorge dos Reis Bravo³⁴⁶ ensina que o Direito penal protege o ambiente não como valor absoluto, mas a qualidade do ambiente em certos parâmetros, de modo a permitir a vida do homem com certa qualidade. A qualidade de vida está vinculada a terra, à natureza, não a algo artificial.

Não se pode conceber o ambiente em uma totalidade, em respeito a outros valores constitucionais: “O Direito Ambiental tem sido entendido de forma extremamente ampla e, de certa maneira imperialista, pois se pretende que, ante os seus aspectos peculiares, outros valores constitucionalmente tutelados cedam passagem, haja vista que, muitas vezes, parte-se de uma *ideia de que o ambiente é tudo o que não seja eu*, conforme o conceito de Einstein”³⁴⁷.

Nesse sentido, leciona Elio Lo Monte que a carga natural expansiva do termo meio ambiente tem favorecido uma identificação incorreta do objeto de proteção, resultando em uma extensão injustificada de sua abrangência³⁴⁸.

O ambiente não é um bem jurídico exclusivo, nem superior ao demais, e, assim, existe um relacionamento com os demais, também merecedores de dispositivos na Constituição Federal³⁴⁹, sendo o patrimônio cultural um dos bens com que ele se relaciona.

³⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 69-70.

³⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*, op. cit., p. 65.

³⁴⁶ BRAVO, Reis Jorge dos. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*, op. cit., p. 32.

³⁴⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*, op. cit., p. 50.

³⁴⁸ LO MONTE, Elio. *Diritto penale e tutela dell'ambiente: tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*. Milano: Giuffrè Editore, 2004. p. 237.

³⁴⁹ MORAES, Luís Carlos Silva de. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 14.

Essa relação entre esses bens jurídicos autônomos transparece na redação conferida pela Emenda Constitucional n. 96, de 2017, que incluiu o parágrafo 7º, no artigo 225³⁵⁰, o qual ressalta que as práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, desde que sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

O texto tem a finalidade de proteção aos animais (espécie do bem jurídico ambiente, previsto dentro do seu sistema constitucional), mas também de conceder a autorização para a manifestação cultural por meio de práticas desportivas devidamente reconhecidas por terem vinculação à memória, à ação ou à identidade do povo brasileiro, ou seja, que é considerada patrimônio cultural (com referência expressa à sua previsão no rol da cultural do artigo 215).

Constata-se que há nitidamente uma relação entre os dois bens jurídicos fundamentais: o ambiente, na sua vertente de proteção à fauna, e o patrimônio cultural, na sua vertente de manifestação cultural, como patrimônio cultural imaterial. Todavia, embora eles se relacionem, isso não significa que é o mesmo bem jurídico. Ao contrário, o constituinte faz um juízo de valor desses bens jurídicos distintos e equilibra-os dentro da esfera de proteção constitucional.

Uma das consequências do conceito amplíssimo se encontra na legislação em vigor, em que a Lei Ambiental estipula sua proteção criminal, dentro de outras proteções, como a da ordenação do território, sem dedicar-lhe nenhum tratamento específico, falhando nos conceitos e proteção de bem jurídico, quando da tipificação dos crimes³⁵¹.

O problema do conceito amplo, em especial no âmbito do direito penal, decorre do fato de que, por sua amplitude, ele não permite a identificação clara e precisa dos bens jurídicos e dos tipos penais incriminadores, sendo imprescindível a “[...] delimitação do ambiente como bem de natureza penal”³⁵².

Nesse sentido, “A propósito, se nos ordenamentos jurídicos contemporâneos for reconhecido um interesse maior, e consequentemente, for oferecida uma proteção maior a um

³⁵⁰ “Art. 225. [...] § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos” (BRASIL. *Constituição (1988)*, *op. cit.*).

³⁵¹ A análise dos tipos penais será feita no capítulo seguinte.

³⁵² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, *op. cit.*, p. 66. O Direito Penal prima pela especificidade (SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 116). “Isto porque as formulações demasiadamente extensas têm caráter meramente indicativo ou programático, o que inviabiliza a elaboração de objetivos concretos, com rigor lógico-jurídico, essencial na instrumentação do sistema normativo penal” (PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 67).

determinado bem”, certifica-se “uma forte tendência no estabelecimento de *conceitos jurídicos indeterminados* capazes de permitir que um número maior de acontecimentos possa ser subsumido pelas previsões do ordenamento em relação ao bem em questão”. Como consequência dessa tendência, “E, em matéria de conceito jurídico indeterminado, o meio ambiente pode ser considerado como detento de uma das mais respeitáveis indeterminações conceituais”, sendo “Esta realidade, rigorosamente falando, deve ser reconhecida como um fator que traz algumas dificuldades para aplicação da norma ambiental”³⁵³.

Assim, a determinação é relevante tanto para o patrimônio cultural como para o ambiente, a ordenação do território, o trabalho e outros considerados ambientes artificiais, sendo imperiosa a devida separação dos bens jurídicos, com correspondente adequação legislativa.

Explica Enrique Bacigalupo³⁵⁴ que se conceber que o bem jurídico do direito penal ambiental se estenda aos limites mais amplos possíveis, que seja tudo aquilo que, de maneira positiva ou negativa, pode influenciar a existência humana digna ou em maior ou menor qualidade de vida. Esclarece que a questão sai da possibilidade dos limites da política criminal para adentrar na problemática de transformação profunda dos hábitos de vida.

Esse autor ainda argumenta que por esse motivo a tendência da doutrina é a limitação do conceito de ambiente, que permita fixar dentro de contornos nítidos os objetivos de proteção a que devem referir-se os tipos penais. Assim, ao eleger um conceito restrito, este tem sido ocasionalmente *vinculado com eficácia da proteção*. Por certo, a amplitude do bem jurídico pode não alcançar a eficácia da pena. Restringir o conceito de meio ambiente para fins de direito penal é melhor para se conceber a pena como instrumento que tem caráter excepcional³⁵⁵.

Entende-se que a redução plausível do conceito de meio ambiente é o que o concebe como meio ambiente natural, que se trata das bases naturais da vida humana. Partindo-se dessas primícias, os objetos de proteção a que se refere o direito penal ambiental são a

³⁵³ PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad. 2000. p. 72-73.

³⁵⁴ BACIGALUPO, Enrique. La instrumentacion tecnico-legislativa de la proteccion penal del medio ambiente. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 366.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 367.

manutenção das propriedades do solo, do ar e da água assim como da fauna e da flora e as condições de desenvolvimento dessas espécies, de tal forma que o sistema ecológico se mantenha com seus sistemas subordinados e não sofra alterações prejudiciais: *“Una concepción restringida del medio ambiente permitirá entonces concretar los objetos de protección, es decir aquellos sobre los que debe recaer la acción típica”*³⁵⁶.

Ao se acolher um conceito unitário de ambiente, concebe-se uma extensão tão ampla e perigosa que se diluem os demais ramos do ordenamento jurídico dentro do direito ambiental: *“El Derecho ambiental es como aquello que sucedía al Rey Midas en la leyenda griega. Mientras éste convertía en oro todo aquello que tocaba, sucumbiendo en su propia riqueza, el Derecho ambiental, no por castigo sino por destino social, convierte en jurídico ambiental todo aquello con lo cual se vincula”*³⁵⁷.

Alarmante, pois nesse caminho o Direito pode se tornar um ordenamento jurídico de direito ambiental. Não se quer negar a relevância do ambiente e nem que a problemática ambiental penetra nos demais ramos do ordenamento jurídico.

Comunga-se da posição de que é certo que o ambiente impregna todos os saberes jurídicos, porque a necessidade histórica de afrontar a crise ecológica está também na sede jurídica, mas *“No es que exista una penetración de lo ambiental en otros sectores jurídicos, sino que más bien hay una lectura ambiental de diversos sectores jurídicos”*; e mais, *“La especificidad del derecho ambiental no viene tanto de la especificidad del objeto (la norma) como de la especificidad de la lectura del objeto”*³⁵⁸.

O conceito intermediário do ambiente³⁵⁹, que considera o ambiente no sentido natural (físico), composto pela natureza, com os elementos solo, ar, água, fauna e flora e o conteúdo

³⁵⁶ BACIGALUPO, Enrique. *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*, op. cit., p. 367.

³⁵⁷ ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. *Derecho ambiental*. 2. ed. Madrid, Espanha: Dykinson, 2004. p. 197.

³⁵⁸ SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Fernández Ciudad: Trotta, 2007. p. 38; p. 41.

³⁵⁹ Há outra corrente que reduz ainda mais o conceito de ambiente, considerando como seus elementos o ar e água e o seu entorno natural (o qual inclui o ar, a água, o ruído e a vegetação), excluindo o solo porque sua gestão vai além do território e sua luta conta a erosão também é mais ampla que a própria gestão ambiental (MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Editorial Trivium, 1991. p. 86). Dessa feita, com esse conceito, o autor exclui o patrimônio cultural. Não se compartilha da concepção reduzida, porque há a interação homem e ambiente, entendendo-se que o solo, a fauna e a flora são elementos compatíveis dentro do seu conceito.

da relação homem-meio, como fundamentos naturais da vida humana, é acolhido por juristas, em especial do âmbito do direito penal, com destaque para Luiz Regis Prado³⁶⁰.

Na Espanha, embora o Código Penal agrupe, no mesmo Título XVI, do seu Livro II, a ordenação do território, o patrimônio histórico, os recursos naturais e o meio ambiente em uma mesma base, na doutrina espanhola defende-se que são perfis específicos, que não devem ser confundidos o ambiental, o urbanístico e o patrimônio histórico. Ainda que reconheça o amplo catálogo entre eles, cada um tem tratamento distinto pelo legislador³⁶¹.

Afirma-se que uma lesão contra a ordenação do território pode afetar também o meio ambiente natural, mas essa conexão não tem necessariamente que ocorrer. Fica mais clara e contundente a questão quando se trata dos patrimônios histórico, artístico e cultural, pois o

³⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 68. Nesta linha, vide: PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. Acerca da autonomia da ordenação do território enquanto bem jurídico-penal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59, p. 92-123, jul./set. 2010; CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 131; SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal brasileiro*, op. cit., p. 117-118; OLIVEIRA, Ana Raquel Cardoso; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; LOURES, Sergio Lopes. *Considerações acerca da nova Lei de Crimes Ambientais*, op. cit., p. 13; RAMOS, Edson Pereira. Crimes contra o meio ambiente. *Jus navigandi*, Teresina, v. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/textos.asp?id=1708>. Acesso em: 18 dez. 2021; E ainda, em obras estrangeiras: BACIGALUPO, Enrique. *La instrumentacion tecnico-legislativa de la proteccion penal del medio ambiente*, op. cit., p. 366-367; BARREIRO, Agustín Jorge. El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995. In: BARREIRO, Agustín Jorge; MELIÁ, Manuel Cancio (coord.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Espanha, Granada: Editorial Comares, 2005 (Coleção Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona). p. 5. BRAVO, Reis Jorge dos. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*, op. cit., p. 32; CARMONA SALGADO, Concepción. *Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes*, op. cit., p. 52; CEREZO, Ángel Calderón; MONTALVO, José Antonio Choclán. *Derecho penal*. Tomo II, parte especial. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001. p. 382; GÓMES, Alfonso Serrano; MAÍLLO, Afonso; LIBSTER, Maurício Héctor. *Delitos ecológicos*. 2. ed. Maria Emília Díaz Varela (colaboração). Argentina, Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 2000. p. 7; GÓMES, Alfonso Serrano; MAÍLLO, Afonso Serrano. *Derecho penal: parte especial*. 14. ed. Madrid: Dykinson, 2009. p. 531; LOZANO, Carlos Blanco. *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*. Granada: Comares, 1997. p. 27-28; LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal: parte especial*. 6. ed. Madrid: Dykinson, 1996. p. 200. NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*, op. cit., p. 33-34; PEREZUTTI, Gustavo Cassola. *Medio ambiente y derecho penal: um acercamiento*. Montevideo: Euros Editores, 2005. p. 19-20; YANGUAS MONTERO, Guillermina. *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. p. 36.

³⁶¹ BASOCO, Juan Terradillos. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid: Editorial Trolta, 1997. p. 35. Correspondendo a uma referência unitária do objeto de proteção ser o meio ambiente, tem-se a discordância dessa postura legislativa da existência de um único bem jurídico compreendido para todas as condutas delitivas (CARMONA SALGADO, Concepción. Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes. In: DEL ROSA, Manuel Cobo. *Curso de derecho penal español: parte especial II*. Madrid: Marcial Pons; Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1997. p. 52). Nessa linha, em comentários sobre os artigos que estipulam os crimes contra o ambiente no Código Espanhol, artigo 325, afirma-se que o objeto de proteção se trata da manutenção das propriedades do solo, ar, flora e as condições ambientais de desenvolvimento das espécies, de foram que o sistema ecológico se conserve com seus sistemas subordinados e não sofra alterações prejudiciais (LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal: parte especial*, op. cit., p. 200).

entorno e a função social a que se destinam são diferentes da configuração natural. Proteger contra danos a um monumento é diferente de se salvaguardar os danos em uma lagoa. Sem dúvida, ambos os interesses pertencem ao ambiente humano, como significado globalmente considerado, mas, precisamente por isso, se trata de um conceito demasiadamente amplo e ambíguo para acomodar os comportamentos tão heterogêneos entre si³⁶².

E mais, Guillermina Yanguas Montero³⁶³, ao defender como o ambiente deve ser entendido na Espanha, destacando o conceito sob o ponto estritamente jurídico, respalda-se no Tribunal Supremo (com deliberação em 2/02/2001). Essa autora afirma que o ambiente é composto pelo que circunda o homem e está integrado com a água, ar, solo, fauna, flora e paisagem, cuja alteração influi na vida e no desenvolvimento do ser humano, já que atinge não somente as condições favoráveis para a preservação da sua saúde, mas também a sua qualidade de vida. Embora seja verdade que esse sentido tenha uma margem de indefinição, quando se refere a conceitos como “desenvolvimento humano” ou “qualidade de vida”, também é verdade que, do ponto de vista objetivo, limita-se ao alcance de uma série de elementos, que são a água, ar, solo, fauna, flora e paisagem.

Destaca³⁶⁴, ainda, que é necessário se prescindir dessa definição de outros fatores que, embora estejam intimamente relacionados ao meio em que o homem desenvolve sua atividade, como os referentes aos patrimônios histórico, artístico ou questões urbanísticas, eles excedem o conceito de ambiente. São matérias que apresentam características comuns, mas têm especialidades próprias que estão determinadas na promulgação das normas e que aconselham um tratamento particular e diverso do que deve ser dispensado ao ambiente.

Ao se reconhecer a autonomia do patrimônio cultural, separado do conceito de ambiente, busca-se maior proteção ao mesmo, pois isso permite que seja tutelado de forma específica, com mais atenção e cautela. Portanto, na Lei de Crimes Ambientais (n. 9605/98), há bens jurídicos que são alheios ao ambiente, como o patrimônio cultural e o urbanístico. Embora sejam bens jurídico-penais, merecedores dessa tutela, não são ambientais e foram tratados de forma “enxertada”³⁶⁵, em que pese a posição dominante na doutrina ambiental e civil, acima comentada³⁶⁶.

³⁶² CARMONA SALGADO, Concepción. *Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes*, op. cit., p. 52.

³⁶³ YAGUAS MONTERO, Guillermina. *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*, op. cit., p. 36.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 36.

³⁶⁵ “Ao nosso ver o legislador infraconstitucional foi além do que permite o art. 225, § 3 da CF quando *enxertou* tal Seção numa lei destinada a definir *condutas lesivas ao meio ambiente*” (OLIVEIRA, Ana Raquel Cardoso; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; LOURES, Sergio Lopes. *Considerações acerca da nova Lei de Crimes Ambientais*, op. cit., p. 13).

³⁶⁶ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 160.

Dentro da ordem constitucional da cultura, o patrimônio cultural recebe uma proteção específica. Portanto, ele “merece ter um tratamento científico à altura de sua importância, com regime jurídico próprio e fundado em princípios adequados à sua natureza, em atenção à função dignificante que lhe atribuiu a Constituição Federal”. Por certo, “O patrimônio cultural não é, nem merece ser tratado como apêndice do meio ambiente, não obstante a importância que este detenha”³⁶⁷.

O bem jurídico patrimônio cultural, como bem jurídico autônomo, encontra ecos na doutrina estrangeira.³⁶⁸ Cristina Guisasola Lerma explica, com base no artigo 46, da Constituição Espanhola de 1978, que o patrimônio cultural é um bem jurídico-penal autônomo porque sofre constantes lesões (com atentados desde os tempos remotos) e tem previsão constitucional com ordem expressa para proteção penal³⁶⁹. Assim, apresenta intensidade de necessidade de tutela e, por fim, resulta de consequência social grande a produção de sua lesão, ante a perda irreparável do acervo cultural e da própria identidade cultural³⁷⁰. Entende-se que esses pontos reforçam a necessidade de proteção ao patrimônio cultural, porém a autonomia deste está vinculada a ter conteúdo próprio, com elementos e categorias próprias.

Assim, no direito pátrio, o patrimônio cultural deveria ter mantido sua tutela dentro do Código Penal (apenas o atualizando e ampliando sua proteção), em separado do bem jurídico ambiente³⁷¹. Essa postura de restringir o conceito de ambiente enquanto bem jurídico-penal atenderia à exigência de maior especificidade desse ramo do Direito, que tem na pena um instrumento por demais gravoso e excepcional, permitindo, dessa forma, que sejam delimitados, em contornos mais precisos, os objetos de proteção sobre os quais incidirá a conduta típica³⁷².

A individualização dos bens difusos, categoria essa do patrimônio cultural, permite melhor conformação da proteção jurídico-penal desses bens com os princípios penais de

³⁶⁷ SANTANA, Patrícia da Costa. Patrimônio cultural e meio ambiente: um novo direito. A necessária separação dogmática. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 924, out. 2012. p. 18. p. 53.

³⁶⁸ Vide dentre outros: BRAVO Reis Jorge dos. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*, op. cit., p. 50; LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 66.

³⁶⁹ Tal como na Constituição brasileira, como será abordado no próximo item 2.5.

³⁷⁰ LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 258-259.

³⁷¹ Propõe-se na doutrina a inclusão dos delitos contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural no corpo do Código Penal, em item específico; ou, ao menos, inseri-los em diploma especificamente penal (SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. *Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro*, op. cit., p. 2483).

³⁷² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 119.

garantia, pois individualiza-se determinado bem jurídico para melhor se delimitar as técnicas de construção dos tipos penais, o que possibilita sua concretude.

2.4 INDICAÇÃO DE CRIMINALIZAÇÃO

Compete ao Direito Penal a tarefa de proteção dos bens jurídicos vitais fundamentais do indivíduo e da comunidade³⁷³. Por isso, além de individualizar o bem jurídico-penal, como acima defendido, é de sua importância que o Direito Penal tenha limitado o conteúdo da proibição³⁷⁴, para que ele não seja desvirtuado em autoritarismo³⁷⁵.

O texto constitucional é a fonte limitadora do poder criminalizador, servindo, também, como seu fundamento, ao lhe conferir legitimidade impositiva de criminalização³⁷⁶. Nesse contexto, estão as indicações constitucionais de criminalização. O poder punitivo do Estado é limitado quando objetiva analisar o Direito Penal em consonância com o texto constitucional³⁷⁷.

O patrimônio cultural tem raiz constitucional, inclusive com a previsão expressa de indicação de criminalização prevista no parágrafo 4º, do artigo 216: “Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”.

Esse texto tem semelhança com o artigo 134, da Constituição de 1937³⁷⁸, que equiparava os atentados contra eles aos crimes contra o patrimônio nacional. Embora o Código Penal vigente já estipulasse alguns tipos de crimes de danos ao patrimônio cultural,

³⁷³ CERESO MIR, José. *Derecho penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; LIMA PE: ARA Editores, 2007. p. 25.

³⁷⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução e Prefácio de Notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 48.

³⁷⁵ Frente ao autoritarismo, na proteção do ser humano, o Estado Constitucional de Direito abarca a proteção dos direitos fundamentais individuais e sociais, limitando o poder estatal (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, op. cit., p. 78).

³⁷⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 13. O caráter limitativo do Direito Penal decorre da Constituição, porque nela estão contidos as diretrizes e os valores para definir os bens jurídicos, portanto, encontram-se “na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no Texto Magno. Só assim a noção do bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, op. cit., p. 98).

³⁷⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

³⁷⁸ “Art 134 – Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional” (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Planalto. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 26 dez. 2021).

entende-se que “[...] o constituinte preferiu agir cautelosamente, para evitar discussões sobre se o Direito Penal deve ou não intervir, bem como conscientizar a sociedade da importância desse bem jurídico”³⁷⁹.

Tal é a relevância do patrimônio cultural, visto que essas indicações estão previstas na Constituição Federal, de forma expressa ou implícita, e determinam o uso do Direito Penal na proteção de “bens jurídicos específicos tidos como de extrema valia à sociedade”³⁸⁰.

O parágrafo 4º, do artigo 216, é uma norma que estabelece que a “ação punitiva do Estado deixa de ser objeto da restrição pelos direitos fundamentais para ser mecanismo de proteção desses direitos”³⁸¹, criando uma indicação de criminalização. É um comando dirigido ao legislador ordinário, no qual determina a existência de um regime tutelar de natureza penal, de maneira a dar efetividade às demais normas protetivas³⁸².

Há, portanto, uma referência expressa à intervenção penal, uma indicação de criminalização³⁸³, mas não é uma previsão explícita de cominação de sanções penais que afasta qualquer dúvida quanto à indispensabilidade dessa proteção, como ocorre com o verdadeiro “mandato expresso de criminalização”³⁸⁴, previsto no artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição.

Nas indicações de criminalização, o constituinte faz uma análise da dignidade penal dos bens que reconhece como importantes, ficando, ao legislador ordinário, a avaliação da necessidade, ao passo que, nos mandatos expressos de criminalização, o constituinte já fez a avaliação da dignidade e da necessidade da tutela³⁸⁵.

³⁷⁹ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 132.

³⁸⁰ TOLEDO, Alina Silva. Mandatos de criminalização e o crime de racismo. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, n. 16, jan./fev. 2012. p. 210.

³⁸¹ SOUZA JÚNIOR, Ângelo A. de. Mandato expresso de criminalização e princípio da codificação. *Juris Way*, 10 fev. 2011. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5402. Acesso em: 21 dez. 2021.

³⁸² TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 69.

³⁸³ Existe argumentação de que não há indicações de criminalização, numa postura restrita, acolhendo apenas a existência dos mandatos expressos de criminalização (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandatos expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 156). Tal postura não merece ser acolhida. A Constituição Federal possui ambos: os mandatos expressos (artigo 225, por exemplo) que são explícitos em relação à criminalização; bem como há as indicações de criminalização (como ocorre no dispositivo em análise), pois correspondem a previsão dos comandos em que implicitamente se encontra a autorização para o legislador criminalizar (SILVA, Luciana Caetano da; BUGALHO, Nelson Roberto; ARMELIN, Priscila Kutne. *Indicações constitucionais de criminalização*, op. cit., p. 316).

³⁸⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*, op. cit., p. 26.

³⁸⁵ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*, op. cit., p. 80.

O texto do parágrafo 4º é mais genérico que a previsão do artigo 225, que corresponde a um mandato expresso de criminalização. No parágrafo 4º, há uma norma programática em que o constituinte orienta para a punição penal aos detratores do patrimônio cultural, sendo uma referência expressa que fundamenta essa intervenção penal³⁸⁶, o constituinte apenas sugere³⁸⁷.

Depara-se com uma diferença basilar de fundamento constitucional de intervenção penal entre dois bens jurídicos: o patrimônio cultural e o ambiente. Para o patrimônio cultural, o âmago repousa na indicação de criminalização estatuída no artigo 216, parágrafo 4º. Ao passo que, para o ambiente, o constituinte prevê, de forma direta e explícita, pautada no artigo 225, parágrafo 3º, com um mandato expresso de criminalização³⁸⁸.

O artigo 216, parágrafo 4º, fundamenta, também, a sanção civil³⁸⁹ ao estabelecer, no comando, que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei. Concede-lhe maior proteção porque a punição alcança outras esferas do ordenamento jurídico (como sanções civis e/ou administrativas).

E mais, o texto constitucional elege, para o patrimônio cultural, o princípio da prevenção de danos³⁹⁰, ao estender a tutela além dos danos e incluindo a prevenção com o termo “ameaças”³⁹¹. Isso é imperioso haja vista que há danos causados que não mais permitem a recuperação do bem cultural, ocasionando o desaparecimento ou a degradação deste.

Esse é o temor da ONU, e por isso ela destaca, no preâmbulo da Convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, realizada em Paris (1972), que esses bens são incomparáveis e insubstituíveis e que a degradação ou o seu desaparecimento constituem um empobrecimento nefasto do patrimônio que tem importância para todos os povos.³⁹²

³⁸⁶ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural e sistema penal*, op. cit., p. 133.

³⁸⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 59.

³⁸⁸ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 133 (nota 570).

³⁸⁹ RODRIGUES. *Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos*, op. cit., p. 185. Vide também: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*, op. cit., p. 89.

³⁹⁰ Sobre o princípio da prevenção de danos e o patrimônio cultural, vide: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, op. cit., p. 32-35.

³⁹¹ BORGES, Marco Antônio. *O tombamento como instrumento jurídico para proteção do patrimônio cultural*, op. cit., p. 260.

³⁹² BRASIL. *Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977*, op. cit.

Outro ponto que desperta atenção baseia-se na discussão de se a Constituição deve ser o fundamento do Direito Penal, sendo utilizada para incrementá-lo, contribuindo, com isso, para o seu alargamento, ou se deveria ser apenas limite do *jus puniendi* estatal³⁹³.

Nesse sentido, a argumentação repousa na premissa de que, se a Constituição for fundamento do direito penal, ela passa a ser tomada como propulsora desse direito, possibilitando que a situação de emergência ou de aparente emergência enseje questionamentos relativos ao descumprimento de uma indicação ou determinação constitucional de criminalização³⁹⁴, concebendo a criminalização constitucional como obrigatória.

Tal postura deve ser rechaçada. A melhor doutrina ensina que a “Constituição assegura uma unidade material de sentido ao ordenamento jurídico (unidade normativa-material) sobre a base de uma ordem de valores” e que a tarefa do legislador fica vinculada aos critérios positivados na lei maior, que são marco de referência ou de previsão específica de bens jurídicos. Assim, há “uma limitação nomológica em relação à matéria. A linha reguladora constitucional, de ordem hierarquicamente superior, impõe contornos inequívocos ao direito de punir”³⁹⁵.

Nessa esteira, Maria da Conceição Ferreira da Cunha afirma que a norma fundamental reflete suas concepções dominantes da sociedade, “espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual”, por isso está “apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos factos a criminalizar”, fazendo sentido a função da Constituição quanto à tarefa criminalizadora/descriminalizadora³⁹⁶. Cunha continua que o argumento que se levanta em favor dessa força constitucional provém do fato de que ela impõe, ao Estado, a proteção de bens e valores constitucionais além de “não mera atitude

³⁹³ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*, op. cit., p. 69; p. 71.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 71. E ainda, vide: TOLEDO, Alina Silva. *Mandados de criminalização e o crime de racismo*, op. cit., p. 222.

³⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 50, 2008. p. 140-142. Disponível em: http://www.professorregisprado.com/ressources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Apontamentos%20sobre%20o%20ambiente%20como%20bem%20jur%C3%A9ADdico-penal.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

³⁹⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*, op. cit., p. 19. Luciano Feldens afirma: “[...] às condicionantes materiais que vertem da compreensão da Constituição em toda a sua amplitude funcional, fazendo-a tanto como limite (em sentido estrito) quanto fundamento normativo da penalização. Significa dizer: em ambos os sentidos (penalização/despenalização) o legislador encontrará, em determinada medida, vinculações normativas que lhe são externamente conformadoras” (FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 38).

passiva (de não interferência de não lesão destes valores), mas também uma atitude activa, no sentido de tornar eficaz a própria Constituição”³⁹⁷.

Por fim, como apontado anteriormente, o património cultural é um direito social, difuso. Decorre das Constituições contemporâneas, que embasam o Estado Social de Direito, o alargamento da incidência do Direito Penal para sua proteção, para que se alcance uma Justiça mais autêntica, que atenda às exigências de Justiça material³⁹⁸.

Por isso se repudia a argumentação de que as normas expressas ou as indicações de criminalização podem levar à expansão do Direito Penal. Ao contrário, “A Constituição, sobretudo em uma sociedade democrática, há de ser o ponto jurídico-político de referência obrigatória em tema de injusto penal – reduzido às margens da estrita necessidade –, como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais”³⁹⁹.

A Constituição brasileira não caminha sozinha em estabelecer o fundamento da criminalização para a proteção do património cultural. No final da redação do artigo 46, da Constituição espanhola, prevê-se um mandato expresso de criminalização, “[...] *La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*”⁴⁰⁰.

No Uruguai,⁴⁰¹ o artigo 34 estabelece a indicação de criminalização: “*Toda la riqueza artística a histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación; estará bajo la salvaguardia del Estado y la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa*”.

No Peru, a Constituição, no artigo 21⁴⁰², intitulado “*Patrimonio Cultural de la Nación*”, afirma que os patrimónios culturais estão protegidos pelo Estado, cabendo à lei

³⁹⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*, op. cit., p. 287.

³⁹⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, op. cit., p. 57. Na mesma linha, ao abordar sobre o mandato constitucional de tutela do património histórico espanhol, previsto no artigo 46 da Constituição espanhola, Carmona Salgado argumenta que a necessidade de sua tutela liga-se com a existência de um Estado Democrático, de conformidade com o disposto no artigo 9.2º da Constituição corresponde aos poderes públicos e conecta-se, também, com a essência do Estado social, já que a especial proteção do acervo histórico, cultural e artístico de toda nação transcende a mera tutela da titularidade individual dos bens patrimoniais e se materializa na função social que deve cumprir a propriedade, desta perspectiva é evidente a proteção penal neste âmbito (CARMONA SALGADO, Concepción. *Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico*, op. cit., p. 35).

³⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal*, op. cit., p. 145-146.

⁴⁰⁰ “*Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*” (ESPAÑA. *Constitución Española*, op. cit.).

⁴⁰¹ URUGUAI. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, op. cit.

⁴⁰² PERU. *Constitucion Política del Peru*, op. cit.

fomentar a participação privada e a restituição ao país dos bens que foram transladados ilegalmente para o exterior.

Questão que inspira discussão é se as indicações constitucionais de criminalização obrigam o legislador ao seu cumprimento. Sabe-se que há uma corrente doutrinária que defende que as indicações constitucionais compelem o legislador infraconstitucional, por ser um “expediente comunicatório de deliberação de nível superior e só lhe cabe obedecer”.⁴⁰³

Destaca-se que o constituinte não priva o legislador ordinário de desenhar as condutas típicas e cominar sanções⁴⁰⁴. Porém, existe a corrente que defende que a Constituição não deve obrigar a criminalização porque ela somente é limite do poder punitivo, não pode ser seu fundamento. A argumentação é de que “significa voltar às costas ao necessário caráter material da lei e da própria Constituição, importando ainda a desconsideração dos princípios informadores do Direito Penal mínimo”⁴⁰⁵, bem como atenta “contra os princípios básicos do próprio Estado democrático de direito, quais sejam o da divisão dos poderes e o da legalidade”⁴⁰⁶.

Mas há um ponto de equilíbrio entre essas duas posições extremadas. Acolhe-se a postura de que as indicações constitucionais de criminalização não ocasionam nem contrariam os princípios penais do Direito Penal mínimo ou o engessamento ao legislador infraconstitucional da proteção penal determinada, porque não retira deste “a liberdade

⁴⁰³ FRANCO, Alberto Silva. Normas constitucionais criminalizadoras. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, out. 2007. p. 22. Vide também: GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 165. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, op. cit., p. 75. REIS, Adriana Tenorio Antunes. Mandados de criminalização e princípio da codificação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2525, 31 maio 2010. p. 8. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14937/mandados-de-criminalizacao-e-principio-da-codificacao/2>. Acesso em: 23 dez. 2021. SOUZA JÚNIOR, Ângelo A. de. *Mandado expresso de criminalização e princípio da codificação*, op. cit., p. 2. MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A teoria dos mandados de criminalização e o combate à corrupção. *Revista Jurídica ESMP-SP*, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. p. 58. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170/65. Acesso em: 23 dez. 2021. Na defesa de que os direitos fundamentais impõem-se à própria função legislativa por força do princípio da constitucionalidade, cita-se ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 37.

⁴⁰⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Normas constitucionais criminalizadoras*, op. cit., p. 23. Mas compara o autor as normas constitucionais de criminalização como “infiltrações, verdadeiros ovos de serpentes”, porque é “posto em xeque o caráter instrumental e garantístico da intervenção penal para atribuir-lhe ao controle social penal ou uma função puramente promocional ou uma função meramente simbólica” (FRANCO, Alberto Silva. Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 6, p. 179-180, 2004).

⁴⁰⁵ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*, op. cit., p. 84.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 88.

seletiva quanto à necessidade de criminalização”, principalmente “quando à definição das condutas puníveis e as correspondentes sanções penais”⁴⁰⁷.

Ao legislador ordinário, é concedida uma margem de avaliação e opção, aliás, bastante alargada, pois o Estado possui uma série de outros meios protetivos para além do Direito Penal e medidas de controle social não especificamente jurídicas, sendo o meio penal o mais gravoso para os próprios direitos fundamentais. Em razão disso a intervenção deve ser o mais limitado possível, “daí derivando os poderes legitimadores/limitadores da Constituição”⁴⁰⁸.

Incumbe, ao legislador, proceder à ponderação, comprovações e decisões⁴⁰⁹. Maria da Conceição Ferreira da Cunha ilustra essa argumentação com a figura do quadro alargado, afirmando que a Constituição, “ao influenciar o conteúdo da matéria a criminalizar, traça apenas os limites da legitimidade criminalizadora. Quer dizer, traça um quadro alargado, dentro do qual o legislador se poderá mover”, isto é, uma forma “de evitar, apenas, que se violem os critérios a que deve estar sujeita a criminalização num Estado de direito democrático”⁴¹⁰. Esses critérios são os princípios reguladores fundamentais da intervenção penal⁴¹¹.

Entende-se que o legislador penal se encontra materialmente vinculado à Constituição⁴¹², ante o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico⁴¹³, cujo conceito material de bem jurídico reside na realidade social, “sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário”⁴¹⁴.

No caso do bem jurídico em tela, o constituinte, com a indicação constitucional do parágrafo 4º, prevista no artigo 216, já fez o juízo de valor de que o patrimônio cultural deve ser protegido contra os danos e ameaças, competindo, na sequência, ao legislador, fazer o segundo juízo de valor e deliberar, dentro da sua liberdade legislativa, quando e como deve ser feita essa indicação de tutela. No direito pátrio, o legislador ordinário também o fez, repousando a tutela, atualmente, na Lei n. 9.605/98, nos artigos 62 e 63.

⁴⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, op. cit., p. 103.

⁴⁰⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*, op. cit., p. 291.

⁴⁰⁹ “Vemos, portanto, que o elemento que transforma o ilícito em crime é a decisão política – ato legislativo – que o vincula a um apena” (BASTISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. p. 23).

⁴¹⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*, op. cit., p. 292.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 293.

⁴¹² FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, op. cit., p. 39.

⁴¹³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, op. cit., p. 168.

⁴¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal*, op. cit. p. 11.

Dessa posição não pode decorrer o entendimento de que de que, em havendo omissão legislativa, enseja em intervenção do Judiciário com base na inconstitucionalidade por omissão⁴¹⁵. Entende-se que compete, ao legislador ordinário, deliberar sobre uma tutela penal e que apenas e tão somente em casos em que há flagrantes desproteção do bem jurídico fundamental poderão ser admitidas essas ingerências (como exemplo, sancionar homicídio doloso somente com sanção civil)⁴¹⁶. Ao legislador, compete proceder à escolha dos valores a tutelar penalmente, pois foi eleito para ponderar os vários interesses conflitantes da sociedade⁴¹⁷, avaliar a danosidade social das condutas e se serão necessárias a afirmação ou negação da proteção penal, em respeito à separação dos poderes e ao princípio da reserva legal.⁴¹⁸ Sendo-se coerente com o esse raciocínio, defende-se⁴¹⁹ que não há proibição da descriminalização⁴²⁰, pois se, ao legislador, é concedida a liberdade dentro do quadro constitucional tanto para criminalizar como para descriminalizar condutas.

Repudia-se⁴²¹ o entendimento de que a previsão do parágrafo 4º, do artigo 216, é uma figura delituosa⁴²² porque estabelece que os danos e ameaças devam ser punidos na forma da lei. O constituinte não teve tal pretensão, visto que, obviamente, não é sua intenção disciplinar delitos e impor sanção penal⁴²³. E, ainda, se essa tivesse tido essa pretensão, há que se pontuar

⁴¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 80. No mesmo sentido: GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 165; SOUZA JÚNIOR, Ângelo A. de. *Mandado expresso de criminalização e princípio da codificação*, op. cit., p. 2.

⁴¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do direito penal revisitadas*, op. cit. p. 81. Tal como: REIS, Adriana Tenorio Antunes. *Mandados de criminalização e princípio da codificação*, op. cit., p. 24.

⁴¹⁷ “Pergunta-se então: Onde o lado democrático da representação nesse texto constitucional? Evidentemente, na existência do poder legislativo, cujas nascentes se acham no consentimento popular” (BONAVIDES, Paulo. *O regime representativo e a democracia*, op. cit., p. 2).

⁴¹⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*, op. cit., p. 304.

⁴¹⁹ SILVA, Luciana Caetano da; BUGALHO, Nelson Roberto; ARMELIN, Priscila Kutne. *Indicações constitucionais de criminalização*, op. cit., p. 324. Ao descriminalizar, o legislador somente retira a obrigatoriedade da conduta, mas a esfera da legitimação de proteção continua (FERNANDES, Eric Baracho Dore. Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção n. 4733 e a criminalização da homofobia. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, DF, ano 7, n. 2, jul./dez. 2014. p. 75. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1007/669>. Acesso em: 22 jul. 2022).

⁴²⁰ Tem-se que a linha argumentativa de ser obrigatória a criminalização sob pena de inconstitucionalidade por omissão também defende que é inconstitucional descriminalizar, pois há a supremacia constitucional, e, para haver a máxima efetividade das suas normas, não se pode retroceder na proteção de direitos fundamentais (Nesse sentido: SOUZA JÚNIOR, Ângelo A. de. *Mandado expresso de criminalização e princípio da codificação*, op. cit., p. 3; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 165).

⁴²¹ SILVA, Luciana Caetano da; BUGALHO, Nelson Roberto; ARMELIN, Priscila Kutne. *Indicações constitucionais de criminalização*, op. cit., p. 315.

⁴²² FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, op. cit., p. 175.

⁴²³ Compete ao Poder Legislativo legislar em matéria penal, conforme artigo 22, I, da Constituição Federal.

que o texto constitucional não alcança a estrutura lógico-formal da norma jurídico-penal⁴²⁴, não podendo, em atenção ao princípio da legalidade, ser considerada uma previsão de tipo penal incriminador, pois lhe faltam os elementos necessários à aplicação da punição nele mencionada⁴²⁵.

Pontua-se, ainda, que existe diferença entre as indicações de criminalização e as limitações penais⁴²⁶, pois, nestas, se visa vedar penas consideradas ofensivas à dignidade da pessoa humana, tal como estipula o artigo 5º, XLVII, a, da Constituição: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX”⁴²⁷. Como afirmado, o parágrafo 4º, do artigo 216, é uma indicação de criminalização, não é uma limitação penal.

Essa indicação de criminalização foi atendida pelo legislador ordinário ao estipular crimes contra o patrimônio cultural previstos na Lei n. 9605/1998. Embora se defenda que não foi a melhor forma de proteção, sendo necessária mais adequada previsão legal, inclusive com realocação dos tipos penais dentro do sistema penal (como adiante será demonstrado), há que se louvar que sua relevância e necessidade de proteção foram sopesadas e confirmadas pelo legislativo pátrio.

⁴²⁴ Observar sobre a estrutura lógico-formal da norma jurídico-penal: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit., p. 202-208.

⁴²⁵ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*, op. cit., p. 69.

⁴²⁶ Luiz Carlos dos Santos Gonçalves afirma que não é uma ordem de criminalização a previsão do artigo 5º. (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandado expresso de criminalização e princípio da codificação*, op. cit., p. 157).

⁴²⁷ SILVA, Luciana Caetano da; BUGALHO, Nelson Roberto; ARMELIN, Priscila Kutne. *Indicações constitucionais de criminalização*, op. cit., p. 316.

3 PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

3.1 DESENVOLVIMENTO DA TUTELA PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Iniciou-se o estudo apresentando-se o desenvolvimento da proteção do patrimônio cultural sob o prisma das Convenções Internacionais, em especial da UNESCO, e, em seguida, fez-se uma análise sob o prisma da ordem constitucional. Adentra-se, agora, mais especificamente, na proteção jurídico-penal infraconstitucional, desenvolvida no Brasil, e traça-se um paralelo com algumas legislações estrangeiras.

Nas Ordenações do Reino⁴²⁸ não há nenhuma previsão em relação a crimes contra o patrimônio cultural, nem previsão de crimes de dano. Esse patrimônio integra vários títulos esparsos, como os relativos ao corte de árvores e à morte de animais⁴²⁹.

O Código Criminal do Império do Brasil (primeiro Código Penal brasileiro), de 1830, faz referência ao crime de dano em fórmula simples⁴³⁰, no Capítulo III, artigo 266: “Destruir, ou danificar uma coisa alheia de qualquer valor”, e estipula as consequências jurídicas: “Penas – de prisão por dez a quarenta dias, e de multa de cinco a vinte por cento do valor destruído, ou danificado. Se concorrerem, circunstâncias agravantes. Penas – de prisão com trabalho por dois meses a quatro annos, e a mesma multa”.

Há um começo de proteção contra o dano causado ao patrimônio cultural⁴³¹, mas, em outro Capítulo, ela é prevista dentro da tutela de bens públicos, ou seja, no Capítulo IV, com o título “Destruição ou danificação de construções, monumentos e bens públicos”, cujo tipo penal incriminador é o artigo 178: “Destruir, abater, mutilar, ou danificar monumentos, edifícios, bens públicos, ou quaisquer outros objetos destinados à utilidade, decoração, ou recreio público”, com a pena “de prisão com trabalho por dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor do dano causado”. Nota-se que a proteção incide sobre bens públicos, dentre estes, os monumentos⁴³².

⁴²⁸ Foram impostas as Ordenações Afonsinas, ou Código Afonsino, que vigorou de 1446 até 1514; as Ordenações Manuelinas, ou Código Manuelino, de 1521 a 1595; e as Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, de 1603 até 1830.

⁴²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial* – arts. 121 a 212 do CP. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 395.

⁴³⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 257; p. 265.

⁴³¹ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 81.

⁴³² ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal, op. cit.*, p. 140.

Mudanças ocorrem com o Código Penal de 1890, que passa a tutelar o patrimônio cultural dentro do rol dos crimes de dano. Está previsto no Capítulo I do Título XII, Dos crimes contra a propriedade pública e particular, abrangendo os artigos 326 a 329. O tipo penal estabelecido no artigo 328 mantém os mesmos núcleos do Código anterior (destruir, abater, mutilar ou danificar), mas altera os valores do patrimônio cultural, permanecendo os monumentos, incluindo as estátuas, ornamentos ou quaisquer objetos destinados à decoração, utilidade ou recreio público. As penas também são modificadas e reduzidas: “Penas – de prisão celular por seis meses a dois anos, e multa de 5 a 20% do dano causado”.

Outra diferença é que o dano ao edifício público está em uma previsão separada, no artigo 327: “Demolir, ou destruir, de qualquer modo, no todo ou em parte, edifício concluído, ou somente começado, pertencente à Nação, Estado, Município, ou a particular: Pena – de prisão celular por um a quatro anos, e multa de 10 a 20% do dano causado”.⁴³³ Ao passo que em 1932 a Consolidação das Leis Penais de 1932 não faz nenhuma alteração, estipulando esses crimes de dano nos artigos 326 a 329.

O Código Penal de 1940 inclui, no Título II, Dos crimes contra o patrimônio, no Capítulo IV, entre os crimes de dano, dois tipos penais em proteção ao patrimônio cultural⁴³⁴: a) o artigo 165 (“Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”); b) o artigo 166 (“Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa”). Essas previsões foram inovadoras dentro do direito penal pátrio e tiveram como fonte inspiradora o Código Italiano: “inspirou o nosso legislador, na elaboração do artigo 165, CP, o artigo 733 do código Rocco que, como contravenção, prevê o dano a coisa própria (isto é, de propriedade do agente) de valor arqueológico, histórico ou artístico”⁴³⁵.

No Código Penal de 1969, o qual foi revogado pela Lei n. 6.578, de 11 de outubro de 1978, o artigo 176 amplia a figura do artigo 165, incluindo mais dois valores, o etnográfico e o bibliográfico, e mantém os núcleos “destruir, inutilizar ou deteriorar”⁴³⁶.

⁴³³ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, op. cit., p. 310.

⁴³⁴ Essa previsão surge em resposta ao texto constitucional do artigo 134 da Constituição de 1937 que equiparou os atentados cometidos contra os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza aos crimes cometidos contra o patrimônio nacional (RODRIGUES. *A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, op. cit., p. 97; p. 103).

⁴³⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212 do CP*, op. cit., p. 407.

⁴³⁶ “Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico, histórico, etnográfico ou bibliográfico” (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, op. cit., p. 575).

Além do Código Penal, como ensina Ivete Senise Ferreira, o Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, que “Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional⁴³⁷”, prevê, no artigo 21, que os crimes cometidos contra os bens nela previstos são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional, bem como institui, no seu artigo 15, parágrafo 3º, que quem tentar exportar coisa tombada incide em multa e incorre nas penas cominadas no crime de contrabando do Código Penal⁴³⁸. Ou seja, o texto reproduz a regra do artigo 134 da Constituição que acabara de entrar em vigor (10 de novembro de 1937), com a equiparação aos delitos cometidos contra o patrimônio nacional.

Mas, especificamente ao objeto deste estudo, o texto inova e traz a preocupação com a saída do país de coisa tombada, que, dentro da regra do seu artigo 14, somente poderá o ser por “curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”. E, se a exportação for tentada, sem ser dentro dessa situação, o artigo 15 estipula que a coisa tombada será sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

Em seu parágrafo 1º, institui que, se houver responsabilidade do proprietário, este receberá a multa de cinquenta por cento do valor da coisa, que permanecerá sequestrada em garantia do pagamento, até que este se faça, e, no parágrafo 2º, há a previsão de a multa ser elevada ao dobro, em caso de reincidência. Ao que mais atende ao estudo ora proposto, é a previsão do parágrafo 3º: “A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando”⁴³⁹. Há, assim, a primeira noção de que o tráfico ilícito atenta contra um bem jurídico relevante, o qual tem necessidade de proteção.

Há ainda, no Decreto n. 25/1937, o artigo 18⁴⁴⁰, o qual impede a construção, na vizinhança, de coisa tombada que lhe impeça ou reduza a visibilidade; que nela se coloquem anúncios ou cartazes, sem autorização da autoridade competente, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto; e impõe multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

⁴³⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, op. cit.*

⁴³⁸ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural, op. cit.*, p. 82.

⁴³⁹ BRASIL. *Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, op. cit.*

⁴⁴⁰ “Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, op. cit.*).

Há uma sanção administrativa ao agente, que deverá arcar com a destruição ou retirada do objeto, bem como pagar a multa. Nesse sentido, discorda-se de quando se afirma que o dispositivo é inócuo por não prever sanção penal,⁴⁴¹ visto que não há punição penal, porém existe uma sanção administrativa. Vale se apontar, como será visto adiante, que na Lei n. 9.605/98, o artigo 64, tutela a ordenação do território e prevê a figura delitiva para quem promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno sem a devida autorização.

Poucos anos depois, o Decreto-Lei n. 3.688⁴⁴², de 1941, a Lei das Contravenções Penais, estabelece, em seu artigo 48, ser contravenção relativa à organização do trabalho “Exercer, sem observância das prescrições legais, comércio de antiguidades, de obras de arte, de manuscritos e livros antigos ou raros: Pena – prisão simples de um a seis meses, ou multa, de um a dez contos de réis”⁴⁴³. Essa previsão vem em resposta à ordem prevista no artigo 26, do decreto anterior (Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937), que exige, desses profissionais, um registro especial no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Atualmente, o cadastro deve ser feito no CNART (Cadastro Nacional de Negociantes de Antiguidades e Obras de Arte) que tem por finalidade disponibilizar, em um só lugar, o cadastro de comerciantes e agentes de leilão que negociam objetos de antiguidade, obras de arte de qualquer natureza, manuscritos e livros antigos ou raros. O CNART decorre da política de prevenção à lavagem de dinheiro por meio de obras de arte, que tem respaldo legal no artigo 9º, XI, da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998⁴⁴⁴, e na Portaria IPHAN n. 396/2016⁴⁴⁵ que trata sobre as regras a serem seguidas para as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem antiguidades e/ou obras de arte de qualquer natureza.

⁴⁴¹ SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. *Lei dos crimes ambientais, op. cit.*, p. 186.

⁴⁴² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

⁴⁴³ Sobre essa contravenção, *vide* em especial: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação, op. cit.*, p. 236-240.

⁴⁴⁴ “Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências” (BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm. Acesso em: 4 jan. 2022).

⁴⁴⁵ IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Portaria n. 396, de 15 de setembro de 2016*. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem antiguidades e/ou obras de arte de qualquer natureza, na forma da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Brasília, DF: Ministério da Cultura, 2016. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/PORTARIA_396_-_2016-09-15_-_DISPOE_SOBRE_PROCEDIMENTOS_SOBRE_COMERCIALIZA%C3%87AO_DE_ANTIQUIDADES_E_OBRAS_DE_ARTE.pdf. Acesso em: 4 jan. 2022.

Retomando-se sobre a legislação extravagante, tem-se que na Lei n. 3.924/1961⁴⁴⁶ o seu artigo 5º considera crime contra o patrimônio nacional qualquer ato que importe na destruição ou mutilação desses monumentos arqueológicos ou pré-históricos (elencados no artigo 2º), punível conforme disposto nas leis penais; e reforça, no artigo 29, que, aos seus infratores, serão aplicadas as sanções dos artigos 163 a 167, do Código Penal.

Em 1965 tem-se a Lei n. 4.845 que proíbe a saída, do Brasil, de quaisquer obras de artes e ofícios tradicionais, produzidas no país até o fim do período monárquico, abrangendo não só pinturas, desenhos, esculturas, gravuras e elementos de arquitetura como também obra de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário e outras modalidades (artigo 1º); e das obras da mesma espécie, oriundas de Portugal e incorporadas ao meio nacional durante os regimes colonial e imperial (artigo 2º); bem como das obras de pintura, escultura e artes gráficas que, embora produzidas no estrangeiro no decurso do período mencionado nos artigos antecedentes, representam personalidades brasileiras ou relacionadas com a História do Brasil, bem como paisagens e costumes do País (artigo 3º).

A lei autoriza, no artigo 4º, a saída, com autorização da autoridade competente, para fins de intercâmbio cultural e desde que se destinem a exposições temporárias, com prazo máximo concedido para o retorno. A única sanção prevista nessa lei está no artigo 5º, que menciona que, ser for tentada a exportação de quaisquer dessas obras e objetos, serão os mesmos sequestrados pela União ou pelo Estado em que se encontrarem, em proveito dos respectivos museus. Ou seja, não há nenhuma previsão de delito, sendo essa a grande lacuna legal.

Na Lei n. 4.737/1965 (que institui o Código Eleitoral), no artigo 328⁴⁴⁷ há a previsão do delito de escrever, assinalar ou fazer pinturas para fins de propaganda eleitoral, com a pena de até seis meses de detenção e pagamento de multa. No seu parágrafo único estabelece que, “Se a inscrição for realizada em qualquer monumento ou coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico”, a pena foi aumentada para “detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 40 a 90 dias-multa”.

⁴⁴⁶ “Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos” (BRASIL. Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961. Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 28 jul. 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3924.htm. Acesso em: 4 jan. 2022).

⁴⁴⁷ “Escrever, assinalar ou fazer pinturas em muros, fachadas ou qualquer logradouro público, para fins de propaganda eleitoral, empregando qualquer tipo de tinta, piche, cal ou produto semelhante: Pena: detenção até seis meses e pagamento de 40 a 90 dias-multa” (BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 30 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 4 jan. 2022).

Infelizmente a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, revogou o artigo 328 e seu parágrafo único⁴⁴⁸.

Em 1968 tem-se a Lei n. 5.471, que dispõe sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros e, no seu artigo 1º, proíbe a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX.

O parágrafo único desse artigo 1º inclui, nessa proibição, a exportação de “a) obras e documentos compreendidos no presente artigo que, por desmembramento dos conjuntos bibliográficos, ou isoladamente, hajam sido vendidos; b) coleções de periódicos que já tenham mais de dez anos de publicados, bem como quaisquer originais e cópias antigas de partituras musicais”⁴⁴⁹.

O artigo 2º autoriza a saída temporária, para fins de interesse cultural, com autorização da autoridade federal competente.

E, o que mais importa na análise que está sendo feita é o artigo 3º, o qual remete à punição para os casos de infringência “na forma da lei” e impõe que a autoridade competente deve efetivar as apreensões dela decorrentes e dar a destinação dos bens em proveito do patrimônio público (regra do parágrafo único). Questiona-se: qual lei? Resigna-se na tutela do Código Penal em seu artigo geral para o contrabando, ante a lacuna de proteção legal para o tráfico ilícito de bem cultural brasileiro.

Não há no Código Penal Militar – Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – previsão sobre a proteção do patrimônio cultural, nem em tempos de guerra. Vale se mencionar que a Convenção de Haia, de 1954, que foi aprovada pelo Brasil no Decreto legislativo n. 32, de 1956, protege o patrimônio cultural em caso de conflito armado.

Ivete Senise Ferreira defende que a Lei n. 6.453/77, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares, protege o patrimônio cultural, muito embora não seja este o objeto da matéria, mas é a matéria que comporta importância, pois pode conduzir à destruição de todos os bens da sociedade, sejam naturais ou culturais⁴⁵⁰. Compartilha-se do entendimento

⁴⁴⁸ A punição, na época, ficava para o artigo 163 do Código Penal, sendo que atualmente, com a redação do artigo 65 da Lei n. 9.605/98, abarcou as pichações e grafites com intenções eleitorais (ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei n. 9.605/08*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 260).

⁴⁴⁹ BRASIL. Lei n. 5.471, de 9 de julho de 1968. Dispõe sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 10 jul. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5471.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

⁴⁵⁰ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 85-86.

especializado no tema de que a preocupação do legislador da época restringiu-se às atividades nucleares em si, não visou os possíveis malefícios à saúde dos homens, ao meio ambiente⁴⁵¹. Porém, como a História já demonstrou, as atividades nucleares têm grande poder de destruição tanto do ponto de vista humano, como de bens e do ambiente, sendo um efeito ricochete sua proteção.

A Lei n. 7.661/1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro como parte integrante da Política Nacional do Meio Ambiente e, em seu artigo 3º, estipula que o Plano Nacional deverá prever o zoneamento de usos e atividades na zona litorânea, estabelecendo como prioridade a conservação e proteção não somente para os recursos naturais da área, mas também para os sítios ecológicos de relevância cultural e monumentos que integrem os patrimônios natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico. Essa prioridade é o ponto relevante da lei, embora não haja nenhum tipo criminal previsto⁴⁵².

Para regulamentar o artigo 216, parágrafo 2º, da Constituição de 1988, tem-se a Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados. Essa lei estabelece, em seu artigo 25, que “Ficará sujeito à responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da legislação em vigor, aquele que desfigurar ou destruir documentos de valor permanente ou considerado como de interesse público e social”⁴⁵³. A sujeição penal para a destruição, inutilização ou deterioração do arquivo está no artigo 62, da Lei n. 9605/98.

No âmbito do sistema da cultura, a Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991, “Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências”⁴⁵⁴. No artigo 1º, estabelece que sua finalidade é captar e canalizar recursos para o setor de modo: “VI – a preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro”. Ao final, cria o tipo penal previsto no artigo 40: “Constitui crime, punível com reclusão de dois a seis meses e multa de vinte por cento do valor do projeto, obter redução do imposto sobre a Renda utilizando-se

⁴⁵¹ RIBEIRO, Viviane Martins. *Tutela penal nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Ciência do Direito Penal Contemporâneo; v. 6). p. 154

⁴⁵² FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 84-85.

⁴⁵³ BRASIL. Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 28 jan. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

⁴⁵⁴ BRASIL. Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991. Restabelece princípios da Lei n. 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 24 dez. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8313compilada.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

fraudulentamente de qualquer benefício desta Lei” e, no parágrafo 2º, do mesmo artigo: “Na mesma pena incorre aquele que, recebendo recursos, bens ou valores em função desta Lei, deixe de promover, sem justa causa, atividade cultural objeto do incentivo”.

A incriminação repousa o uso fraudulento dos benefícios da Lei Rouanet (figura de estelionato específico⁴⁵⁵), cujo bem jurídico protegido no crime de estelionato é o “patrimônio como um todo”⁴⁵⁶.

Dez anos após a Constituição Federal estabelecer o mandato expresso de criminalização do ambiente (artigo 225, § 2º) e a indicação de criminalização do patrimônio cultural (artigo 216, § 4º), tem-se como resposta ao constituinte a Lei n. 9.605/98, que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”⁴⁵⁷. A proteção penal do patrimônio cultural encontra-se enxertada (equivocadamente) nessa lei, nos artigos 62, 63 e 65⁴⁵⁸, porém, em nenhum deles há a previsão contra o tráfico ilícito de bem cultural.

O Decreto n. 3.166, de 14/09/1999, promulga “a Convenção do UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995”. No preâmbulo desse documento, está previsto que os Estados partes reconhecem a importância fundamental da proteção do patrimônio cultural e destacam que o intercâmbio cultural é uma forma de se promover o entendimento entre os povos, com a difusão da cultura para o bem-estar da humanidade e o progresso da civilização⁴⁵⁹.

Ainda, afirma a referida Convenção que os Estados partes estão “Profundamente preocupados com o tráfico ilícito de bens culturais e com os danos irreparáveis que frequentemente dele decorrem” e que de forma especial sentem com o saque dos sítios

⁴⁵⁵ TRF3. Tribunal Regional Federal, 3ª Região. Processo 5021835-07.2018.4.03.0000, Habeas Corpus (307), Relator Nino Toldo, paciente Orgari de Castro Pacheco, impetrante Jaqueline Furrier; José Luis Mendes de Oliveira Lima, publicado Diário Oficial da União: seção 1. Brasília, DF, 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.escavador.com/diarios/709717/TRF3/judicial-i-trf/2018-09-11/354112849/movimentacao-do-processo-5021835-0720184030000>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial arts. 121 a 249. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 2. p. 386.

⁴⁵⁷ 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. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 17 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

⁴⁵⁸ Esses artigos serão analisados adiante desse capítulo nos itens 3.3.2, 3.3.3 e 3.3.5.

⁴⁵⁹ BRASIL. Decreto n.º 3.166, de 14 de setembro de 1999. Promulga a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 15 set. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3166.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

arqueológicos e a perda de informações arqueológicas, históricas e científicas insubstituíveis que disso resulta⁴⁶⁰.

Para se evitar essas situações, declaram que, com o objetivo de favorecer a preservação e a proteção do patrimônio cultural no interesse de todos, estão “Determinados a contribuir eficazmente para a luta contra o tráfico ilícito de bens culturais, estabelecendo um conjunto mínimo de regras jurídicas comuns para os efeitos da restituição e do retorno dos bens culturais entre os Estados Contratantes”⁴⁶¹.

São enfáticos em destacar que o objetivo da Convenção é facilitar a restituição e o retorno dos bens culturais, mas que a adoção para o futuro das disposições da Convenção “não constitui de modo algum uma aprovação ou uma legitimação de qualquer tráfico ilícito havido antes de sua entrada em vigor”⁴⁶².

Eles sabem que a Convenção “não trará por si só uma solução para os problemas que coloca o tráfico ilícito, mas de que ela estimulará um processo que visa a reforçar a cooperação cultural internacional e a manter o devido lugar para o comércio lícito e para os acordos entre estados para o intercâmbio cultural”⁴⁶³.

Por fim, e de grande relevância, reconhecem que a prática da Convenção firmada deveria ser “acompanhada de outras medidas eficazes em favor da proteção dos bens culturais, tais como a elaboração e a utilização de registros, a proteção material dos sítios arqueológicos e a cooperação técnica”⁴⁶⁴.

Dentro do organograma da Polícia Federal (com base no Decreto n. 10.365, de 22 de maio de 2020, e na Portaria n. 285-MJSP, de 28 de maio de 2020), está, sob o encargo da Coordenação-Geral de Polícia Fazendária, a Divisão de Repressão Contra Crimes o Meio Ambiente e Patrimônio Histórico (DAPH/CGPFAZ/DICOR/PF)⁴⁶⁵. Em cada unidade da Federação há uma delegacia especializada de combate a esses crimes, e especificamente no

⁴⁶⁰ BRASIL. Decreto n.º 3.166, de 14 de setembro de 1999, op. cit.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ *Ibid.* Considerando que o combate ao tráfico ilícito de bem cultural necessita de um sistema de cooperação internacional entre os Estados, em especial os signatários da Convenção do UNIDROIT de 1995, o IPHAN mantém um banco de dados de bens culturais registrados, do patrimônio arqueológico e bens culturais procurados, e recebe a colaboração da Polícia Federal (PF), da *International Criminal Police Organization* (Interpol) e da Receita Federal. Acesse: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1020>.

⁴⁶⁵ PF. Polícia Federal. *Organograma – Unidades Centrais*. Com base no Decreto n. 10.785, de 1º de setembro de 2021, e Portaria MJSP n. 429, de 30 de setembro de 2021, alterada pela Portaria MJSP n. 18, de 3 de fevereiro de 2022. Coordenação-Geral de Cooperação Internacional – CGCI/PF. p. 11. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/estrutura>. Acesso em: 9 jan. 2022.

estado do Paraná foi criado o Batalhão Ambiental – Força Verde⁴⁶⁶. Esta Divisão de Repressão faz parte da responsabilidade da Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado⁴⁶⁷.

Coerente com a argumentação defendida no capítulo anterior de que o patrimônio cultural é um bem jurídico autônomo, um direito social que permite a efetivação da cidadania, a sua proteção dentro do organograma da Polícia Federal deveria ser dentro da Coordenação-Geral de Repressão aos crimes contra direitos humanos e cidadania, que tem a Divisão de Repressão aos direitos sociais e de cidadania⁴⁶⁸.

Por fim, a Polícia Federal conta também com uma Coordenação-Geral de Cooperação Internacional, com setor de apoio administrativo e setor de apoio técnico e, destes, ramifica-se em três Divisões: Divisão de Cooperação Policial Internacional (e tem um núcleo de capturas internacionais); Divisão de Cooperação Jurídica Internacional; e Divisão de Relações Internacional (que tem um setor de apoio às missões no exterior)⁴⁶⁹.

Vale ainda mencionar que a Lei n. 12.840/2013⁴⁷⁰ determina, em seu artigo 1º, a destinação de bens, que fazem parte do patrimônio da União, de valores cultural, artístico ou histórico, para museus federais, nas seguintes hipóteses: a) apreensão em controle aduaneiro ou fiscal, seguida de pena de perdimento, após o respectivo processo administrativo ou judicial; b) dação em pagamento de dívida; ou c) abandono. No artigo 5º, parágrafo 2º, faz a ressalva de que compete, ao IPHAN, se pronunciar quanto à destinação dos bens aos museus quando se tratar de bens tombados em âmbito federal.

Permite, ainda, o artigo 6º, que a União, com a finalidade de adequadas preservação e difusão desses bens, autorize sua guarda e administração por museus pertencentes às esferas federal, estadual ou municipal, tendo preferência os museus federais. Não há impedimento para que a guarda e a administração sejam transferidas para museus privados, desde que sem fins lucrativos e integrantes do Sistema Brasileiro de Museus.

⁴⁶⁶ BROLLO, Sílvia Regina Salau. *Tutela jurídica do meio ambiente cultural: proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais materiais*, op. cit., p. 91.

⁴⁶⁷ Vinculada a essa Diretoria há quatro Coordenação-Geral de Polícia: a) Repressão a drogas, armas e facções criminosas; b) Fazendária; c) Repressão aos crimes contra direitos humanos e cidadania; d) Repressão à corrupção e lavagem de dinheiro (PF. Polícia Federal. *Organograma – Unidades Centrais*, op. cit., p. 9).

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁷⁰ BRASIL. Lei n. 12.840, de 9 de julho de 2013. Dispõe sobre a destinação dos bens de valor cultural, artístico ou histórico aos museus, nas hipóteses que descreve. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 10 jul. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112840.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

3.2 PROTEÇÃO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Passa-se a uma rápida⁴⁷¹ análise dos tipos penais previstos no Código Penal brasileiro que são aplicados para a tutela do patrimônio cultural de forma residual, mais especificamente dentro do Capítulo IV, dos delitos “Do Dano”⁴⁷².

Inicia-se com a menção de que todas as modalidades de dano são aplicáveis para a proteção do patrimônio cultural, embora sua tutela específica esteja nos artigos 165 e 166.

O tipo incriminador do artigo 163 “[...] funciona como subsidiária de todas as outras, sendo aplicável somente se a conduta não se enquadrar em nenhuma das outras previstas para casos específicos”⁴⁷³. Desta feita, o artigo 163⁴⁷⁴ prevê o delito de dano, cujo bem jurídico é “[...] o patrimônio, visando assegurar a integridade das coisas móveis e imóveis, tanto a propriedade como a posse”⁴⁷⁵. Embora seja um crime contra o patrimônio alheio, não há a necessidade da finalidade lucrativa, que é regra geral nas infrações patrimoniais⁴⁷⁶, como ocorre com o furto, pois “[...] o objeto da tutela jurídica é a preservação do valor da coisa para o proprietário, protegendo-se não só o seu valor substancial ou intrínseco como também o mero valor de utilidade”⁴⁷⁷.

O tipo do artigo 163 contém três núcleos: *destruir* (que significa eliminar, extinguir), *inutilizar* (tornar inútil, imprestável), *deteriorar* (estragar, arruinar) coisa alheia (móvel ou

⁴⁷¹ Não serão analisados em profundidade os tipos penais, por não ser o tema central do presente estudo.

⁴⁷² ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema pena*, op. cit., p. 208. O Código tem um matiz de concepção liberal, por isso a tutela recai sobre bens patrimoniais em seu conjunto, reduzindo a tutela do patrimônio cultural a seu aspecto secundário. Em sentido paralelo, vide na doutrina espanhola, como leciona: LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural*: artículos 321 a 324 del Código penal, op. cit., p. 395. Porém, destaca-se que o novo Código Penal espanhol modificou esta postura, que tutela de forma específica o patrimônio cultural nos artigos 321 a 324.

⁴⁷³ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 111.

⁴⁷⁴ “Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Parágrafo único. Se o crime é cometido: I – com violência à pessoa ou grave ameaça; II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave; III – contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos; (Redação dada pela Lei n. 13.531, de 2017); IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima: Pena – detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 3 jan. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2022).

⁴⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249*, op. cit., p. 343. O objeto material no delito de dano é a coisa corpórea móvel ou imóvel, desde que seja corpórea, por consequência, o dano moral está excluído da esfera de proteção (*Ibid.*, p. 345).

⁴⁷⁶ FERREIRA Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 112.

⁴⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal: parte especial – arts. 121 a 212 do CP*, op. cit., p. 396.

imóvel)⁴⁷⁸. A conduta de causar destruição, inutilização ou deterioração pode ser parcial ou total, entretanto a coisa deve ficar prejudicada no seu valor ou utilidade para se configurar o dano⁴⁷⁹. Não há a previsão típica para fazer desaparecer a coisa quando não haja perecimento. Assim, quem, por exemplo, solta animal alheio, fazendo-o dispersar e desaparecer, não pratica o crime de dano, da mesma forma não haverá crime de dano se o bem for coisa sem dono (não coisa perdida, que tem proprietário, porém sem posse), tampouco no desaparecimento, que constitui fato atípico.⁴⁸⁰

No parágrafo único do artigo 163 há a previsão de qualificadoras⁴⁸¹, que no inciso III sofreu alteração dada pela Lei n. 13.531, de 2017, que inclui o Distrito Federal e estabelece aumento de pena por ser maior a gravidade do injusto em caso⁴⁸² de dano contra o patrimônio da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos.

O elemento subjetivo é o dolo, exceto na figura qualificada do inciso IV, do parágrafo único, em que há também o elemento subjetivo especial: “por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima”, representado no grupo de motivos de agir, com a expressão “por motivo egoístico”⁴⁸³. Não há previsão da forma culposa.

A pena prevista no artigo 163 é “de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa”, e no parágrafo único, para as formas qualificas, passa a ser de “detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

O artigo 164⁴⁸⁴ trata da introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, em que o bem jurídico corresponde à posse e à propriedade do imóvel, com a finalidade de obstar a efetivação do dano em propriedade alheia, considerada esta o terreno dos prédios rústico ou urbano⁴⁸⁵. Os núcleos são *introduzir* (fazer entrar ou penetrar), que é comissivo, ou *deixar* (abandonar, largar), cuja conduta é omissiva⁴⁸⁶.

⁴⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 344.

⁴⁷⁹ FRAGOSO. *Lições de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212 do CP, op. cit.*, p. 397-398.

⁴⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 344-345.

⁴⁸¹ A redação já foi reproduzida na nota de rodapé acima.

⁴⁸² PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 347.

⁴⁸³ FRAGOSO. *Lições de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212 do CP, op. cit.*, p. 403.

⁴⁸⁴ “Art. 164. Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, op. cit.*).

⁴⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 350.

⁴⁸⁶ FRAGOSO. *Lições de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212 do CP, op. cit.*, p. 405.

Sobre o patrimônio cultural, tem-se que a Lei n. 3.924/61 (dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos) estabelece, no artigo 5º: “Qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos a que se refere o artigo 2º desta lei, será considerado crime contra o Patrimônio Nacional e, como tal, punível de acôrdo com o disposto nas leis penais”. Se o ato de destruição ou de mutilação dos monumentos naturais a que a lei se refere for produzido pela introdução de animais no local, aplica-se o artigo 164⁴⁸⁷.

Há a presença do elemento normativo do tipo que reside na expressão “sem consentimento de quem de direito”, que corresponde a “[...] elemento normativo referente à possível concorrência de uma causa de justificação. Embora presente no tipo, diz respeito à antijuridicidade. Sua ausência torna a conduta não só atípica como permitida”⁴⁸⁸.

O texto legal exige expressamente que “do fato resulte prejuízo”, ou seja, o prejuízo é uma condição objetiva de punibilidade à causação do prejuízo, em que o tipo se consuma quando ocorre a introdução ou o agente deixa animais em propriedade alheia, mas, se não houver prejuízo, não ocorre punibilidade, embora exista delito⁴⁸⁹.

O tipo subjetivo corresponde ao dolo, sendo dispensável a intenção de causar prejuízo, essa não é a meta do sujeito⁴⁹⁰. Não há previsão da forma culposa.

A pena no artigo 164 estabelecida é de “detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa” e somente será aplicada, quando efetivada a condição objetiva de punibilidade, que é a causação do prejuízo.

Os artigos 163 e 164 em comento procedem mediante ação privada, salvo nos incisos I, II e III do parágrafo único do artigo 163, em que a ação é pública incondicionada, conforme prevê o artigo 167 do mesmo diploma⁴⁹¹.

Destacam-se os artigos 165⁴⁹² e 166⁴⁹³, que eram os tipos penais que previam mais especificamente a tutela penal do patrimônio cultural, os quais foram revogados tacitamente

⁴⁸⁷ FERREIRA. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 112-113.

⁴⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249*, op. cit., p. 351.

⁴⁸⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*: arts. 155 a 196. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 2. p. 112. No mesmo sentido, vide: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249*, op. cit., p. 351. Tal postura não é pacífica na doutrina, havendo posição no sentido de que é elemento constitutivo do tipo, exigindo, para configuração do delito, o prejuízo, ou seja, o dano efetivo: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2. p. 243. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: volume 3. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 317.

⁴⁹⁰ Se houver a intenção de causar dano, prejuízo, tipifica a conduta do artigo 163 (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249*, op. cit., p. 351).

⁴⁹¹ “Art. 167. Nos casos do artigo 16, do n. IV do seu parágrafo e do artigo 164, somente se procede mediante queixa” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, op. cit.).

⁴⁹² “Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico – Art. 165 – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa” (*Ibid.*).

⁴⁹³ “Alteração de local especialmente protegido Art. 166 – Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa” (*Ibid.*).

pela Lei n. 9.605/98, artigos 62 e 63, por terem o mesmo núcleo incriminador⁴⁹⁴, aplicando-se, assim, o princípio da especificidade⁴⁹⁵.

No artigo 165 o bem jurídico protegido é a “intangibilidade do patrimônio artístico, histórico ou arqueológico”⁴⁹⁶. O núcleo do artigo 165 é destruir, inutilizar ou deteriorar (que são os mesmos verbos incriminadores do artigo 62, da Lei n. 9605/98) coisa tombada pela autoridade competente.

Ivete Senise Ferreira explica que, quanto ao objeto da proteção, são “[...] coisas tombadas, que fazem parte do patrimônio cultural nacional”, e também deve ser incluído “[...] os que são por equiparação. A matéria é regulada pela Lei n. 3.924/61”, sendo que nesses casos “[...] o crime é considerado contra o Patrimônio nacional, por equiparação do seu artigo 5º”.⁴⁹⁷

Há que se observar a restrição do objeto material⁴⁹⁸: coisa tombada, tutelando o patrimônio cultural nos seus valores artístico, histórico ou arqueológico.

O tombamento é o instrumento jurídico-administrativo de proteção do patrimônio cultural. O artigo 1º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei n. 25/1937, define o caráter constitutivo de tombar, ao considerar como parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional os bens inscritos nos livros de Tombo. Tombar um bem é apenas inscrevê-lo em um dos quatro livros do Tombo (Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro do Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas Artes; Livro do Tombo das Artes Aplicadas), do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sendo que cada um dos livros do Tombo pode ter vários volumes (artigo 4º, parágrafo 1º, Decreto-Lei n. 25).

⁴⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*: arts. 121 a 212 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 399-400. O artigo 82 da Lei n. 9.605/98 prescreve “Revogam-se as disposições em contrário”, esta expressão “lacônica” (termo utilizado por Luiz Regis Prado) trouxe dificuldades para poder saber qual o delito que está revogado e qual permanece em vigor na legislação. Melhor seria se o legislador tivesse optado pela expressa indicação da “matéria objeto de revogação [...] em nome dos princípios da codificação e da segurança jurídica” (PRADO, Luiz Regis. *Princípios penais de garantia e a nova Lei Ambiental. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, p. 10, 1998).

⁴⁹⁵ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 179-180.

⁴⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249*, op. cit., p. 352.

⁴⁹⁷ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 113.

⁴⁹⁸ A noção de bem jurídico não se confunde com a de objeto da ação. O conceito de objeto da ação pertence substancialmente à consideração naturalista da realidade, o de bem jurídico, ao contrário, corresponde à consideração valorativa sintética. O objeto material é de extrema importância nos delitos cuja a consumação depende de uma alteração da realidade fática ou do mundo exterior (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 46-47). “Quase sempre a objetividade jurídica de um crime se corporifica no indivíduo ou numa coisa. São eles que suportam a ação do delinquente” (NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*, op. cit., p. 115).

Percebe-se que o “O tombamento é o ato administrativo posto ao dispor do Poder Público para a efetiva proteção do patrimônio cultural e natural do País, cujo efeito precípua é transformar em interesse jurídico o valor contido na coisa”⁴⁹⁹.

Atualmente, a Constituição Federal não mais limita a proteção do patrimônio cultural no instrumento do tombamento, mas há outros, como inventário, registro, vigilância, desapropriação além da sentença judicial. Também o artigo 216 emprega o termo patrimônio cultural, o qual envolve todas os valores que vão além do artístico, histórico ou arqueológico, como previsto no Código Penal.

Quanto aos sujeitos, o ativo pode ser qualquer pessoa, e o passivo “É o Estado que determinou o tombamento, em segundo plano, está o proprietário da coisa (que pode ser igualmente o Estado)”⁵⁰⁰.

É o dolo, não há elemento subjetivo especial do injusto, não existe a forma culposa.⁵⁰¹

Consuma-se o crime com a destruição, inutilização ou deterioração da coisa tombada e admite a tentativa por ser crime material⁵⁰².

A consequência jurídica é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Em relação ao artigo 166 (também revogado tacitamente como exposto acima), o bem jurídico protegido é a integridade do patrimônio público nacional⁵⁰³.

A ação incriminadora consiste em alterar, ou seja, mudar, desfigurar, modificar o local especialmente protegido. Vale o destaque de que “A alteração implica mudança do estado, anterior ou preexistente”⁵⁰⁴.

O elemento normativo do tipo referente a uma causa de justificação reside na expressão “sem licença da autoridade competente”.

É composto pelo tipo subjetivo geral o dolo, não havendo o elemento subjetivo especial.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário, se fizer alteração no aspecto de local especialmente protegido, sem autorização da autoridade competente. E o sujeito passivo corresponde à pessoa jurídica de direito público interno (União, estado ou

⁴⁹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor, op. cit.*, p. 1211.

⁵⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 736.

⁵⁰¹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 353.

⁵⁰² ARMELIN, Priscila Kutne; GOLÇALVES, Carlos Eduardo Pires; OLIVEIRA, Cleberson Cardoso de; MARTINS, José Renato. Do dano – artigos 163 a 167. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (coord.). *Código penal comentado*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 611.

⁵⁰³ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 354.

⁵⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 818.

município) e, secundariamente, o proprietário ou possuidor, se o bem protegido for particular⁵⁰⁵.

Consuma-se o delito com a alteração do aspecto do local especialmente protegido, modificando-o efetivamente. Essa alteração não necessita resultar em dano, como bem assevera Luiz Regis Prado⁵⁰⁶. Admite tentativa por ser crime material.

A pena prevista é de detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Tanto para o artigo 165 como para o artigo 166, a ação penal é pública incondicionada (não faz parte da exceção prevista do artigo 167 para que se proceda mediante queixa), é cabível a suspensão condicional do processo, conforme os artigos 61 e 89, da Lei n. 9.099/1995. Considerando-se que a pena máxima em abstrato não é superior a 02 (dois) anos, podem ser aplicadas a composição dos danos civis (artigo 74) e a transação penal (artigo 76).

O regime inicial de cumprimento é o semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado, como estipula o artigo 33, do Código Penal, podendo ser substituída por pena restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos dispostos no artigo 44, do Código Penal.

Prescreve a pretensão punitiva em quatro anos, conforme disposto no artigo 109, V, do Código Penal, contados da data da consumação do fato. Por fim, considerando-se a pena prevista, o crime é de competência do Juizado Especial Criminal⁵⁰⁷.

Como já mencionado, a legislação penal brasileira tem lacunas de proteção específica para o patrimônio cultural, faltando, por exemplo, a previsão da receptação desses bens. Essa é uma figura jurídico-penal relevante, visto sua gravidade ante a abundância de denúncias de receptação de bens tombados⁵⁰⁸.

O artigo 180, do Código Penal⁵⁰⁹, que estabelece a receptação, não prevê “[...] nenhum agravante pelo objeto receptado ser protegido, exceto para caracterizar a forma dolosa, se comprovado que o agente sabia do tombamento e, assim, da origem criminosa da coisa”⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*, op. cit., p. 818.

⁵⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249*, op. cit., p. 355.

⁵⁰⁷ ARMELIN, Priscila Kutne; GOLÇALVES, Carlos Eduardo Pires; OLIVEIRA, Cleberson Cardoso de; MARTINS, José Renato. *Do dano – artigos 163 a 167*, op. cit., p. 612-614.

⁵⁰⁸ SÉGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*, op. cit., p. 419.

⁵⁰⁹ “Art. 180. Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, op. cit.). Não será analisado o tipo em sua profundidade, visto não ser o ponto central do estudo.

⁵¹⁰ SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. *Lei dos crimes ambientais*, op. cit., p. 185. Será proposto no Capítulo IV uma previsão da tutela jurídico-penal específica.

A receptação qualificada está prevista no parágrafo 1º⁵¹¹ (em que se enquadram os vendedores de antiguidades e obras de arte), a modalidade equiparada no parágrafo 2º⁵¹², culposa no parágrafo 3º⁵¹³, a privilegiada e perdão judicial, parágrafo 5º⁵¹⁴, e a majorada no parágrafo 6º⁵¹⁵ (quando bem for de propriedade do patrimônio da União, de estado, do Distrito Federal, de município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos).

O crime de receptação tem como bem jurídico protegido “[...] a inviolabilidade patrimonial e econômica (tráfego lícito de bens)”⁵¹⁶. Entende-se ser perfeitamente possível incluir a receptação do patrimônio cultural na figura do artigo 180, mas não pela razão de ser patrimônio cultural, mas pelo fato de ser bem de propriedade alheia que foi violado por uma situação ilícita criada (em geral, furto ou roubo), permanecendo essa ilicitude e bloqueando a recuperação do produto obtido pelo crime anterior⁵¹⁷.

Assim, há que se pontuar que não é possível incluir a proteção do patrimônio cultural no tipo penal de receptação fundada na justificativa de que a razão da sua proteção vai além de proibir a circulação de produto de crime e incluir na sua finalidade o interesse subjetivado da coletividade de preservar bens que são portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, fazendo que o tipo assuma “um caráter social e político”⁵¹⁸. Essa não é a razão legal, descabida tal argumentação.

⁵¹¹ § 1º – Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, op. cit.*). “No entanto, não se pode olvidar que a referida norma foi estruturada num manifesto erro técnico de composição típica, já que o legislador inseriu no §1º do artigo 180 um tipo penal independente, sem atrelagem ao tipo fundamental” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: volume único. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 758).

⁵¹² “§ 2º – Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, op. cit.*).

⁵¹³ “§ 3º – Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas” (*Ibid.*).

⁵¹⁴ “§ 5º – Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155” (*Ibid.*).

⁵¹⁵ “§ 6º Tratando-se de bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo” (*Ibid.*).

⁵¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 445.

⁵¹⁷ Texto adaptado da obra de Luiz Regis Prado, quando argumenta que, “Então, a receptação atinge novamente o direito de propriedade violado, permanecendo a situação ilícita criada, e obstaculizando, ainda, a recuperação dos produtos obtidos pelo crime anterior” (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, 445; p. 446).

⁵¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos – arts. 155 a 212. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:759301> Acesso em: 14 jan. 2022.

A *ratio* da incriminação, tanto para a receptação como a receptação qualificada prevista no Código Penal, “[...] consiste na exigência de se proibir a circulação da coisa de origem delituosa. [...] A sua incriminação visa a impedir que, verificando um delito, pessoa diversa daquele que o praticou – ou em curso de praticá-lo – se interesse pelas coisas provenientes do delito, com intuito de obter vantagem”⁵¹⁹. Assim, o delito de receptação previsto na legislação brasileira não tem, na sua razão legislativa, a defesa do patrimônio cultural, havendo, assim, uma lacuna legal.

Outra proteção indireta está no crime de furto, previsto no artigo 155⁵²⁰, do Código Penal. Se houver subtração de um bem móvel devidamente protegido e reconhecido como patrimônio cultural (seja por tombamento, inventário, registro, decisão judicial ou lei, entre outras formas de proteção prevista), caracteriza-se o delito de furto, porque se efetiva a subtração de coisa alheia⁵²¹.

Entretanto, o bem jurídico tutelado no delito de furto é a posse e a propriedade de coisa alheia móvel. Deve ser entendido como *coisa*, para fins penais, “[...] tudo que possa constituir objeto da ação física de subtrair, isto é, coisa corpórea passível de ser deslocada, removida, apreendida ou transportada de um lugar para o outro”, não podendo ser a coisa imóvel⁵²².

Tem-se que, se a coisa for apenas de cunho afetivo, será afetado o princípio da intervenção mínima porque a vítima pode valer-se de outros recursos jurídicos para solucionar sua questão⁵²³. Assim, a coisa pode não representar diminuição do patrimônio alheio, mas deve representar alguma utilidade para que possa ser considerada integrante do patrimônio⁵²⁴. Defende-se que o bem cultural furtado tem o valor intrínseco para sociedade, que repousa na conservação da sua memória, da sua identidade como povo; mesmo quando seu valor no mercado possa ser ínfimo, é possível ser objeto de coisa furtada.

⁵¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 445; p. 446.

⁵²⁰ “Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, op. cit.*).

⁵²¹ Vide o julgado: PROCESSO 0812174-92.2007.4.02.5101 0812174-92.2007.4.02.5101. Órgão Julgador 04ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro Julgamento 20 de Fevereiro de 2015. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/627940362/8121749220074025101-0812174-9220074025101/inteiro-teor-627940371>. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁵²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos– arts. 155 a 212, op. cit.*

⁵²³ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 445; p. 282.

⁵²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos– arts. 155 a 212, op. cit.*

Já mais adiantado na proteção, o Código Penal de Portugal, artigo 204, n. 2, alínea d, prevê o furto qualificado, sendo umas das qualificadoras “Quem furtar coisa móvel ou animal alheios: [...] d) Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em coleção ou exposição públicas ou acessíveis ao público” [...], sendo punido com pena de prisão de dois a oito anos⁵²⁵.

Há também a figura do contrabando⁵²⁶, que consiste na importação e exportação de mercadoria proibida, previsto no artigo 334-A⁵²⁷, parágrafo 1º, I, que “[...] é o tipo penal atualmente aplicável contra o comércio ilícito dos bens culturais no Brasil com o exterior e os danos irreparáveis que frequentemente dele decorrem”.⁵²⁸

Na concepção de contrabando, ela expressa ser uma ação contrária às leis financeiras, tendo no enfoque moderno o significado de importação e exportação de mercadoria proibida por lei, diferenciando-se do descaminho, o qual denomina a fraude ao pagamento de tributos aduaneiros⁵²⁹.

O bem jurídico protegido é “[...] o correto funcionamento da Administração Pública e a tutela do interesse econômico-estatal, assegura-se, ainda, a proteção à saúde, à segurança pública, à moralidade pública, no que se refere à importação de mercadoria proibida e à tutela de produto nacional”, portanto, é crime pluriofensivo, que pode atingir outros bens jurídicos⁵³⁰. Nessa gama de bens jurídicos protegidos é inserido o patrimônio cultural como mercadoria cujas importação e exportação são proibidas, com base na Lei n. 4.845/1965.

⁵²⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 48/1995. Código Penal. *Diário da República n. 63/1995, Série I-A de 1995-03-15*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em: 28 fev. 2022.

⁵²⁶ No próximo capítulo, ela será estudada dentro da proposta de proteção específica ao patrimônio cultural.

⁵²⁷ “Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem: I – pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; II – importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; III – reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; IV – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; V – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. § 2º – Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, op. cit.*).

⁵²⁸ BROLLO, Sílvia Regina Salau. *Tutela jurídica do meio ambiente cultural: proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais materiais, op. cit.*, p. 95.

⁵²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 250 a 361*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 3. p. 406-407.

⁵³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume único, op. cit.*, p. 1244. A proibição pode ser absoluta, não podendo a mercadoria (em face da sua natureza) ser importada ou exportada; ou relativa, que ocorre quando a proibição é temporária, como por exemplo a proibição de aquisição de alimentos de determinado país em face de contaminação. Veda-se a circulação da mercadoria nas fronteiras do país (*Ibid.*).

Na Lei n. 4.845/1965 o artigo 1º proíbe a saída de obras de arte e ofícios tradicionais produzidos no Brasil até o final do regime monárquico, no artigo 2º; as obras da mesma espécie oriundas de Portugal que se incorporaram ao meio nacional durante os regimes colonial e imperial, e no artigo 3º; e veda, também, a saída de obras estrangeiras produzidas nesses períodos mencionados anteriormente, que representem personalidades brasileiras, ou seja, relacionadas com a história, paisagens e costumes nacionais⁵³¹. Não obstante, apenas no artigo 5º prevê: “Tentada a exportação de quaisquer obras e projetos de que trata esta Lei, serão os mesmos seqüestrados pela União ou pelo Estado em que se encontrem, em proveito dos respectivos museus”.

Não há uma legislação que envolva mais bens além desses especificados, e inexistente, no Código Penal, uma proteção específica que visa “proibir e impedir a importação, exportação e a transferência de propriedades ilícitas de bens culturais”⁵³², em um combate ao tráfico internacional do patrimônio cultural em toda a sua dimensão de tempo não restrito até o período monárquico. É urgente que sejam tomadas “sérias medidas para se evitar a saída de obras de arte importantes, como o ‘Abaporu’, óleo de Tarsila do Amaral que já não mais está em território nacional”⁵³³.

Por fim, a Lei n. 8.176/1991⁵³⁴, que *define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis*, prevê no seu artigo 2º: “Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo”, cuja pena é de detenção, de um a cinco anos, e multa.

E, no parágrafo 1º, “Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo”. No parágrafo 2º, prevê que a pena de multa será fixada entre dez e 360 dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Esse crime, em especial o mencionado no

⁵³¹ A saída é permitida apenas para fins de intercâmbio cultural e desde que se destinem a exposições temporárias (artigo 4º).

⁵³² Preâmbulo da Convenção da UNESCO, de Paris, 1970.

⁵³³ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, op. cit. p. 42. O Abaporu está exposto no Museu de Arte Latino-americana de Buenos Aires (MALBA).

⁵³⁴ BRASIL. Lei n. 8.176, de 8 de fevereiro de 1991. Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 13 fev. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

parágrafo 1º, pode ser utilizado para a proteção dos fósseis, como de fato tem sido acolhido pelos tribunais⁵³⁵.

Pode-se perceber a gravidade dessa lacuna de proteção legislativa. A Lei n. 9605/98 amplia a proteção do patrimônio cultural e avança um pouco mais na concepção moderna do assunto, porém, há falhas, como adiante será demonstrado.

3.3 PROTEÇÃO NA LEI N. 9.605/98

Atualmente os tipos penais que protegem diretamente o patrimônio cultural estão previstos, de forma enxertada⁵³⁶ e sem a melhor técnica legislativa, na Lei n. 9605/1998, na Seção IV, “Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural”, ou seja, o tratamento jurídico-penal está em conjunto com o ordenamento urbano (artigos 64 e 65, *caput*), embora sejam bens jurídicos distintos e autônomos⁵³⁷.

Mantém-se a posição⁵³⁸ de que, por serem bens jurídicos supraindividuais (o patrimônio cultural e o ordenamento urbano), eles deveriam ter sido ilhados, separados do conceito de ambiente, permitindo melhor delimitação na construção e concretude dos tipos penais, mantendo-se, obviamente, os relacionamentos entre si, por serem unidades dinâmicas, não estáticas.

Nesse sentido, especialmente em relação ao Direito Penal, não lhe interessa o conceito amplo de ambiente, porque, se assim o fora, todo ele, ou quase, seria direito do ambiente, mas uma concepção restrita em que o bem jurídico é constituído pelo denominado ambiente natural, sendo que o ambiente construído também constitui um bem constitucionalmente protegido, e, conseqüentemente, pode ser objeto de tutela penal⁵³⁹.

⁵³⁵ A esse respeito, vide: TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 160-161.

⁵³⁶ “Tais delitos estão previstos na Lei de Crimes Ambientais apenas formalmente, numa previsão tipográfica, decorrente da opção conceitual do legislador” (ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 162).

⁵³⁷ COIMBRA, Mário; BUGALHO, Nelson R.; SOUZA, Gilson Sidney Amâncio. Alguns Aspectos sobre a tutela penal da ordenação do território. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 315.

⁵³⁸ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 161.

⁵³⁹ SILVA, Germano Marques da. A tutela penal do ambiente (ensaio introdutório). In: ROCHA, Mário de Melo (coord.). *Estudos de direito do ambiente: sessões do seminário de 2002 de direito do ambiente*. Portugal: Coimbra Editora, 2003. p. 14.

3.3.1 Disposições gerais

Além da inserção enxertada do patrimônio cultural na Lei n. 9.605/98, outro desvio equivocado do legislador foi não ter utilizado o termo “bem cultural”⁵⁴⁰ que se coaduna com o conceito constitucional previsto no artigo 216 e engloba todas as suas manifestações e valores. Ao contrário, optou o legislador, de forma lastimável, por caminhar na trilha já defasada de elencar os valores atrelados ao patrimônio cultural nos tipos penais, fazendo menção aos históricos, ecológicos, turísticos, entre outros.

Esse equívoco na opção legislativa levou à exclusão de valores relevantes que não constam no texto legal. Cita-se o caso do valor paleontológico (que envolve os fósseis, que são de grande vulnerabilidade ante o mercado clandestino) e do valor espeleológico (grutas, cavernas e outras cavidades naturais subterrâneas).

Louvável foi a escolha legislativa do uso da técnica da norma penal em branco, prevendo no tipo “protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”. Dessa forma, o patrimônio cultural fica individualizado por meio dos atos administrativo, judicial ou legislativo, os quais declaram o valor cultural do bem jurídico⁵⁴¹, possibilitando que ele possa ser exatamente localizado, conhecido e reconhecido como bem cultural preservável⁵⁴².

Inova o legislador ao incorporar a decisão judicial como instrumento que permite, também, a individualização do bem jurídico protegido. Contudo, para a segurança jurídica, mantendo a imutabilidade da sentença e pela gravidade do processo penal, comunga-se que a sentença judicial deve ter transitado em julgado⁵⁴³, embora haja entendimento contrário⁵⁴⁴.

Em relação ao sujeito ativo, esses delitos são comuns, podendo ser cometidos por qualquer pessoa, inclusive o proprietário. Referente ao sujeito passivo, como se trata da violação de um bem de caráter difuso, a coletividade é vitimada pelos crimes descritos nessa

⁵⁴⁰ Sobre o conceito de patrimônio cultural no sistema constitucional, vide: ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 67-130.

⁵⁴¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, op. cit., p. 55.

⁵⁴² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*, op. cit., p. 35.

⁵⁴³ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 185-186. “A esse respeito, entende-se, neste trabalho, que é perfeitamente possível que a norma penal em branco seja completada por uma decisão judicial transitada em julgado, visto que esta tem guarida dentro do ordenamento jurídico, é um ato normativo de cunho extrapenal. A decisão judicial transitada em julgado integrará a norma penal, sem que com isto haja infração aos princípios penais constitucionais” (*Ibid.*, p. 186).

⁵⁴⁴ “A sentença judicial não precisa ser transitada em julgado, pode ser provisória, desde que exequível contra todos. Destaca que outros meios de proteção e acautelamento poderão ser criados em benefícios dos bens culturais, como autoriza a Constituição Federal” (RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Tutela do patrimônio ambiental cultural*, op. cit., p. 573, grifos do autor).

seção⁵⁴⁵. Deve-se considerar, também, sujeito passivo o titular do bem jurídico lesado. Em sendo bem público, o sujeito passivo será a pessoa jurídica de direito público (União, Estado ou Município); mas, em sendo o titular a pessoa física ou jurídica de direito privado, o sujeito passivo será o proprietário ou possuidor do referido bem, salvo, óbvio, se ele não for o sujeito ativo⁵⁴⁶.

Na Lei n. 9.605/98 tem-se a previsão, no artigo 3º⁵⁴⁷, da responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema penal brasileiro. René Ariel Dotti alerta que “A aventura intelectual que pretende afirmar a imputabilidade penal da pessoa jurídica tem um cariz manifestamente abolicionista”, e conceitua-a: “É o *ovo da serpente* de um processo de eliminação dos princípios e das garantias penais e processuais defendidas em regimes políticos liberais do final do Século XVIII [...]”⁵⁴⁸. Entretanto, o legislador pátrio fez uma “[...] opção *criminalizadora*, que, mesmo respeitável como posicionamento jurídico, só pode ser aceita se, num verdadeiro *tour de force* – pragmático e artificial –, privilegiar-se político-criminalmente o *fim* em detrimento do *meio*”⁵⁴⁹.

Isso porque a responsabilidade penal da pessoa jurídica contraria princípios basilares da Constituição Federal⁵⁵⁰, como o princípio da personalidade da pena gravado, no artigo 5º, XLV (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado”), porém “Com a responsabilidade penal objetiva, recaindo uma condenação sobre uma pessoa jurídica, pela própria natureza abstrata de sua personalidade, a pena acabará sempre atingindo, de forma inevitável, as pessoas físicas que compõem a entidade”⁵⁵¹.

⁵⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 284.

⁵⁴⁶ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, op. cit., p. 36-40.

⁵⁴⁷ “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” (BRASIL. *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*, op. cit.)

⁵⁴⁸ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 184-186, jul./set. 1995.

⁵⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 120.

⁵⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*, op. cit., p. 84.

⁵⁵¹ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada: artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005. p. 45-46. “Vigora, porém, o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, árdua conquista do Direito moderno. Evitam-se penas aberrantes. Outrora, as punições alcançavam, além do criminoso, pessoas sem culpa, em particular os seus descendentes. Semelhante desvio ocorreria se, pelos atos criminosos cometidos no seio de uma organização coletiva, respondessem pessoas que para eles não houvessem concorrido material e moralmente, com a inteligência e vontade que redundam na culpabilidade” (GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. t. 1. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Max Limonad, s/d. p. 215).

Outros dois princípios feridos são da individualização e execução da pena, que são direcionados ao ser humano e por vedarem a punição por delito alheio⁵⁵².

Principalmente, atinge um princípio basilar do Direito Penal que é o da culpabilidade⁵⁵³, sendo a responsabilidade penal subjetiva que carece da pessoa jurídica porque não tem liberdade de responsabilidade, não tem vontade e nem potencial consciência de ilicitude⁵⁵⁴.

A responsabilidade penal objetiva atinge a capacidade de ação penal, pois, na seara penal, o sujeito ativo tem a imputação e a ação. Falta, à pessoa jurídica, a capacidade de ação, somente tem imputação, visto que quem atua por ela é sempre uma pessoa física que a representa⁵⁵⁵.

Tal responsabilidade afeta, ainda, o princípio da personalidade da pena, porque a capacidade desta está ausente na pessoa jurídica, pois a pena não exerce nenhum efeito inibidor ou ressocializador na pessoa jurídica⁵⁵⁶.

Há que se pontuar que isso não significa o entendimento de que a pessoa jurídica não deva ser responsabilizada, isentando-a das grandes consequências lesivas que causam, em especial, ao ambiente. Porém, em respeito ao Direito Penal garantista, que preserva a pessoa humana contra as arbitrariedades do Estado, defende-se a manutenção dos princípios penais em detrimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

⁵⁵² “Não se ignoram, por exemplo, as dificuldades de individualização da responsabilidade penal devido as estruturas das grandes sociedades nacionais ou multinacionais”, [...] As incriminações do Direto Ambiental, como aquela de outros Direitos técnicos, não visam tanto as condutas, mas as situações a serem evitadas ou realizadas” (PRADO. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*, op. cit., p. 80).

⁵⁵³ A respeito da culpabilidade, recomenda-se a leitura: GOMES, Luís Roberto. *Culpabilidade e constituição: dimensão penal constitucional da culpabilidade*. Londrina: Thoth Ed., 2021.

⁵⁵⁴ “Não existe crime punível sem o juízo de reprovação que se contém na culpabilidade; e não é possível incriminar uma pessoa jurídica justamente porque se lhe não pode atribuir uma ilicitude a *parte subjecti* na prática de um delito” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3. p. 41-42).

⁵⁵⁵ “Então os efeitos jurídicos imputados à pessoa coletiva são aqueles decorrentes da conduta de seu representante, sendo sua atividade unicamente uma atividade juridicamente imputada”. É salientar que “não se trata de uma autoria da própria pessoa jurídica” (PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 120; p. 653).

⁵⁵⁶ ARMELIN; Priscila Kutne; BUGALHO, Nelson Roberto; SILVA, Luciana Caetano. Proteção penal do ambiente. In: PRADO, Luiz Regis Prado; GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (org.). *Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 308-309. Vide dentre outros: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 124; CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada: artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*, op. cit., p. 45-46; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei n. 9.605/1998. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 10, abr./jun. 1998. p. 57; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, op. cit., p. 41-42; MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 475.

Nesse sentido, “Não obstante, se é certo que os entes coletivos precisam receber sanções ante abusos cometidos, há que se questionar se estas sanções devem ser de natureza penal (no caso seriam penas), haja vista a existência de sanções administrativas e civis”⁵⁵⁷.

Entretanto, essa não tem sido a linha acolhida pelos tribunais. O Superior Tribunal de Justiça⁵⁵⁸ tem entendimento de que, para a condenação da pessoa jurídica, é necessária a dupla imputação ou concurso necessário⁵⁵⁹.

O Supremo Tribunal Federal⁵⁶⁰, em outubro de 2014, admitiu a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, adotando, inclusive, o entendimento de que a empresa pode ser responsabilizada sozinha em crimes ambientais, independentemente da punição da pessoa física, desvinculando, da persecução penal, os entes coletivos da pessoa física. Essa posição da Suprema Corte viabiliza “a responsabilidade penal da pessoa jurídica de modo *direto*, quando agrega critério de autorresponsabilidade”, mesmo que “presente um responsável legal (pessoa física)”, e acaba por estabelecer “um critério *misto* dessa responsabilidade penal da pessoa jurídica: de forma indireta (heterorresponsabilidade, constante da lei ambiental) e de forma direta (autorresponsabilidade, por criação pretoriana)”⁵⁶¹.

3.3.2 Artigo 62

Passa-se à análise dos tipos penais que estão previstos na Lei n. 9.605/98 protegem o patrimônio cultural.

O artigo 62 inicia a Seção IV prevendo a conduta incriminadora: “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

⁵⁵⁷ PRADO. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*, op. cit., p. 139.

⁵⁵⁸ “O simples fato de a Recorrente (pessoa física) figurar como sócia-gerente de uma pessoa jurídica não autoriza a instauração de processo criminal por crime contra o meio ambiente, se não restar minimamente comprovado o vínculo com a conduta criminosa, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva” (STJ. Superior Tribunal de Justiça. RHC 34957 / PA. – Rel. Min. Laurida Vaz. 5ª. Turma. Acórdão Eletrônico DJe. Divulg 01/09/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865011479/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-34957-pa-2012-0274046-1/inteiro-teor-865011496?ref=feed>. Acesso em: 14 jan. 2022).

⁵⁵⁹ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 500.

⁵⁶⁰ Trata-se do RE 548.181, cuja decisão fora publicada em 30 de outubro de 2014 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548181 – Rel. Min. Rosa Weber. 1ª. Turma. Acórdão Eletrônico DJe-213. Divulg 29-10-2014. Public 30-10-2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 14 jan. 2022).

⁵⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 124.

por lei, ato administrativo ou decisão judicial”, cuja consequência jurídica é a pena de reclusão de um a três anos, e multa. Prevê a forma culposa no parágrafo único: “Se o crime for culposos, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa”.

O bem jurídico protegido é o patrimônio cultural devidamente amparado por lei, ato administrativo ou decisão judicial, com destaque, no inciso II, conferido para arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar⁵⁶². Depreende-se que todos os bens mencionados nos incisos III, IV e V, do artigo 216, estão inclusos no inciso II, do artigo 62, da lei em comento⁵⁶³.

No inciso II, do artigo 62 em comento, o objeto material é o arquivo, o registro, o museu, a biblioteca, a pinacoteca, a instalação científica ou similar⁵⁶⁴. A proteção abrange a edificação e o acervo completo, sendo que “[...] para a consumação do delito basta que o dano atinja o edifício ou um dos objetos que integrem seu acervo”⁵⁶⁵.

Na estrutura objetiva do tipo, tem-se que o núcleo é formado pelos verbos *destruir* (significa demolir, desfazer, desmanchar, extinguir), *inutilizar* (tornar inútil, incapaz) e *deteriorar* (estragar, danificar, corromper) o patrimônio cultural, ações que podem ser realizadas tanto por conduta comissiva como omissiva⁵⁶⁶.

No tipo há o elemento normativo⁵⁶⁷ “bens”, que exige uma busca sistêmica da sua dimensão no mundo jurídico para se alcançar sua definição. Registra-se a falha legislativa de não seguir a melhor técnica e adotar o termo “bem cultural”, que melhor se amolda ao conceito do artigo 216, da Constituição Federal, mas optou em usar o termo “bens”, o qual permite se indagar se os bens imateriais ou intangíveis estão ou não no arcabouço de proteção do tipo penal. A dúvida é sanada com o próprio texto constitucional que, no conceito do patrimônio cultural, “não faz restrição a qualquer tipo de bem, de modo que podem ser materiais ou imateriais, singulares ou coletivos, móveis ou imóveis”⁵⁶⁸.

O tipo legal tem a previsão da norma penal em branco, exigindo que o bem jurídico protegido nos incisos I e II seja amparado por lei, ato administrativo ou decisão judicial⁵⁶⁹.

⁵⁶² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 284.

⁵⁶³ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Tutela do patrimônio ambiental cultural*, op. cit., p. 573.

⁵⁶⁴ SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*, op. cit., p. 286.

⁵⁶⁵ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, op. cit., p. 6.

⁵⁶⁶ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 166.

⁵⁶⁷ Sobre os elementos normativos do tipo de injusto, vide: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit., p. 503.

⁵⁶⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, op. cit., p. 471-472.

⁵⁶⁹ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 166; p. 168.

Os bens culturais devem ter a proteção por lei, ato administrativo ou decisão judicial, quando da ocasião do delito; ou seja, “Não basta, porém, que ditas coisas *tenham sido tombadas*, é mister que assim se encontrem na ocasião do delito. É necessária essa condição de *atualidade*” [...] ⁵⁷⁰.

No artigo 62, caput, o tipo subjetivo do injusto é o dolo, que não há exigência de nenhum outro elemento subjetivo especial do tipo; admite a forma do dolo eventual.

Há a inovação legislativa da forma culposa no parágrafo único não previsto anteriormente no Código Penal, sendo o único tipo culposo relacionado aos crimes contra o patrimônio cultural.

Comunga-se do entendimento de que essa previsão permite maior efetividade na proteção do patrimônio cultural destruído, inutilizado ou deteriorado, quando as pessoas agem com imprudência, negligência ou imperícia, violando o cuidado objetivo que deveriam ter, como no caso em que “[...] alguém procede a uma restauração de um bem protegido sem ter para isso qualificação profissional; ou um diretor ou chefe de serviço público designa pessoa imperita para fazer intervenção em coisa protegida, daí resultando destruição, inutilização ou deterioração” ⁵⁷¹.

Se o autor comprovar que desconhecia o fato de o bem jurídico ser protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, haverá a figura do erro de tipo, que, sendo inevitável, exclui o dolo (podendo caracterizar o artigo 163, do Código Penal) e, se evitável, responde pela forma culposa prevista no parágrafo único do artigo 62 ⁵⁷².

O delito é consumado com a efetiva realização da conduta típica de destruir, inutilizar ou deteriorar o bem jurídico protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, sendo admissível a forma tentada, exceto na conduta culposa.

A consequência jurídica prevista é o regime de reclusão, com pena de um a três anos, e multa, por isso são aceitáveis a suspensão condicional do processo (pena mínima ser igual a 1 ano) e a suspensão condicional da pena (não ultrapassar o limite máximo de 3anos). Na forma culposa o regime é de detenção, de seis meses a um ano, sem prejuízo da multa.

É possível haver concurso formal entre o artigo 62, da Lei n. 9.605/98, e o dano qualificado, previsto no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, que pode ocorrer, por exemplo, quando o objeto da ação for público (artigo 163, inciso III do parágrafo

⁵⁷⁰ FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro comentado*: Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940: parte especial – arts 155 a 212. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Ed., 1961. v. 5. p. 85.

⁵⁷¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Ciência Jurídica*, Salvador, v. 16, n. 107, set./out. 2002. p. 8.

⁵⁷² ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 182.

único), e o agente tiver conhecimento de que é protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial (artigo 62) transitada em julgado⁵⁷³; mas, se o bem não for amparado por lei, ato administrativo ou decisão judicial transitada em julgado, o crime será de dano simples ou qualificado, conforme o caso⁵⁷⁴.

Outro concurso formal relacionado com o artigo 62 pode ocorrer quando, na ação, além de atingir o patrimônio cultural, o agente atinge também o ambiente⁵⁷⁵. Por exemplo, ao dizimar uma floresta de preservação permanente, tombada por sua feição notável, além de destruir o patrimônio cultural-natural, está o autor atingindo também o ambiente (matando a fauna, artigo 29) e/ou destruindo ou danificando a flora (artigo 38).

Proteção parecida é encontrada no Código Penal português, no artigo 213, n. 1, alíneas *b* e *d*: “1 – Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável: [...]; b) Monumento público; [...]; d) Coisa pertencente ao património cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação; [...] é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias” e no n. “2 – Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa ou animal alheios: [...]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”⁵⁷⁶.

Há, ainda, uma previsão interessantíssima (destruição de monumentos) que inexistente no Código Penal brasileiro ou na Lei n. 9605/98, pois aborda o crime de dano em caso de guerra, previsto no artigo 242: “Quem, violando normas ou princípios do direito internacional geral ou comum, em tempo de guerra, de conflito armado ou de ocupação” (atenção para os verbos:), “destruir ou danificar, sem necessidade militar, monumentos culturais ou históricos ou estabelecimentos afectos à ciência, às artes, à cultura, à religião ou a fins humanitários” traz como consequência a punição “com pena de prisão de 3 a 10 anos”⁵⁷⁷.

O Código Espanhol estabelece o crime de dano ao patrimônio cultural no artigo 323 (n. 1) tutelando que os danos causados em bens de valor histórico, artístico, científico, cultural

⁵⁷³ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 182-183.

⁵⁷⁴ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*: de acordo com a Lei n. 9.605/98. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 201.

⁵⁷⁵ Como já defendido, são bens jurídicos diferentes (vide Capítulo 1, item 1.3 e Capítulo 3, item 3.2.2).

⁵⁷⁶ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 48/1995*, op. cit.

⁵⁷⁷ *Ibid.* A esse respeito, vide: BRAVO, Reis Jorge dos. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*, op. cit., p. 47-53.

ou monumental ou em depósitos arqueológicos, terrestres ou subaquáticos⁵⁷⁸ serão punidos com a pena de prisão de seis meses a três anos ou multa de 12 a 24 vezes, sendo que essa pena poderá ser maior, se o dano causado foi particularmente grave e esses bens forem especialmente relevantes (n. 2). Os juízes ou tribunais poderão adotar medidas para o autor do dano para restauração do bem danificado, caso seja possível (n. 3)⁵⁷⁹.

A forma culposa também é prevista, na modalidade da imprudência, no artigo 324, em que o dano causado deve ser maior que a 400 euros, se causado em arquivo, registro, museu, biblioteca, centro docente, gabinete científico, instituição análoga ou em bens de valores artístico, histórico, cultural, científico ou monumental, assim como em depósitos arqueológicos. O crime culposo é punido com pena de multa de três a 18 meses, conforme a importância desses bens⁵⁸⁰.

Na França, o legislador de 1810 já estipula, no artigo 257, do Código Penal, que todo aquele que destruir, derrubar, mutilar ou degradar monumentos, estátuas ou outros objetos destinados à utilidade pública e que sejam construídos pela autoridade pública, ou com sua autorização, será punido com pena de prisão de um mês a dois anos, e multa de 100 a 500 francos⁵⁸¹. A Lei de 31 de dezembro de 1913 sobre monumentos históricos, no Capítulo V, especialmente com a redação dos artigos 29 e 39, atualiza o Código Penal e classifica os imóveis dando maior amplitude ao conceito de monumentos e, portanto, aqueles passam a integrar o código⁵⁸².

Com a Lei de 15 de julho de 1980, são integradas sanções no Código Penal francês, e o artigo 257 é completado com a inserção dos artigos 257-1 (integra as disposições da Lei de 1913, incluindo as escavações arqueológicas, inclusive marítimas, que representam interesses arqueológico, histórico artístico) e 257-2, que consagra a proteção para os bens culturais móveis e inclui, ainda, os monumentos naturais e sítios de caráter artístico, histórico, científico, lendário e pitoresco. O novo Código Penal francês de 1994, no artigo 322-1 (atualizada a redação em 1995), mantém os núcleos do tipo penal considerando crime a

⁵⁷⁸ Vide: ESPANHA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE Legislación Consolidada* n. 281, 24 Nov. 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 92.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 97 (nota 74).

destruição, degradação ou deterioração do bem assim como traçar inscrições, signos ou desenhos que recaiam sobre os bens mencionados no artigo 322-2, n. 3 e 4⁵⁸³.

3.3.3 Artigo 63

O artigo 63 traz como figura típica “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”.

O bem jurídico protegido, tal como o artigo anterior, é o patrimônio cultural que contenha algum dos valores apresentados no texto legal, devidamente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial⁵⁸⁴.

O objeto material é a edificação ou lugar especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de conter um dos valores elencados no tipo⁵⁸⁵. “Local protegido” envolve também os bens imóveis tombados, mencionados no Decreto-Lei n. 25/1937, os sítios arqueológicos ou pré-históricos, considerados monumentos pela Lei n. 3.924/1961, e os recursos florestais⁵⁸⁶, pois os recursos naturais podem ser reconhecidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial como valores naturais abrangidos pelo conceito constitucional do patrimônio cultural.

Na estrutura objetiva do tipo, tem-se que o núcleo é formado apenas pelo verbo *alterar*, que significa modificar, mudar, desfigurar⁵⁸⁷. A conduta punível corresponde a mudar o aspecto (a aparência externa, o semblante) ou a estrutura (pilares, vigas, lajes) de edificação (edifício, prédio, obra, construção) ou local (lugar onde se encontra o bem cultural, como sítio, paisagem natural, teatro, museu), especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seus valores paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem a autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida⁵⁸⁸.

⁵⁸³ LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 109-111.

⁵⁸⁴ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 164.

⁵⁸⁵ SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*, op. cit., p. 289.

⁵⁸⁶ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 113.

⁵⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 287.

⁵⁸⁸ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 183.

O artigo 63 não protege o entorno⁵⁸⁹, o que é uma claudicância legislativa, pois restringe a tutela da alteração do aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido e, com isso, permite a alteração no entorno. Ainda, “uma alteração no entorno também pode afetar a visibilidade do patrimônio cultural protegido”⁵⁹⁰.

O elemento normativo do tipo “valor” tem amplitude que excede a valoração econômica e incorpora a importância do bem para a história, para a cultura, constituindo um *plus*⁵⁹¹, em observância ao artigo 216, da Constituição Federal, que ampliou a previsão contida no Decreto-Lei n. 25/37 (tem referência apenas aos valores histórico, arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico). A lei ambiental, no artigo 63, amplia o leque dos valores (paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental), que são elementos normativos do tipo de valoração extrajurídica⁵⁹².

Já nos dois primeiros valores do texto, paisagístico e ecológico, se constata que são bens decorrentes da ação da natureza, denominados de patrimônio natural, conforme a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972⁵⁹³, cujo artigo 2º considera como patrimônio natural os monumentos naturais, as formações geológicas e os lugares notáveis.⁵⁹⁴

O patrimônio natural corresponde a um conjunto que, apesar de não ser obra da criação humana, a valora como bem cultural⁵⁹⁵, qualificando-a como de seu interesse⁵⁹⁶. Essa qualificação de interesse realizada nos bens decorrentes da ação da natureza somente poderá ser considerada patrimônio cultural quando houver interação com o homem, por portar referência à identidade, ação ou memória deste. São coisas criadas pelo homem mediante

⁵⁸⁹ No tipo incriminador seguinte, artigo 64, da Lei n. 9.605/98, cujo bem jurídico é o ordenamento urbano, o legislador inclui a tutela do entorno.

⁵⁹⁰ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 191.

⁵⁹¹ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei n. 9.605/08*, op. cit., p. 255.

⁵⁹² ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 184.

⁵⁹³ Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977 que promulgou a Convenção no Brasil.

⁵⁹⁴ E assim, na alínea “a”, conceitua como monumentos naturais aqueles “constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico”. Na alínea “b”, além das formações geológicas, considera as fisiográficas e as áreas nitidamente delimitadas, devendo elas constituírem o “habitat” de espécies animais e vegetais ameaçados e que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação. E na alínea “c”, prevê “os lugares notáveis naturais ou as zonas naturais nitidamente delimitadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural” (*Ibid.*).

⁵⁹⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, op. cit., p. 17.

⁵⁹⁶ SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, op. cit., p. 100.

projeção de valores, ‘criadas’ não apenas no sentido de produzidas, mas no sentido de vivência espiritual do objeto. Por isso, “consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e participação do espírito humano”⁵⁹⁷.

Essa valoração do patrimônio natural, pela sua beleza, vivência espiritual e participação do ser humano, tem cunho cultural, de modo que, em atenção às exigências constitucionais, esse patrimônio passa a ser um bem cultural⁵⁹⁸.

Nesse contexto, o valor paisagístico é um espaço ambiental, com componentes naturais como o solo, o clima e a vegetação, mas esse espaço tem “[...] uma estrutura que se abrange num lance de vista, um lugar de expressiva beleza”⁵⁹⁹.

Há que se observar que não é a paisagem virgem ou intocada, mas da paisagem que apresenta relação entre o lugar e o homem, o que este abrange com o olhar, e deve ser focalizada dentro dos contextos histórico, político-cultural e estético⁶⁰⁰.

Tal como o valor paisagístico, o valor ecológico que apresenta uma concepção ampla (na raiz que vem do grego *oikos* (casa) mais *logos* (estudo), isto é, estudo do ambiente, a casa em que o homem vive, é um valor relacionado à ecologia humana, ao ambiente, às relações entre os seres vivos e o meio onde vivem, bem como às suas influências recíprocas⁶⁰¹) está inserido no contexto de ser um patrimônio cultural quando nele repousar a valoração cultural vinculada à ação, à memória e à identidade do povo brasileiro, seja nacional ou regional.

O valor turístico “[...] refere-se ao interesse das pessoas em visitar determinado lugar, em função de suas belezas naturais ou resultantes da indústria humana, por puro prazer, por lazer, por interesse cultural, etc.”⁶⁰². Há que se ter a cautela na seleção desses bens como patrimônio cultural, visto que, em geral, eles são selecionados não por comporem a “[...] identidade nacional ou regional pela necessidade de preservação da memória, mas pelos caminhos que garantam rapidamente o retorno dos investimentos, ou, em prazos mais longos, o valor que pode vir a ser agregado a uma legenda partidária ou governo em questão”⁶⁰³.

A Lei n. 6.513 de 1977 define as áreas de valor e interesse turísticos no seu artigo 1º e incisos, estabelecendo, dentre outros, que são bens de valores histórico, artístico, arqueológico

⁵⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultural*, op. cit., p. 26.

⁵⁹⁸ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 36.

⁵⁹⁹ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei n. 9.605/08*, op. cit., p. 255.

⁶⁰⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, op. cit., p. 111-112.

⁶⁰¹ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei n. 9.605/08*, op. cit., p. 256.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 256.

⁶⁰³ AFONSO, Elvis Francisco. *Turismo e patrimônio cultural: cidadania e memória*, op. cit., p. 227.

ou pré-histórico (inciso I) as manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorram (inciso IV); as paisagens notáveis (inciso V)⁶⁰⁴.

Em relação ao valor artístico, tem-se que “Artístico: relativo às artes, sobretudo às belas-artes. Que foi trabalhado e executado com arte. Diz respeito às artes, às belas-artes, que tem relação com a produção das belas-artes [...]”⁶⁰⁵. Esse foi, ao lado do histórico, um dos primeiros valores de proteção ao patrimônio cultural, porém, deve ser feita a ressalva de que a obra de arte como valor de patrimônio cultural não pode considerar apenas o ponto de vista estético (que carrega muito subjetivismo). A arte é também o reflexo da problemática social e geral do seu tempo, enquanto um componente do sistema cultural a que pertence, evidenciando as preocupações do momento, portanto, as obras de arte constituem fonte de conhecimento da sociedade em que surgem, expressando as ideias e pensamentos desta⁶⁰⁶.

O valor histórico é o que mais desponta quanto se trata de patrimônio cultural, não apenas nas Convenções internacionais como na legislação e no conceito popular da sociedade. Inclusive em muitos textos normativos compõe o nome do gênero patrimônio cultural, como no Decreto-Lei n. 25/1937, que já inicia na sua ementa com “Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”.

O interesse histórico, em âmbito de patrimônio cultural, constitui uma das manifestações de valor cultural como referência à História em sentido estrito, ou seja, aos fatos públicos e políticos acontecidos no transcurso dos tempos⁶⁰⁷. Envolve, também, além dos fatos, as construções, edificações, monumentos, obras artísticas e até documentos (escritos e livros); é um valor imaterial, em que as obras ligadas à História (como cadeias e fortes) ou aos vultos históricos (como a casa onde nasceu Deodoro, em Alagoas) têm relevância como patrimônio cultural⁶⁰⁸.

Sobressalta o valor cultural entre as espécies. O termo cultura tem vasta amplitude, não podendo ser adotado em toda a sua extensão, estando vinculado aos ditames constitucionais de que sejam bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira; nesse sentido, ela não deixa de ser o próprio patrimônio cultural, na sua dimensão categorial. Há uma típica previsão redundante

⁶⁰⁴ BRASIL. Lei n. 6.513, de 30 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao artigo 2º da Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 22 set. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16513.htm. Acesso em: 5 fev. 2022.

⁶⁰⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sallles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 309.

⁶⁰⁶ LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 393.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 392-393.

⁶⁰⁸ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 38.

do legislador, ocasionada pela opção falha de tutelar o valor ao invés de utilizar o termo técnico-constitucional bem cultural⁶⁰⁹.

O valor religioso “[...] é o relativo à religião, às crenças e suas manifestações por meio da doutrina e ritual próprio, que envolvem em geral, preceitos éticos”⁶¹⁰. O valor religioso é considerado uma das grandes expressões do patrimônio cultural da humanidade, haja vista que se pode mapear um povo por meio de suas crenças registradas em seus monumentos religiosos.

Na Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, o valor arqueológico tem o conceito definido no artigo 2º: jazidas, sítios e inscrições rupestres. Esse artigo admite qualquer natureza, origem ou finalidade das jazidas, apenas exige que elas representem testemunhos da cultura dos paleoameríndios do Brasil, e cita como exemplos sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas na lei, mas de significado idêntico, a juízo da autoridade competente.

Dentro do grupo das inscrições rupestres estão também outros locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios. Os sítios estão divididos entre os que encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios, tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha e nos sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, ‘estações’ e ‘cerâmios’, nos quais se encontrem vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico.

O artigo 1º coloca-os sob a guarda e proteção do Poder Público. Entende-se por arqueologia a ciência que estuda, por processos de coleta e escavação, os costumes e culturas dos povos antigos, analisando materiais fósseis, artefatos, monumentos etc.⁶¹¹.

Diante disso, mesmo com a omissão legislativa, tem-se que a arqueologia classifica os sítios arqueológicos por duas fases, fase pré-histórica e fase histórica⁶¹², sendo que na primeira há os sambaquis⁶¹³, considerados um dos sítios mais relevantes em se tratando de patrimônio cultural⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 39.

⁶¹⁰ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei n. 9.605/08*, op. cit., p. 256.

⁶¹¹ ARQUEOLOGIA. In: DICIONÁRIO Enciclopédico Ilustrado: veja Larousse. São Paulo: Ed. Abril, 2006. v. 2. p. 211.

⁶¹² Fase pré-histórica envolve o período anterior à escrita e fase histórica alcança a da invenção da escrita. Porém no Brasil considera-se pré-histórico o período anterior ao descobrimento, referem-se à civilização indígena Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico (RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 2, n. 6, abr./jun. 1997. p. 116).

⁶¹³ “Sambaqui. Designação dada a antiqüíssimos depósitos, situados ora na costa, ora em lagoas ou rios do litoral, e formados de montões de conchas, restos de cozinha e de esqueletos amontoados por tribos selvagens que habitaram o litoral americano em época pré-histórica” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1544).

⁶¹⁴ RODRIGUES. *Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico*, op. cit., p. 116. O art. 6º da Lei estipula que as jazidas conhecidas como sambaquis, terão precedência para estudo e eventual aproveitamento, em conformidade com o Código de Minas.

Infelizmente, a Lei n. 3.924/61 não define o que é antiguidade, apenas proíbe a exportação de antiguidades e bens arqueológicos, no seu artigo 20, estipulando que todo objeto que apresente interesses arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico não poderá ser transferido para o exterior, sem licença expressa da autoridade competente. Com essa omissão, o serviço aduaneiro fica inoperante “[...] para pôr fim ao permanente saque deste tipo de bens, inúmeras vezes denunciado em reportagens, artigos e filmes nacionais”⁶¹⁵.

O valor etnográfico repousa nas manifestações culturais de povos antigos – língua, raça, costumes, restos do que representam a sua formação e sua cultura⁶¹⁶. Etnografia é o “estudo descritivo das diversas etnias, de suas características antropológicas, sociais etc.; registro descritivo da cultura material de um determinado povo”⁶¹⁷.

Em relação ao valor monumental, é um valor muito referenciado, quando se trata de patrimônio cultural, visto que remonta à memória de determinada comunidade. São bens erigidos para se garantir a lembrança de fato, personagem, local, valor, imagem para a posteridade⁶¹⁸.

Têm os monumentos ligação com os valores histórico, cultural, religioso, artístico, arqueológico; assim, no caso do artigo 63, o legislador visou na expressão monumental abranger outros valores sem esses característicos específicos, pois já estão também elencados no tipo⁶¹⁹.

O termo monumento está relacionado com o elemento construído, diferenciando-se dos sítios (que são locais) bem como de ruínas, documentos e obras de arte⁶²⁰.

Observa-se que “As ruínas e construções históricas, assim como a obra de arte de modo geral, são dotadas de uma historicidade inconsciente, no que se opõem ao monumento, premeditadamente criado a invocar o passado”⁶²¹. No conceito de ruína tem-se que ela “expressa os restos de um mundo que ‘já foi e já se foi’. Nessa medida, aproxima-se do documento, igualmente indicador do passado de modo não intencional”; ou seja, as ruínas, documentos e obras de arte não nascem de uma vontade direcionada a testemunhar algo

⁶¹⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*, op. cit., p. 131.

⁶¹⁶ SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001. p. 448.

⁶¹⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sallles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, op. cit., p. 1272.

⁶¹⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, op. cit., p. 47.

⁶¹⁹ SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*, op. cit., p. 448.

⁶²⁰ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 40-41.

⁶²¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, op. cit., p. 47.

historicamente relevante, embora se admita que, posteriormente, venham a contribuir na narrativa histórica⁶²².

Mas o monumento natural consiste em lugares ou objetos naturais que, por seu caráter único ou excepcionais interesses estético, valor histórico ou científico, busca-se incorporar a um regime de proteção absoluta. Nesse contexto e dentro da concepção da UNESCO apontada, o patrimônio natural, sem dissociar-se da cultura, faz parte do patrimônio cultural⁶²³.

Questão interessante é que os bens imóveis foram agrupados em três: em relação aos bens imóveis, pois as espécies foram agrupadas e divididas em três⁶²⁴: a) há os monumentos, considerados como tais, “[...] as obras arquitetônicas ou escultórias, pinturas, inscrições em cavernas, que adquirem presença monumental e que tenham especial valor arqueológico, histórico, artístico ou científico”; b) os conjuntos, “[...] que correspondem a grupos de construções que, por sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, têm especial valor histórico, artístico ou científico”; c) e os sítios, “[...] o que se relacionam com as zonas topográficas, obras conjuntas dos homens e da natureza, dotadas de especial beleza, e detentoras de valor arqueológico, histórico, etnológico ou antropológico”. Insta-se explicar que o termo *sítio* é mais amplo do que *jazidas*, pois abrange também a propriedade da superfície⁶²⁵.

Dois valores não foram previstos expressamente no tipo penal. Valores esses tão relevantes porque estão sujeitos a graves lesões ou perigos de lesões, que são os valores paleontológico e espeleológico.

Paleontologia é a ciência que estuda animais e vegetais fósseis⁶²⁶, portanto, o patrimônio paleontológico é aquele integrado pelos fósseis, que são restos de vestígios de seres vivos contidos em rochas sedimentares⁶²⁷.

A Constituição Federal incorpora expressamente o valor paleontológico como pertencente ao patrimônio cultural (artigo 216, V). Sua ausência no tipo penal é lastimável, visto que sua situação de proteção é estarrecedora no ordenamento jurídico.

Tem-se que o Decreto-Lei n. 4.146, de 4 de março de 1942 (ainda em vigor), somente menciona, em seu único artigo, que os depósitos fossilíferos são propriedades da União e que, para sua exploração, é necessária apenas autorização prévia do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Este departamento foi substituído pela Agência Nacional de

⁶²² MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, op. cit., p. 46-47.

⁶²³ SALGADO LEDESMA, Eréndira. *Hacia un concepto único de patrimonio cultural*, op. cit., p. 77.

⁶²⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*, op. cit., p. 136.

⁶²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, op. cit., p. 114.

⁶²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, op. cit., p. 1250.

⁶²⁷ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 41.

Mineração, que é uma autarquia federal, ligada ao Ministério de Minas e Energia. Isso permite se entender o motivo de esse patrimônio estar sendo depredado, pois ele é encontrado livremente e de fácil aquisição em feiras espalhadas pelo País: “[...] o legislador designa um órgão licenciador de atividades minerárias como responsável pela sua proteção, ou melhor, pelo seu abandono”⁶²⁸.

Quanto ao valor espeleológico, se se buscar o seu conceito na geografia, encontra-se que é o estudo da formação e constituição de grutas e cavernas naturais; e na biologia corresponde ao estudo dos organismos que vivem dentro das cavernas; “Espeleológico {significa} relativo a [sic] espeleologia; que vive em caverna (diz-se de um ser)”⁶²⁹.

O patrimônio cultural espeleológico, como mencionado anteriormente, são bens considerados da União e compõe o patrimônio nacional. Em 2022 foi publicado o Decreto n. 10.935, que dispõe sobre cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, considerando-as todo espaço subterrâneo acessível pelo ser humano, com ou sem abertura identificada, conhecido como caverna, gruta, lapa, toca, abismo, furna ou buraco, inclusive o seu ambiente, os conteúdos mineral e hídrico, a fauna e a flora presentes e o corpo rochoso onde se inserem, desde que tenham sido formados por processos naturais, independentemente de suas dimensões ou tipo de rocha encaixante (artigo 1º, parágrafo único)⁶³⁰. O artigo 12, do Decreto n. 10.935, revoga integralmente o Decreto n. 99.556, de 19.10.1990.

⁶²⁸ RODRIGUES, José Eduardo Ramos, *Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico*, op. cit., p. 119.

⁶²⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sallles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, op. cit., p. 1227.

⁶³⁰ BRASIL. Decreto n. 10.935, de 12 de janeiro de 2022. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1, Extra A, página 1. Brasília, DF, 12 jan. 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.935-de-12-de-janeiro-de-2022-373591582>. Acesso em: 4 fev. 2022. Em decisão monocrática, publicada em 25 de janeiro de 2022, o Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, no processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 935, com pedido de medida cautelar, cujo Requerente é a Rede Sustentabilidade, contra o Decreto 10.935/2022, editado pelo Presidente da República, manifesta que “Ao tratar desse tema, o Decreto atacado nesta ADPF, dentre outros aspectos negativos, permite que cavernas classificadas como de máxima relevância sofram impactos irreversíveis, desde que cumpridas algumas condições, a meu ver incompatíveis – dada a sua conspícua vagueza – com o imperativo de proteção desse patrimônio natural pertencente, não apenas aos brasileiros, mas a própria humanidade como um todo. [...] Acresce, ainda, que a proteção ao patrimônio cultural (artigo 216, V, da CF) também ostenta o caráter de um direito fundamental na vigente Carta Magna. [...] Em acréscimo, entendo que o perigo na demora processual decorre do fundado receio de danos irreparáveis relacionados à revogação de normas protetivas dos ecossistemas e da biodiversidade das cavidades naturais subterrâneas e à inclusão de dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que autorizam a exploração de cavernas com grau de relevância máxima, inclusive nos casos de impactos negativos irreversíveis.[...] Em conclusão, defiro parcialmente a cautelar para suspender, ad referendum do Plenário, até julgamento final, a eficácia dos arts. 4º, I, II, III e IV e 6º do Decreto n. 10.935/2022, de modo a propiciar a imediata retomada dos efeitos do então revogado artigo 3º do Decreto n. 99.556/1990, com a redação dada pelo Decreto n. 6.640/2008, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 935 MC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Processo Eletrônico DJe-012 Divulg 24/01/2022. Public 25/01/2022. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349422208&ext=.pdf> Acesso em: 13 fev. 2022). O caso estava em plenário virtual, quando o ministro Dias Toffoli, do STF, pediu vista e interrompeu julgamento (MIGALHAS. Toffoli suspende julgamento sobre empreendimentos em cavernas. *Migalhas*, 22 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/360244/toffoli-suspende-julgamento-sobre-empreendimentos-em-cavernas>. Acesso em: 28 fev. 2022).

O novo decreto, insensatamente, manteve a alteração feita pelo Decreto n. 6.640/2008⁶³¹ e altera a redação do artigo 1º, do Decreto n. 99.556, de 19.10.1990, que previa expressamente que as cavidades naturais subterrâneas constituem o patrimônio cultural brasileiro e, como tal, devem ser preservadas e conservadas de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica bem como atividades de cunhos espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo. O novo Decreto, n. 10.935/22, apenas menciona o artigo 1º que as cavidades subterrâneas deverão ser protegidas, mas retira o termo patrimônio cultural⁶³². Todavia, mesmo que o inciso V, do artigo 216, não tenha citado o valor espeleológico, defende-se que o rol constitucional é exemplificativo⁶³³ e, portanto, dentro da concepção do caput; o valor espeleológico é patrimônio cultural do povo brasileiro e deve ser protegido como tal.

Seguindo-se essa interpretação sistêmica do conceito constitucional de patrimônio cultural previsto no artigo 216, é possível se incluir os valores paleontológico e espeleológico dentro da proteção jurídico-penal, sempre que estes estiverem agregados às exigências constitucionais de serem “[...] portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”⁶³⁴. Assim, o valor paleontológico pode

⁶³¹ Esse Decreto n. 6.640/2008 estabeleceu a relevância das cavernas em graus: “Art. 2º A cavidade natural subterrânea será classificada de acordo com seu grau de relevância em máximo, alto, médio ou baixo, determinado pela análise de atributos ecológicos, biológicos, geológicos, hidrológicos, paleontológicos, cênicos, histórico-culturais e socioeconômicos, avaliados sob enfoque regional e local” (BRASIL. Decreto n. 6.640, de 7 de novembro de 2008. Dá nova redação aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º e acrescenta os arts. 5-A e 5-B ao Decreto no 99.556, de 1 de outubro de 1990, que dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 10 nov. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6640.htm. Acesso em: 12 fev. 2022. Essa redação foi mantida no artigo 2º do Decreto 10.935, de 2022).

⁶³² O art. 9º, § 2º, estabelece “O Ministério do Meio Ambiente, por meio do Instituto Chico Mendes, atuará no monitoramento e no aperfeiçoamento dos instrumentos relacionados ao controle e ao uso das cavidades naturais subterrâneas”. E o artigo 10, mantém a regra do Decreto anterior, estipulando que “As infrações ao disposto neste Decreto ficam sujeitas às penalidades previstas na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e em normas regulamentares, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL. Decreto n. 10.935, de 12 de janeiro de 2022. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 12 jan. 2022. Edição extra. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10-935-de-12-de-janeiro-de-2022-373591582>. Acesso em: 4 fev. 2022).

⁶³³ Vide: ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 95 (nota 375).

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 42.

ser inserido na expressão ‘valor cultural’⁶³⁵, bem como o valor espeleológico estar entre os bens de valor ecológico, eis porque são ecossistemas frágeis, raros e de grande relevância⁶³⁶.

O bem jurídico deve ser especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, sendo previsão de norma penal em branco⁶³⁷.

Há a presença do elemento normativo do tipo com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação, que repousa na expressão “sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”. Isso significa que, se houver a autorização, a conduta será lícita⁶³⁸.

Na estrutura subjetiva do tipo de injusto é um tipo doloso, que não exige nenhum outro elemento subjetivo especial do tipo e não há previsão da forma culposa.

Consuma-se o delito quando há a efetiva realização da conduta típica de alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local, sendo admissível a tentativa⁶³⁹.

A consequência jurídica do delito é o regime de reclusão, com pena de um a três anos, e multa. Admite-se, portanto, a suspensão condicional do processo; em virtude de a pena mínima ser igual a um ano; e a suspensão condicional da pena; em razão de a pena não ultrapassar o limite máximo de três anos.

O Código Penal Espanhol tem previsão similar no artigo 321, ao prever que os que derrubarem (o artigo 63 não traz este verbo) ou alterarem gravemente edifícios singularmente protegidos por seus valores histórico, artístico, cultural ou monumental serão punidos com prisão de seis meses a três anos, multa de 12 a 24 meses e, em qualquer caso, inhabilitação especial para profissão ou ofício por tempo de um a cinco anos. Os juízes ou tribunais poderão, motivadamente, em qualquer caso, ordenar que o autor do delito faça a reconstrução ou restauração da obra, sem prejuízo das indenizações devidas a terceiros⁶⁴⁰.

⁶³⁵ “*Cultural* – Na verdade, a expressão cultural abarca o que se entende por artístico, histórico, arqueológico e monumental. Com essas especificações restringe-se o que se entende por cultural, que é tudo o que é ligado à cultura, mas não está compreendido pelos demais. Assume aqui a função subsidiária de proteção [...]” (SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*, op. cit., p. 447).

⁶³⁶ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, op. cit., p. 38.

⁶³⁷ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 185.

⁶³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 287.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 290.

⁶⁴⁰ ESPANHA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, op. cit.

3.3.4 Artigo 64

Como dito, a Lei n. 9.605/98 inclui, na mesma Seção, a tutela ao patrimônio cultural e ao ordenamento urbano, ou seja, os artigos 64 e 65 mencionam crimes contra o ordenamento urbano, e os artigos 62 e 63, contra o patrimônio cultural⁶⁴¹.

O artigo 64⁶⁴², embora tenha uma estrutura muito próxima da do artigo 63, com previsão dos mesmos valores do patrimônio cultural e a presença do elemento normativo do tipo com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação (“sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”), o bem jurídico é o ordenamento urbano com ênfase conferida aos valores que referenciam ao patrimônio cultural.

Por isso é importante ater-se ao fato de que essa proteção da ordenação do território “não deve ser confundida com os valores que o tipo penal vincula à sua proteção”⁶⁴³, apenas que “A redação típica evidencia que pretendeu o legislador garantir a adequada utilização dos espaços territoriais, vedando usos incompatíveis ou nocivos a valores relevantes, pertinentes a proteção e preservação do ambiente e patrimônio cultural”⁶⁴⁴.

São inquestionáveis a conexão e interação entre os dois bens jurídicos, visto que a tutela da ordenação do território se faz em função do patrimônio cultural e de outros valores, porém isso não lhe retira a autonomia e a substantividade própria, dado o seu caráter multifacetado⁶⁴⁵.

O artigo 64 tem como objeto material o solo, e sobre ele recai o objeto da ação, que é a construção, tendo esse solo uma qualidade especial, que é ser “não edificável”, decorrente dos seus valores paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental. Todavia, os valores fazem referência a bens

⁶⁴¹ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*, op. cit., p. 195.

⁶⁴² “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” (BRASIL. *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*, op. cit.).

⁶⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 300.

⁶⁴⁴ COIMBRA, Mário; BUGALHO, Nelson R.; SOUZA, Gilson Sidney Amâncio. *Alguns Aspectos sobre a tutela penal da ordenação do território*, op. cit., p. 317.

⁶⁴⁵ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; MELLO NETO, Benedicto de Souza. Aspectos gerais da tutela penal da ordenação do território nas leis 9.766/79 e 9.605/98: autonomia do bem jurídico, ordenação do território. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v. 3, n. 1, p. 19-20, jan./jun. 2005.

culturais, mas não necessariamente o objeto material deverá ser um patrimônio cultural. O objeto material é o solo não edificável ou o seu entrono⁶⁴⁶.

E atenção: mesmo que “a construção seja realizada no interior de especialmente protegida, sem a devida autorização, encontra-se perfeitamente amoldada ao tipo penal em análise, pois tal área consubstancia *solo não edificável*”⁶⁴⁷. Por solo não edificável entende-se o “terreno onde não é permitida qualquer espécie de construção, alcançando as suas proximidades ou vizinhanças”; todavia, podem ser admitidas intervenções nessas áreas, de forma excepcional, “quando presentes, por exemplo, motivação caracterizadora de utilidade pública ou interesse social”⁶⁴⁸. Uma particularidade desse tipo penal é que abarca “[...] a ordenação do território em seu sentido mais amplo, aí abrangido também o urbanismo, e em função de valores ambientais e especialmente culturais”; e, como não há alusão específica ao ordenamento urbano, “áreas rurais ou de expansão urbanas estão aí também compreendidas”⁶⁴⁹.

Na estrutura do tipo o núcleo é promover, que significa realizar, dar causa, colocar trabalho, material e pessoas em ordem a construir⁶⁵⁰. Há a previsão de norma penal em branco. Entretanto, esta é decorrente da qualidade especial do solo de ser não edificável, que, para ser determinada essa característica, deve ser estipulada por lei, ato administrativo ou decisão judicial, conforme o caso⁶⁵¹.

O artigo contém o elemento normativo do tipo com referência a uma possível causa de justificação “sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”. Ou seja, para a realização do crime, não deve haver autorização da autoridade competente ou quando o ato é executado em desacordo com a autorização que foi concedida.

O tipo penal não apresenta a técnica da norma penal em branco que especifica que os bens que comportam esses valores devem ser protegidos por lei, ato administrativo ou decisão

⁶⁴⁶ SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*, op. cit., p. 292.

⁶⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 301.

⁶⁴⁸ COIMBRA, Mário; BUGALHO, Nelson R.; SOUZA, Gilson Sidney Amâncio. *Alguns Aspectos sobre a tutela penal da ordenação do território*, op. cit., p. 315; p. 317.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 315.

⁶⁵⁰ O crime de edificação proibida (artigo 64, da Lei n. 9.605/98) absorve o crime de destruição de vegetação (artigo 48 da mesma lei) quando a conduta do agente se realiza com o único intento de construir em local não edificável (STJ. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. REsp 1639723-PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 7/2/2017 – Info 597).

⁶⁵¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 301. Tem-se que a “A limitação é de construção em solo não edificável em razão de seu valor artístico, paisagístico, ecológico, turístico, cultural, religioso, etnográfico ou seu entorno”, portanto, “desnecessário dizer que deve haver um reconhecimento formal e oficial da existência dos valores presentes na norma”, e que “Sem o reconhecimento formal o tipo não se aperfeiçoa” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*, op. cit., p. 525).

judicial, instrumentos esses que diferenciam o patrimônio cultural. Na descrição do tipo somente são elencados alguns valores para a proteção: paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental.

O tipo subjetivo é o dolo, não havendo outro elemento subjetivo especial do injusto, bem como não há previsão da forma culposa.

Consuma-se o delito quando há a efetiva realização da conduta típica de promover construção em solo não edificável ou no seu entorno em razão dos valores legais e sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida, sendo passível de tentativa.

A sanção penal é o regime de detenção, de seis meses a um ano, e multa. Admite, portanto, a suspensão condicional do processo, em virtude de a pena mínima ser igual a um ano; e a suspensão condicional da pena; em razão de a pena não ultrapassar o limite máximo de três anos.

3.3.5 Artigo 65

Por fim, o artigo 65 prevê o delito de “Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano”, cuja consequência jurídica é detenção de três meses a um ano, e multa. E, no parágrafo 1º, prevê aumento de pena “Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico”, que passa a ser de seis meses a um ano de detenção, e multa.

Como mencionado, a tutela desse artigo não é o patrimônio cultural; o bem jurídico protegido é o ordenamento urbano, voltado para a integridade estética do patrimônio público ou particular⁶⁵². Mas, no parágrafo 1º, a proteção alcança indiretamente o patrimônio cultural no sentido de que institui o aumento de pena para a conduta realizada contra monumento ou coisa tombada que tenham valores artístico, arqueológico ou histórico, que são bens inclusos no conceito de patrimônio cultural⁶⁵³.

O objeto material do delito no artigo 65 é a edificação ou monumento urbano, públicos ou privados, e, no parágrafo 1º desse dispositivo, monumento ou coisa tombada em virtude dos seus valores artístico, arqueológico ou histórico. Lastima-se a restrição que incide no objeto material tanto no artigo 65 como no seu parágrafo 1º, tendo amparo o patrimônio cultural que for tombado localizado em áreas urbanas, excluído em zona urbana (*caput*), ou

⁶⁵² ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei n. 9.605/08*, op. cit., p. 26.

⁶⁵³ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 163.

urbano que seja monumento ou coisa, que se enquadre em uma destes três valores previstos: artístico, arqueológico ou histórico⁶⁵⁴.

Na estrutura do tipo objetivo do núcleo, dois verbos compõem este: pichar (corresponde a pintar, deixando marcas, sinais, escritos, figuras, com tinta ou *spray*) ou por outro meio conspurcar (corromper, macular, sujar). Permite a interpretação analógica ao prever “ou por qualquer outro meio”, trazendo, ao dispositivo, maior abrangência para tutela ao combater por qualquer outra forma que possa sujar, macular o bem jurídico. Comunga-se da crítica de que o verbo conspurcar “é inexpressivo e pernóstico”, defendendo ser bem mais adequado o termo “poluição visual”, por exprimir melhor a desfiguração da paisagem urbana⁶⁵⁵.

Vale se mencionar que o artigo 65 passou por uma importante alteração, corrigindo a previsão da primeira redação que incluía, entre as condutas, o ato de grafitar. Esse verbo foi excluído do *caput*, pelo artigo 6º, da Lei n. 12.408/2011.

Este artigo também acrescentou o parágrafo 2º que exclui a grafiteagem do ilícito penal, prevendo expressamente que “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, ainda, “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”⁶⁵⁶.

O ato de grafitar é considerado expressão artística tipicamente urbana, portanto, há “excludente de ilicitude penal quando realizada com finalidade artística e mediante a devida autorização de quem de direito”⁶⁵⁷.

Uma crítica à previsão do parágrafo 2º (adicionado ao artigo 65) vem no sentido de ser totalmente desnecessária sua inclusão no texto legal, visto que o verbo grafitar foi suprimido do *caput*, então, não há que se falar em crime de grafite em hipótese alguma – “Para que permanecesse o crime relacionado ao grafite, bastava incluir a ressalva levada a efeito no § 2º

⁶⁵⁴ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 163.

⁶⁵⁵ MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito penal ambiental*, op. cit., p. 161.

⁶⁵⁶ BRASIL. Lei n. 12.408, de 25 de maio de 2011. Altera o art. 65 da Lei n. 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. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 26 maio 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112408.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.408%2C%20DE%2025,de%2018%20\(dezoito\)%20anos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112408.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.408%2C%20DE%2025,de%2018%20(dezoito)%20anos). Acesso em: 20 fev. 2022.

⁶⁵⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*, op. cit., p. 528.

do artigo 65, sem se fazer a supressão do termo ‘grafitar’ eu constava no *caput*. O que, aliás, nos parece mais adequado”⁶⁵⁸.

Além da crítica à falta de técnica legislativa, aponta-se que a ressalva do tipo penal condiciona a intenção do autor de valorizar o patrimônio público ou privado, mas, “Salvo melhor juízo, e as raras exceções, todo e qualquer grafite constituiria crime, pois, a rigor, o seu autor pretende sempre a sua exposição, a sua autopromoção, nunca a valorização do muro alheio”⁶⁵⁹.

Por fim, tem-se um retrocesso. Na nova redação, as diferenças entre o grafite da pichação “[...] ficaram relegadas não à arte, ao belo, mas sim à existência ou não de autorização para a sua feitura, o que proporcionará pichações sem ofensa à lei e também belos desenhos criminosos, conforme exista ou não autorização para sua feitura”⁶⁶⁰.

O tipo subjetivo do injusto é doloso, que não exige nenhum outro elemento subjetivo especial do tipo e não há previsão da forma culposa.

Consuma-se o delito quando há a efetiva realização da conduta típica de pichar ou conspurcar o bem jurídico protegido, sendo passível de tentativa⁶⁶¹.

Há a previsão da forma qualificada no parágrafo 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”⁶⁶².

Entende-se por monumento a estátua, bustos, memoriais, públicos ou particulares⁶⁶³. O tombamento é o ato administrativo⁶⁶⁴, impedindo a destruição ou descaracterização do patrimônio cultural mediante inscrição em Livro do Tombo (Decreto-Lei n. 25/1937).

Lastimável que, mesmo com as alterações ocorridas pela Lei n. 12408/2011, ainda permaneceu no artigo 65 o retrocesso de considerar apenas monumento ou coisa tombada. Ficam, dessa forma, sem proteção contra essas condutas de pichar ou por outro meio conspurcar, bens protegidos por outras formas de proteção que não seja o tombamento. De

⁶⁵⁸ MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito penal ambiental*, op. cit., p. 160.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 160.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 160.

⁶⁶¹ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 181.

⁶⁶² BRASIL. *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*, op. cit.

⁶⁶³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*, op. cit., 2019, p. 291.

⁶⁶⁴ “O tombamento é o ato administrativo posto ao dispor do Poder Público para a efetiva proteção do patrimônio cultural e natural do País, cujo efeito precípua é transformar em interesse jurídico o valor contido na coisa” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*, op. cit., p. 1211).

igual maneira, estão excluídos outros valores do patrimônio cultural, restando proteção apenas para os bens que têm valores artístico, arqueológico ou histórico (§ 1º)⁶⁶⁵.

A técnica da norma penal em branco está presente no parágrafo 1º, do artigo 65, visto ser necessário que lei ou o ato administrativo indique o monumento ou a coisa tombada em virtude de seus valores artístico, arqueológico ou histórico⁶⁶⁶.

A consequência jurídica do delito é estipulada como detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, para a conduta do artigo 65, *caput*; e, para a forma qualificada do parágrafo 1º, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, e multa. Sugere-se que seria mais eficaz se os magistrados aplicassem a pena alternativa de limpar a sujeira, às suas próprias expensas, o crime diminuiria e seria um benefício para a coletividade que teria a cidade limpa. Vale se lembrar que os pichadores, se podem gastar com o *spray*, que é caro e usado em grande quantidade, podem adquirir o material para limpar a pichação⁶⁶⁷.

Em relação aos crimes acima mencionados, aplica-se a regra expressa do artigo 26, da Lei n. 9.605/98, o qual estabelece que a ação penal é pública incondicionada.

Quanto à competência, esta será da Justiça Federal, se o bem jurídico pertencer à União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (em atenção ao artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal), sendo que, nas demais hipóteses, a competência será residual da Justiça Estadual⁶⁶⁸. Portanto, quando o patrimônio cultural tutelado nos artigos 62 a 65 da Lei n. 9.605/98 tiver sido tombado ou protegido por ato administrativo, por decisão judicial ou lei federal, a competência será da Justiça Federal; nas demais hipóteses, competem à Justiça Estadual⁶⁶⁹. Assim, as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos são considerados bens da União e patrimônio nacional, portanto, “impondo-se à Justiça Federal a competência para o julgamento dos mesmos, na forma do art. 109, IV, da CF/88”⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., 2009, p. 192.

⁶⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 291.

⁶⁶⁷ MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito penal ambiental*, op. cit., p. 160.

⁶⁶⁸ MAFRA, Cibele Benevides Guedes. O processo penal e a lei dos crimes ambientais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, v. 2, n. 30, jun. 1999. p. 32. E ainda: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 150-151; p. 290.

⁶⁶⁹ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 204-208.

⁶⁷⁰ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro*, op. cit., p. 284. Sobre as cavernas, vale citar o Decreto n. 10.935, de 12 de janeiro de 2022, qual dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, que embora polêmico, prevê: “Art. 9º A União, por meio do Ibama e do Instituto Chico Mendes, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm a competência comum de preservar, conservar, fiscalizar e controlar o uso do patrimônio espeleológico brasileiro e fomentar levantamentos, estudos e pesquisas que possibilitem ampliar o conhecimento sobre as cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, nos termos do disposto no art. 23 da Constituição”. E mantém: “Art. 10. As infrações ao disposto neste Decreto ficam sujeitas às penalidades previstas na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e em normas regulamentares, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL. *Decreto n. 10.935, de 12 de janeiro de 2022*, op. cit.).

No parágrafo único, do artigo 62, é um delito de pequena gravidade⁶⁷¹. A competência será do Juizado Especial Criminal e passível de transação penal⁶⁷², o qual deverá obedecer aos critérios da lei ambiental. Segundo o artigo 27, da Lei n. 9.605/98, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou de multa, prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, somente poderá ser formulada desde que haja prévia composição do dano ambiental, a não ser que ocorra comprovada impossibilidade de composição desse dano. Por fim, “Tratando-se de crime que deixa vestígios, faz-se necessário [sic] a perícia. O exame realizado na ação civil pública poderá ser aproveitado”⁶⁷³.

Em suma, tem-se o panorama do desenvolvimento e proteção penal do bem jurídico patrimônio cultural no ordenamento jurídico nacional, comparando-o com a tutela jurídico-penal em outras legislações estrangeiras. Em face do exposto, observa-se a omissão legislativa em relação ao tráfico ilícito de bem cultural⁶⁷⁴ na legislação penal brasileira.

⁶⁷¹ “Por força da Lei n. 10.259/01, que instituiu o Juizado Especial Criminal no âmbito da Justiça Federal, os crimes com penas até dois anos ou multa foram considerados de menor potencial ofensivo e seu julgamento passou a ser destes Juizados Criminais (conforme prescreve o artigo 2º, parágrafo único). Desta forma foi revogado, tacitamente, o que dispunha o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, que considerava crimes de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cujas penas não ultrapassassem um ano de detenção, excetuados os casos em que a lei previsse procedimento especial” (ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 207).

⁶⁷² CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada: artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*, op. cit., p. 106.

⁶⁷³ MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito penal ambiental*, op. cit., p. 158.

⁶⁷⁴ BROLLO, Sílvia Regina Salau. *Tutela jurídica do meio ambiente cultural: proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais materiais*, op. cit., p. 96. Em sua dissertação, a autora faz uma análise superficial dos tipos penais previstos na Lei n. 9605/98 e do artigo 334, parágrafo 1º, b, do Código Penal (antes da alteração dada pela Lei n. 13008/2014 e apenas aponta a omissão legislativa de proteção contra o tráfico ilícito dos bens culturais materiais, mas não traz nenhuma proposta de alteração ou sugestão de tutela específica.

4 TRÁFICO ILÍCITO DE BEM CULTURAL

4.1 CONVENÇÃO DO UNIDROIT SOBRE BENS CULTURAIS FURTADOS OU ILICITAMENTE EXPORTADOS

Segundo a própria UNESCO⁶⁷⁵, foi em 1950 que começaram as movimentações contra o aumento das pilhagens a sítios arqueológicos e o desmantelamento de monumentos antigos, porém foi somente com o término da Segunda Guerra Mundial que o problema do tráfico ilícito de bens culturais ganhou força, pois jovens Estados começam a se mobilizar para recuperar os elementos de seu patrimônio cultural preservados em museus dos antigos países colonizadores.

A Convenção de 1970 é o primeiro instrumento jurídico internacional para a proteção de bens culturais em tempos de paz relativa às medidas a serem adotadas para se proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas dos bens culturais, a qual é aprovada em 1970, na Conferência Geral da UNESCO, e entra em vigor em 24 de abril de 1972.

O compromisso dos Estados signatários é no sentido de adotar medidas de proteção em seus territórios, como a criação de inventários nacionais e unidades policiais especializadas, para controlar a circulação de bens culturais⁶⁷⁶ – em especial, a sua importação ilícita – e devolver os bens culturais furtados.

Passados seis anos, em 1978, é formado o comitê intergovernamental⁶⁷⁷ para promover o retorno de bens culturais a seus países de origem ou sua restituição, em caso de apropriação ilícita, de bens culturais perdidos ou saqueados, especialmente para casos ocorridos antes da entrada em vigor da Convenção de 1970, pois esta não tem efeito retroativo.

⁶⁷⁵ UNESCO. Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. Uma convenção pioneira. *Correio da Unesco*, 12 out. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/uma-convencao-pioneira>. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁶⁷⁶ “Com referência ao patrimônio cultural, o interesse público a ser protegido certamente não é garantir o comércio, mas sim proporcionar uma conservação e proteção adequadas” (MAGRI, Geo. Bens culturais e aquisição *a non domino*. *Cultural assets and a non domino acquisition*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 327-359, jan./mar. 2019).

⁶⁷⁷ *Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation* – ICPRCP.

Para suprimir a lacuna dessa Convenção de 1970, é aprovada a Convenção do UNIDROIT⁶⁷⁸ sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995 (promulgada no Brasil pelo Decreto n. 3.166, de 14/09/1999)⁶⁷⁹.

A aflição dos Estados Membros desponta no preâmbulo da Convenção quando mencionam que estão “Profundamente preocupados com o tráfico ilícito de bens culturais e com os danos irreparáveis que frequentemente dele decorrem [...]”, e lastimam “[...] em especial a pilhagem dos sítios arqueológicos e a perda de informações arqueológicas, históricas e científicas insubstituíveis que disso resulta”⁶⁸⁰.

Os Estados Partes deixam claro que estão “Determinados a contribuir eficazmente para a luta contra o tráfico ilícito de bens culturais, estabelecendo um conjunto mínimo de regras jurídicas comuns para os efeitos da restituição e do retorno dos bens culturais entre os Estados Contratantes”, mas afirmam que as disposições adotadas para o futuro, a partir da Convenção, não constituem, de modo algum, uma aprovação ou uma legitimação de qualquer tráfico ilícito havido antes de sua entrada em vigor⁶⁸¹.

O objetivo é facilitar a restituição e o retorno dos bens culturais, com o uso de alguns mecanismos, tais como indenização, necessários a se assegurar a restituição e o retorno do patrimônio cultural⁶⁸².

Essa Convenção é, assim, um marco na proteção contra o tráfico ilícito de bem cultural, pois até então não havia previsão legal que garantisse o retorno das peças ilicitamente transferidas para o exterior. Essa avança porque abrange todos os bens culturais furtados, incluindo itens que não foram inventariados e declarados, como previsto no seu campo de ação e definição, previsto no artigo 1º⁶⁸³.

⁶⁷⁸ Como já exposto no primeiro capítulo, UNIDROIT é a sigla para o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, que é uma organização intergovernamental independente que congrega 56 países, inclusive o Brasil, criada em 1926, pela Liga de Nações. Seu trabalho unificador não se restringe a relações exclusivamente privadas, mas estende-se aos danos causados na esfera pública por atos privados, como é o caso da remessa ilegal de bens culturais a países outros que o detentor daquele patrimônio, objeto da Convenção de Roma de 1995 (SILVA NETO, Orlando Celso da. *Breve notícia sobre a ratificação pelo Brasil da Convenção da Unidroit sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995, op. cit.*, p. 37-38).

⁶⁷⁹ BRASIL. *Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999, op. cit.* Há países importantes para o mercado dos bens culturais que infelizmente não aderiram a Convenção, como: Estados Unidos, Suíça, Japão, Grã-Bretanha, a Áustria e a Alemanha (TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais, op. cit.*, p. 91).

⁶⁸⁰ BRASIL. *Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999, op. cit.*

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ “Capítulo I. Campo da Ação e Definição. Artigo Primeiro. A presente Convenção se aplica a solicitações de caráter internacional: a) de restituição de bens culturais furtados; b) de retorno de bens culturais deslocados do território de um Estado Contratante em violação a sua legislação interna relativa à exportação de bens culturais, com vistas a proteger seu patrimônio cultural (de agora em diante denominados ‘bens culturais ilicitamente exportados’)” (BRASIL. *Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999, op. cit.*).

O artigo 2º, da Convenção do UNIDROIT, traz a definição de bens culturais, com valoração além da questão econômica, mas vistos como importantes pelos Estados, considerando os bens religiosos ou profanos que apresentam importância para a arqueologia, a pré-história, a História, a literatura, a arte ou a ciência, sendo que tais bens devem pertencer a uma das categorias previstas no Anexo da Convenção⁶⁸⁴.

A Convenção do UNIDROIT separa, em capítulos distintos, os bens culturais furtados dos bens culturais ilicitamente exportados, sendo que “Tal distinção se justifica pelo fato de ser o furto ou roubo um crime reconhecido em todas as legislações, enquanto a exportação ilícita não é considerada delito em vários países⁶⁸⁵”.

Inicia com o patrimônio cultural furtado, no Capítulo II, artigos 3º e 4º. O artigo 3º é enfático no parágrafo 1º: “O possuidor de um bem cultural furtado deve restituí-lo”, e, dessa forma, não faz qualquer diferenciação entre o possuidor de boa-fé⁶⁸⁶ ou o de má-fé, visto que a finalidade da Convenção é a restituição dos bens culturais ao seu devido Estado. São equiparados aos bens culturais furtados, os bens obtidos por meio das escavações ilícitas ou de escavações, mas ilicitamente retidos, se isso for compatível com o ordenamento jurídico do Estado onde as referidas escavações tenham tido lugar (§ 2º).

É um artigo bem controvertido, sob a argumentação de que há motivos legítimos para não serem aceitas todas as declarações de propriedade. Com a regra do artigo 18 que não permite nenhuma declaração de reserva além das que são autorizadas expressamente pela Convenção, não se tem como contemplar essa possibilidade em relação às propriedades declaradas⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ “Anexo: a) Coleções e espécimes raros de zoologia, botânica, mineralogia, anatomia, objetos que tenham interesse paleontológico; b) Os bens que digam respeito à história, inclusive à história das ciências e da técnica, à história militar e social, bem como à vida dos dirigentes, pensadores, sábios e artistas nacionais, e dos fatos de importância nacional; c) O produto de escavações arqueológicas (regulares e clandestinas), e de descobertas arqueológicas; d) Os elementos provenientes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de sítios arqueológicos; e) Objetos de antiguidade tendo mais de cem anos de idade, tais como inscrições, moedas e selos gravados; f) O material etnológico; g) Os bens de interesse artístico, tais como: i) Quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente à mão, sobre qualquer base e em todos os materiais (exceto os desenhos industriais e os artigos manufaturados à mão); ii) Produções originais da arte da estatuária e da escultura, em todos os materiais; iii) Gravuras, estampas e litografias originais; iv) Agrupamentos e montagens artísticas originais em todos os materiais; h) Manuscritos raros e iconografia, livros antigos, documentos e publicações de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário, etc.), isolados ou em coleções; i) Estampilhas postais, estampilhas fiscais e artigos análogos, isolados ou em coleções; j) Arquivos, inclusive os arquivos fonográficos, fotográficos e cinematográficos; k) Objetos de mobiliário com mais de cem anos de idade e instrumentos musicais antigos” (*Ibid.*).

⁶⁸⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. *A proteção internacional dos bens culturais: uma nova perspectiva*, op. cit., p. 367.

⁶⁸⁶ Sobre o possuidor de boa fé, vide: MAGRI, Geo. Bens culturais e aquisição *a non domino*, op. cit.

⁶⁸⁷ TÓTOLA, Ana Luíza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 91.

No Brasil, o patrimônio arqueológico é parte integrante do patrimônio cultural, conforme o artigo 216, da Constituição Federal em vigor, sendo que a Lei n. 3.924/1961⁶⁸⁸ define e protege os bens de natureza material de valor arqueológico, prevendo que todos os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que nele se encontrem fiquem sob a guarda e proteção do Poder Público (artigo 1º), considerando todas as jazidas arqueológicas ou pré-históricas como bens patrimoniais da União (artigo 7º).

E, ainda, o legislador, preocupado com sua remessa ao exterior⁶⁸⁹, estipula que nenhum objeto de interesse arqueológico ou pré-histórico, além dos numismáticos ou artísticos, poderá ser transferido sem licença expressa da autoridade competente e nesta deverá constar a especificação dos objetos a serem transferidos para o exterior (artigo 20). Se não for observada essa prescrição, isso implica em apreensão sumária do bem (artigo 21), sem prejuízo das cominações legais de responsabilidade. Como sanção penal para seus infratores, a lei menciona os artigos 163 a 167, do Código Penal (artigo 29).

Retomando-se, na Convenção do UNIDROIT, o artigo 3º ainda prevê o prazo de três anos para se solicitar a restituição do bem, contados do momento em que se tem conhecimento do lugar onde esse bem se encontra e se sabe a identidade do possuidor, e, em qualquer caso, dentro de um prazo de 50 anos a partir do momento do furto (§ 3º⁶⁹⁰).

Para um bem cultural que constitua parte integrante de um monumento ou de um sítio arqueológico identificado ou que faça parte de uma coleção pública⁶⁹¹, sua restituição não se submete a qualquer prazo de prescrição, exceto o prazo de três anos contados a partir do

⁶⁸⁸ BRASIL. Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961. Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 28 jul. 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3924.htm. Acesso em: 4 jan. 2022. Vale se lembrar que, no Brasil, tem-se a Lei n. 5.471/1968, que dispõe sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros, e, no seu artigo 1º, proíbe a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX, como apontado no capítulo III deste estudo.

⁶⁸⁹ Percebe-se que o legislador de 1961 já tinha a preocupação prevista na Convenção de 1970.

⁶⁹⁰ “3. Qualquer solicitação de restituição deve ser apresentada dentro de um prazo de três anos a partir do momento em que o solicitante toma conhecimento do lugar onde se encontra o bem cultural e da identidade do possuidor, e, em qualquer caso, dentro de um prazo de cinquenta anos a partir do momento do furto” (BRASIL. *Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, op. cit.*).

⁶⁹¹ O parágrafo 7º do artigo 2º define coleção pública como: “[...] todo conjunto de bens culturais inventariados ou identificados de outra forma, pertencentes a: a) um Estado Contratante; b) uma coletividade regional ou local de um Estado Contratante; c) uma instituição religiosa situada num Estado Contratante, ou; d) uma instituição estabelecida, com fins estritamente culturais, pedagógicos ou científicos, num Estado Contratante, e reconhecida no referido Estado como de interesse público”. E no parágrafo 8º: “Ademais, a ação de restituição de um bem cultural sacro, ou que se revista de uma importância coletiva, pertencente a e utilizado por uma comunidade autóctone ou tribal num Estado Contratante, para o uso tradicional ou ritual da referida comunidade, submete-se ao prazo prescricional aplicável às coleções públicas”, ou seja, não se submete a qualquer prazo de prescrição, exceto o prazo de três anos contados a partir do momento em que o solicitante tomou conhecimento do lugar onde se encontrava o bem cultural, e da identidade do possuidor (§ 4º) (*Ibid.*).

momento em que o solicitante tomou conhecimento do lugar onde se encontrava o bem cultural e da identidade do possuidor (§ 4º⁶⁹²).

Inobstante as disposições acima, o parágrafo 5º⁶⁹³, desse artigo 3 em comento, prevê, também, para esses bens integrantes de um monumento ou de um sítio arqueológico identificado ou que faça parte de uma coleção pública, que qualquer Estado Contratante pode declarar que uma ação prescreve em um prazo de 75 anos⁶⁹⁴ ou em um prazo mais longo previsto em seu ordenamento jurídico (o que não é o caso do Brasil).

Ainda continua o parágrafo 5º que “Uma ação, iniciada num outro Estado Contratante com vistas à restituição de um bem cultural deslocado de um monumento, de um sítio arqueológico ou de uma coleção pública situados num Estado Contratante que faça uma declaração dessa natureza, também prescreve no mesmo prazo”⁶⁹⁵. Essa declaração deve ser feita no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão (§ 6º⁶⁹⁶).

Ademais, a Convenção admite que a prescrição ocorra em 75 (setenta e cinco anos) para os bens culturais furtados, ficando de fora de seu âmbito determinados períodos históricos caracterizados por intensa atividade de exportação ilícita, tais como as descobertas realizadas no Egito no final do século XIX e início do século XX, dentre outras⁶⁹⁷.

Em relação ao possuidor de boa-fé⁶⁹⁸, o artigo 4º, considerando-o aquele que não sabia ou razoavelmente deveria saber que o bem era furtado, para socorrê-lo, prevê, para ele, o

⁶⁹² “4. Entretanto, a ação para a restituição de um bem cultural que constitua parte integrante de um monumento ou de um sítio arqueológico identificados, ou que faça parte de uma coleção pública, não se submete a qualquer prazo de prescrição, senão o prazo de três anos a partir do momento em que o solicitante tomou conhecimento do lugar onde se encontrava o bem cultural, e da identidade do possuidor” (*Ibid.*).

⁶⁹³ “5. Não obstante as disposições do parágrafo anterior, qualquer Estado Contratante pode declarar que uma ação prescreve num prazo de 75 anos ou num prazo mais longo previsto em seu ordenamento jurídico. Uma ação, iniciada num outro Estado Contratante com vistas à restituição de um bem cultural deslocado de um monumento, de um sítio arqueológico ou de uma coleção pública situados num Estado Contratante que faça uma declaração dessa natureza, também prescreve no mesmo prazo” (*Ibid.*).

⁶⁹⁴ “A controvérsia quanto à prescrição se explica pela grande variedade de prazos observados nas legislações nacionais e por possuir tal instituto um papel de grande importância em se tratando de aquisição de bens culturais, por proteger o adquirente contra o proprietário e, consequentemente, conferir segurança aos negócios jurídicos internacionais” (LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. *A proteção internacional dos bens culturais: uma nova perspectiva*, op. cit., p. 3).

⁶⁹⁵ BRASIL. Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, op. cit.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ SILVA NETO, Orlando Celso da. Breve notícia sobre a ratificação pelo Brasil da Convenção da UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, v. 4, n. 3, jun. 2000. p. 39.

⁶⁹⁸ O parágrafo 4º, do artigo 4, exige que, “Para determinar se o possuidor procedeu às diligências cabíveis, levar-se-ão em conta todas as circunstâncias da aquisição, em especial a qualificação das Partes, o preço pago, a consulta por parte do possuidor a todos os registros relativos a bens culturais furtados de acesso razoável, e qualquer outra informação ou documentação pertinentes que ele pudesse ter razoavelmente obtido, e a consulta a organismos aos quais ele poderia ter tido acesso, bem como qualquer outra providência que uma pessoa razoável teria tomado nas mesmas circunstâncias” (BRASIL. Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, op. cit.).

direito à indenização equitativa⁶⁹⁹ no momento da restituição, desde que ele possa provar ter procedido às diligências cabíveis no momento da aquisição (§ 1º).

Destaca o texto que são necessários esforços razoáveis para que a indenização seja paga por quem fez a transferência do bem cultural, ou qualquer outro cedente, sem que isso acarrete prejuízo ao possuidor de boa-fé e respeitada a legislação do Estado no qual a solicitação for apresentada (§ 2º). Se o Estado solicitante pagar a indenização, tem o direito de reclamar o reembolso a quem deveria ter pago (§ 3º)⁷⁰⁰.

Nas disposições gerais, a Convenção estipula, no artigo 10, que suas disposições se aplicam a um bem cultural que tenha sido furtado após a sua entrada em vigor com respeito ao Estado em que a solicitação é apresentada, sob as seguintes reservas: a) o bem tenha sido furtado no território de um Estado Contratante após a entrada em vigor da Convenção com respeito àquele Estado; ou b) o bem se encontre em um Estado Contratante após a entrada em vigor da Convenção com respeito àquele Estado.

Para o retorno do bem cultural ilicitamente exportado, a temática está contemplada na Convenção, no Capítulo III, artigos 5, 6 e 7.

Os parágrafos 1º e 2º, do artigo 5, fazem a diferenciação entre o bem cultural que deve retornar porque foi ilicitamente exportado para o território de outro Estado⁷⁰¹ do bem cultural que foi exportado temporariamente dentro das regras de autorização de sua legislação, para fins de exposição, de pesquisa ou de restauração, e que não foi retornado em conformidade com os termos daquela autorização, reputando-se ter sido ilicitamente exportado⁷⁰².

Esses bens somente serão restituídos se a exportação tiver causado prejuízo significativo ao patrimônio do Estado, dentro dos interesses elencados⁷⁰³, tendo assegurado o

⁶⁹⁹ No parágrafo 5º, do artigo 4, estabelece: “O possuidor não se pode beneficiar de um estatuto mais favorável do que aquele da pessoa de quem adquiriu o bem cultural por herança ou de outra maneira, a título gracioso” (*Ibid.*).

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ Artigo 5. “1. Um Estado Contratante pode requerer ao tribunal ou a qualquer outra autoridade competente de um outro Estado Contratante que determine o retorno de um bem cultural ilicitamente exportado do território do Estado requerente” (*Ibid.*).

⁷⁰² Artigo 5. “2. Um bem cultural exportado temporariamente do território do Estado requerente, principalmente para fins de exposição, de pesquisa ou de restauração, em virtude de uma autorização exarada segundo a sua legislação relativa às exportações de bens culturais, com vistas a proteger o seu patrimônio cultural, e que não foi retornado em conformidade com os termos daquela autorização, reputa-se ter sido ilicitamente exportado” (*Ibid.*).

⁷⁰³ Artigo 5. “3. O tribunal ou qualquer outra autoridade competente do Estado requerido determina o retorno do bem cultural uma vez que o Estado requerente estabelece que a exportação do bem representa um prejuízo significativo para qualquer um dos interesses a seguir relacionados: a) a conservação material do bem ou de seu contexto; b) a integridade de um bem complexo; c) a conservação da informação, principalmente de natureza científica ou histórica, relativa ao bem; d) o uso tradicional ou ritual do bem por parte de uma comunidade autóctone ou tribal, ou estabelece que o bem se reveste para ele de uma importância cultural significativa” (*Ibid.*).

seu retorno (§ 3º). Assim, a principal e notável inovação trazida pelo artigo 5º. é a que se refere ao reconhecimento e aplicação do direito público estrangeiro⁷⁰⁴. Nesse aspecto, a Convenção segue uma tendência moderna que, “[...] apesar de politicamente delicada por dizer respeito à noção de ordem pública, constitui um instrumento importante na luta contra o tráfico ilícito de bens culturais”. Além do mais, “[...] o caráter multidisciplinar dessa matéria justifica e facilita a adoção da ordem pública estrangeira para a efetiva proteção internacional dos bens culturais”.⁷⁰⁵

Interessante se pontuar que os mesmos prazos fixados para o caso de furto são previstos para a situação do bem cultural ilicitamente exportado, com suas especificidades.

Os prazos estão previstos no parágrafo 5º, que estatui que a solicitação de retorno do bem cultural deve ser apresentada dentro de um prazo de três anos, a partir do momento em que o Estado requerente toma conhecimento do lugar onde se encontra o bem cultural e da identidade do possuidor; em qualquer caso, em um prazo de 50 anos, a partir da data da exportação ou da data na qual o bem deveria ter sido retornado em virtude da autorização prevista pela autoridade do Estado requerente.

Tal como no bem furtado, o possuidor de boa-fé (não tenha sabido, ou razoavelmente devido saber, no momento da aquisição, que o bem havia sido ilicitamente exportado) também tem direito à indenização equitativa, conforme previsto no artigo 6º, devendo esta ser paga pelo Estado requerente.

As circunstâncias de aquisição, em especial, a falta de certificado de exportação⁷⁰⁶ previsto na legislação do Estado requerente, determinarão se o possuidor sabia ou deveria saber que o bem foi ilicitamente exportado (§ 2º).

Há a proposta de acordo entre o Estado requerente e o possuidor, que, em vez da indenização, poderá ser decidido que o bem cultural permaneça com o proprietário do bem ou que seja feita a transferência da propriedade do bem, a título oneroso ou gracioso, à pessoa de sua escolha, residente no Estado requerente e que apresente as necessárias garantias (§ 3º).

Vale se destacar que as despesas decorrentes do retorno do bem cultural são de incumbência do Estado requerente, sem prejuízo para seu direito de fazer-se reembolsar das despesas por outra pessoa (§ 4º). E, ainda, para fins de indenização, “O possuidor não se pode

⁷⁰⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. *A proteção internacional dos bens culturais: uma nova perspectiva*, op. cit., p. 4.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁰⁶ O certificado de exportação é uma medida de difícil aplicação para muitos países em desenvolvimento que não possuem a estrutura necessária (TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 86).

beneficiar de um estatuto mais favorável do que aquele da pessoa de quem tenha adquirido o bem por herança ou por outro meio gracioso” (§ 5º).

A Convenção ressalva, no artigo 7º, parágrafo 1º, que não são considerados bens ilicitamente exportados no momento em que o retorno é solicitado; e, ainda, quando o bem tenha sido exportado durante a vida de uma pessoa que o tenha criado⁷⁰⁷, ou no curso de um período de 50 anos após o falecimento dessa pessoa. Nessa segunda hipótese, há a ressalva do parágrafo 2º de que, se o bem cultural tiver sido criado por membro ou membros de uma comunidade autóctone ou tribal⁷⁰⁸, para uso tradicional ou ritual daquela comunidade, e que o bem deva ser retornado àquela comunidade, será considerado exportação ilícita.

O artigo 10, no parágrafo 2º, estabelece que as disposições da Convenção somente se apliquem a um bem cultural ilicitamente exportado após a sua entrada em vigor com respeito ao Estado requerente, assim como com respeito ao Estado em que a solicitação é apresentada. E destaca, no parágrafo 3º, que, com isso, ela não quer legitimar de modo algum uma operação ilícita de qualquer natureza que tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Convenção nem limitar o direito de um Estado ou de outra pessoa de iniciar, fora do seu âmbito, uma ação de restituição ou de retorno de um bem cultural furtado ou ilicitamente exportado antes da entrada em vigor da Convenção.

O Capítulo IV trata das disposições gerais que se aplicam a ambos os casos, seja furto ou exportação ilícita. Prevê, no artigo 8º e seus parágrafos, que a solicitação para o retorno do bem cultural poderá ser apresentada perante os tribunais ou quaisquer outras autoridades competentes do Estado Contratante onde se encontre o bem cultural, assim como perante os tribunais ou outras autoridades competentes que possam ter conhecimento do litígio em razão das regras em vigor nos Estados Contratantes, permitindo a que o litígio também seja submetido à arbitragem, caso as partes concordem. Assegura, ao Estado Contratante em que se encontre o bem, que as medidas provisórias ou cautelares previstas na sua legislação podem ser aplicadas mesmo se a solicitação de restituição ou de retorno de bem for apresentada a tribunais ou a outras autoridades competentes de outro Estado contratante.

Por seu turno, o artigo 9º assegura que não há impedimento ao Estado Contratante de aplicar quaisquer regras mais favoráveis do que as previstas no texto da Convenção para a restituição e o retorno de bens culturais furtados ou ilicitamente exportados. Porém, ressalva,

⁷⁰⁷ “O objetivo do dispositivo é proteger o direito do autor no que se refere à transmissão internacional do patrimônio artístico” (LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. *A proteção internacional dos bens culturais: uma nova perspectiva*, op. cit., p. 5).

⁷⁰⁸ “Essa regra revela a preocupação dos juristas governamentais para com os três milhões de indígenas que vivem espalhados por vários países e que usam os bens com finalidades sagradas” (*Ibid.*, p. 5).

em seu parágrafo 2º, que essa previsão não pode ser interpretada como a que cria a obrigação de reconhecer, ou de dar força executória, à decisão de tribunal ou de qualquer outra autoridade competente de outro Estado contratante que escape às disposições da Convenção.

Vale se mencionar, ainda, o artigo 13, da Convenção, que esclarece que ela não derroga os instrumentos internacionais pelos quais um Estado Contratante esteja juridicamente vinculado e que contenham disposições sobre as matérias reguladas pela Convenção, a menos que uma declaração em contrário seja feita pelos Estados vinculados por tais instrumentos.

Há países que já fizeram a repatriação de bens culturais presentes em seus territórios a suas nações de origem, ou se propuseram a negociar.

Citam-se como exemplos de países europeus: a) Suíça: em junho de 2015, realizou o retorno de 32 objetos culturais ao Egito, assim como, em dezembro de 2019, retornou 48 artefatos culturais ao Peru; b) os Países Baixos realizaram, em janeiro de 2020, a repatriação de 1.500 artefatos culturais à Indonésia. Há os que se colocaram à disposição para negociar como a) França: anunciou, em 2017, que procederia com a devolução de determinados bens culturais presentes em museus franceses a seus países africanos de origem; b) Portugal: em janeiro de 2019, colocou-se à disposição para negociar com a Angola a devolução de bens culturais pertencentes ao país africano⁷⁰⁹.

Mas, segundo a UNESCO, a Argentina é o país que está na vanguarda das restituições, já devolvendo 5.000 objetos culturais apreendidos em seu território e devolvidos a seu país de origem, sendo o Peru um dos Estados mais beneficiados, seguido pelo Equador, mas devolveu também para a Bolívia, Paraguai e Espanha⁷¹⁰.

Entretanto, observa Agnès Bardón que, meio século após a Convenção da UNESCO de 1970, a luta contra o comércio clandestino se intensificou ante a cobiça por esses objetos cujos preços dispararam, tendo como desafios a serem superados a leniência das sanções e a vulnerabilidade dos sítios em zonas de conflito⁷¹¹.

Testemunha-se, no momento atual, “[...] a pior crise do patrimônio cultural em escala global, desde a Segunda Guerra Mundial, com os crimes perpetrados pelos radicais do Estado

⁷⁰⁹ TRINDADE, Ivonei Souza. O que faz a Europa retornar bens culturais a seus países de origem? *Cosmopolita*, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cosmopolita.org/post/o-que-faz-a-europa-retornar-bens-culturais-a-seus-pa%C3%ADses-de-origem>. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁷¹⁰ HARTMAN, Irene. Argentina: na vanguarda das restituições. *Correio da UNESCO*, abr. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2020-4/argentina-na-vanguarda-das-restituicoes>. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁷¹¹ BARDON, Agnès. Traficantes de arte: pilhagem das identidades dos povos. *Correio da UNESCO*, abr. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2020-4/traficantes-arte-pilhagem-das-identidades-dos-povos>. Acesso em: 7 abr. 2022.

Islâmico reputados como crimes de guerra”, como foi o caso mais pungente com os ataques na Síria desde 2014, em que foram destruídos estátuas e monumentos que não se encaixavam na interpretação radical do Islã, diante de câmeras de televisão.⁷¹²

Em agosto de 2021, com a retirada das tropas americanas no Afeganistão, o Talibã voltou a controlar o poder, e imediatamente houve a manifestação de apelo à preservação do patrimônio cultural desse país pela diretora-geral da UNESCO, Audrey Azoulay: “um país com patrimônio rico e diverso, parte integral da história e da identidade”, portanto, “qualquer dano ou perda deste patrimônio terá consequências para a paz duradoura no Afeganistão”⁷¹³. Ela pediu para que fossem tomadas todas as precauções necessárias para se evitar danos e saques. Relembrou, ainda, “a destruição deliberada dos Budas Bamiyan – duas gigantescas estátuas esculpidas no século VI – há vinte anos, com o intuito de apagar a herança pré-islâmica do país”⁷¹⁴.

Vale se lembrar que a Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflitos Armados e seus dois protocolos (1954 e 1999) têm como palavras-chave salvaguarda e respeito; considera, inclusive, que o dano a bens culturais pertencentes a qualquer povo é internacionalmente reconhecido como “dano ao patrimônio cultural de toda a humanidade”; bem como garante “a concessão de proteção especial” a “um número limitado de abrigos destinados a proteger bens culturais móveis em caso de conflito armado, de centros que contenham monumentos e outros bens culturais imóveis de grande importância”.⁷¹⁵

A preocupação internacional em torno do perigo aos bens culturais e o seu tráfico ilícito levou, em 1985, o ICOMOS a eleger, na Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais, que resultou na Declaração do México, como princípio fundamental das relações internacionais, a restituição das obras subtraídas ilicitamente para os seus países. A declaração, ao abordar o patrimônio cultural, é categórica em afirmar que este tem sido frequentemente danificado ou destruído por negligência ou processos de urbanização,

⁷¹² HOLLANDA, Bernardo Buarque de. *Prefácio*. In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 16.

⁷¹³ NAÇÕES UNIDAS. Unesco faz apelo por segurança dos jornalistas no Afeganistão. ONU New: Perspectiva Global e Reportagens Humanas, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/08/1760542>. Acesso em: 23 ago. 2021. *Vide*: MALLARD, Thomas. Afghanistan – UNESCO calls for the protection of cultural heritage in its diversity. UNESCO, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://en.unesco.org/news/afghanis-tan-unesco-calls-protection-cultural-heritage-its-diversity>. Acesso em: 24 ago. 2021

⁷¹⁴ MIGLIOSI, Luíza Feniar Migliosi. UNESCO implora pela preservação do patrimônio histórico do Afeganistão. *AH – Aventuras na história*, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/amp/noticias/historia-hoje/unesco-implora-pela-preservacao-do-patrimonio-historico-do-afeganistao.phtml>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁷¹⁵ FIANKAN-BOKONGA, Catherine. *Uma resolução histórica para proteger o patrimônio cultural, op. cit.*

industrialização ou tecnologia, porém considera mais inaceitáveis ainda os atentados de correntes dos conflitos armados, do colonialismo, pela ocupação estrangeira ou por valores exógenos⁷¹⁶.

No âmbito internacional⁷¹⁷, o combate ao tráfico ilícito está sob a responsabilidade da “[...] Interpol⁷¹⁸ e da UNESCO, da World Customs Organization (WCO)⁷¹⁹, do International Council of Museum (ICOM)⁷²⁰ e do Federal Bureau of Investigation (FBI)⁷²¹”⁷²².

Para a proteção do patrimônio cultural, foi criado, pela Convenção de Haia, o mundialmente conhecido *Blue Shield* (Escudo Azul), sendo que, em decorrência dessa reestruturação, após 40 anos, se constituiu o Comitê Internacional do Escudo Azul (CIBS), que é uma organização internacional não governamental sem fins lucrativos⁷²³ e permite o rápido intercâmbio de informações em situação de urgência, com a finalidade de salvaguardar o patrimônio ameaçado, principalmente nos casos de conflitos armados, inundações e cooperação em plano de conservação preventiva.

⁷¹⁶ DECLARAÇÃO DO MÉXICO. Conferência Municipal sobre as Políticas Culturais. *IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. 1985. p. 1-8. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20do%20Mexico%201985.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁷¹⁷ O IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – desde o ano de 1997 desenvolve a campanha Luta Contra o Tráfico Ilícito de Bens Culturais, sistematizando as informações de que dispõe em seus arquivos sobre os bens culturais tombados e desaparecidos nas últimas décadas. Para tanto, o IPHAN utiliza o “Banco de Dados de Bens Culturais Procurados, para divulgar os bens procurados, e recebe a colaboração da Polícia Federal (PF), da *International Criminal Police Organization (Interpol)* e da Receita Federal”. “Quando um bem cultural móvel tombado é furtado ou roubado ele passa a integrar a Lista de Bens Culturais Procurados, para que seja possível identificar e recuperar esse patrimônio e devolvê-lo ao seu local de origem. Os colecionadores e compradores de objetos antigos devem consultar, regularmente, o Banco de Dados para evitar o envolvimento em crime de receptação do Patrimônio Cultural Brasileiro, roubado, furtado ou obtido por tráfico internacional de obras de artes” (IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Bens culturais procurados*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1020>. Acesso em: 24 ago. 2021).

⁷¹⁸ Organização Internacional de Polícia Criminal, ela atua como uma ligação administrativa entre as agências policiais dos 192 Estados Membros, inclusive o Brasil, que é tem como representação a polícia federal. Maiores informações acessar: <https://www.interpol.int>.

⁷¹⁹ Organização Mundial das Aduanas, em que o Brasil é representado pela Receita Federal. Site oficial: <http://www.wcoomd.org/Pt>.

⁷²⁰ Conselho Internacional de Museus, sendo que o ICOM Brasil é o comitê brasileiro membro do ICOM. Site oficial: <https://icom.museum/en/>.

⁷²¹ Departamento Federal de Investigação dos Estados Unidos da América. Site oficial: <https://www.fbi.gov/contact-us>.

⁷²² CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. O tráfico ilícito de bens culturais e a repartição como reparação histórica. In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 114.

⁷²³ “Desde a sua criação, o papel do Escudo Azul também é o de treinar e capacitar equipes nacionais para reconhecer e impedir o saque e o tráfico ilícito, bem como o de resgatar objetos culturais em diferentes cenários de risco, inclusive aqueles provocados por desastres ambientais ou ação humana. Por exemplo, no Brasil a atuação do comitê nacional já se ocupou do resgate de bens culturais após desastres naturais, inclusive em casos de salvamento de bibliotecas inteiras após grandes enchentes” (BENEVIDES, Gilmara. Os 25 anos do escudo azul. *CONJUR Consultor Jurídico*, 20 jul. 2021. p. 3. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-20/gilmara-benevides-25-anos-escudo-azul>. Acesso em: 24 ago. 2021).

Há, ainda, a Lista Vermelha (Lista Roja del ICOM), que corresponde a uma relação dos bens culturais mais suscetíveis de sofrerem roubos e tráficos ilícitos e que tem a finalidade de ajudar os indivíduos, as organizações e autoridades a identificarem os objetos em perigo e prevenirem que estes sejam vendidos ou exportados de forma ilícita, vez que não são objetos roubados, são bens culturais inventariados pertencentes a colecionadores de instituições reconhecidas. É uma lista divulgada no formato digital, sendo impressa para as forças de seguranças⁷²⁴.

A internet trouxe maior complexidade na luta contra o tráfico de bens culturais, visto que ela permite a venda dos bens pelos traficantes, com maior rapidez e facilidade.

Perante essa constatação, a UNESCO emitiu uma carta⁷²⁵, na qual apresenta o estudo feito pela INTERPOL sobre o uso da internet para a venda de bens culturais e as dificuldades que enfrentam as autoridades e que resultou na constatação das seguintes dificuldades para se supervisionar esse tráfico: a) o enorme volume e diversidade dos objetos colocados à venda; b) a variedade de lugares ou plataformas para a venda de objetos culturais na internet; c) a ausência de informações que impeçam a correta identificação dos objetos; d) o curto tempo de reação disponível em razão de leilões curtos; e) a posição jurídica das empresas, entidades ou indivíduos que atuam como plataformas para o comércio de objetos culturais na internet; f) as complexas questões de jurisdição sobre essas vendas; e g) o fato de os itens vendidos estarem localizados em um país diferente daquele da plataforma da internet.

Mas, como consequência, a INTERPOL, a UNESCO e o ICOM prepararam uma lista de medidas básicas para contrastar com a venda ilícita, propondo, aos Estados-membros, 1) encorajarem as plataformas de vendas online a incluírem o aviso legal, em todas as páginas de vendas de bens culturais, de que, antes de o consumidor efetuar a compra, ele deverá solicitar a procedência lícita e, ao vendedor, a prova de que este é o proprietário legal; 2) solicitarem plataformas da internet para comunicarem as informações relevantes para as agências de aplicação da lei e cooperarem com elas nas investigações de objetos locais culturais para venda de origem suspeita; 3) estabelecerem uma autoridade central a cargo de controlar e supervisionar as vendas de objetos culturais pela internet; 4) cooperarem com as forças policiais nacionais e internacionais e a INTERPOL bem como com as autoridades

⁷²⁴ ICOM. International Council of Museums. *Listas rojas*. Disponível em: <https://icom.museum/es/nuestras-acciones/proteccion-del-patrimonio/listas-rojas/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁷²⁵ Tradução própria. UNESCO. Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. *Lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales en Internet: Respuesta de la UNESCO y sus socios*. Disponível em: <https://cites.org/sites/default/files/esp/news/world/19/05-UNESCO-Traffic%20on%20internet.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

responsáveis de outros Estados interessados, a fim de garantirem a comunicação e a fácil identificação do bem cultural, além de usarem todos os instrumentos à sua disposição para realizarem o controle da propriedade cultural suspeita, em particular, a base de dados da INTERPOL sobre obras de arte roubadas; rastreando e perseguindo as atividades criminosas; 5) manterem estatísticas e registrarem informações sobre as verificações realizadas sobre a venda de objetos culturais pela internet, os vendedores em questão e os resultados obtidos; 6) estabelecerem medidas legais para confiscarem os bens culturais de procedência ilícita; 7) assegurarem a devolução dos bens confiscados para os seus proprietários legítimos. Conclui o documento que, se a internet pode facilitar o tráfico ilícito, ela também pode ser utilizada contra os traficantes⁷²⁶.

A profundidade da depredação do tráfico ilícito de bem cultural é muito difícil de se precisar por diversos fatores como a) o valor dos bens culturais não é o mesmo no país e origem e no de destino; b) parte dos roubos não é denunciada; c) não se tem como quantificar os prejuízos causados pelos objetos subtraídos em escavações arqueológicas clandestinas.⁷²⁷

Afirma-se que os maiores alvos são bens de propriedade particular, seguidos de museus, sítios arqueológicos e lugares de culto, sendo os artefatos mais traficados quadros, esculturas, estátuas e objetos religiosos, e que os países mais afetados são a Alemanha, França, Itália, Inglaterra e Rússia⁷²⁸.

A espoliação e o tráfico ilícito de bem cultural trazem prejuízos irreparáveis ao país de origem. De forma especial, chama a atenção o fato de que o Brasil figura na lista dos dez países com o maior volume de roubo de bens culturais e vem sofrendo com ataques ao espólio barroco, aos museus, como na Chácara do Céu (o maior roubo de obras da história brasileira), no MASP, na Biblioteca Mário de Andrade, na Biblioteca Nacional⁷²⁹.

No preâmbulo da Convenção do UNIDROIT, os Estados Partes afirmam que reconhecem “que a prática da presente Convenção deveria ser acompanhada de outras

⁷²⁶ No Brasil, o IPHAN mantém um banco dados de bens culturais procurados para divulgação desses que são “bens móveis e integrados que foram alienados de seu local de origem ou guarda”, pressupondo que o bem tenha regime especial de proteção. Os colecionadores e compradores de objetos antigos devem consultar o Banco de Dados para evitar o envolvimento em crime de receptação (IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Dicionário do Patrimônio Cultural*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/dicionarioPatrimonioCultural/detalhes/23/bens-procurados>. Acesso em: 25 ago. 2021).

⁷²⁷ CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. *O tráfico ilícito de bens culturais e a repartição como reparação histórica*, op. cit., p. 115.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 115. Em relação aos países, “Interessante inversão, se pensarmos que foram essas mesmas nações que ao longo dos últimos três séculos se tornaram as maiores responsáveis pela apropriação indébita de bens culturais e obras de arte ao redor do mundo” (*Ibid.*, p. 115).

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 122.

medidas eficazes em favor da proteção dos bens culturais, tais como a elaboração e a utilização de registros, a proteção material dos sítios arqueológicos e a cooperação técnica”⁷³⁰.

Em 2 de novembro de 2021, a UNESCO firma, em Paris (França), a Convenção Sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático e nela também há a preocupação em combater o tráfico ilícito, ao prever, no seu artigo 14, que “Os Estados Partes tomarão medidas que visem impedir a entrada nos respectivos territórios, o comércio e a posse de patrimônio cultural subaquático exportado ilicitamente e ou recuperado, sempre que tal recuperação viole as disposições da presente Convenção”⁷³¹. No artigo 17, recomenda que os Estados apliquem sanções por qualquer violação, destacando que elas “deverão ser suficientemente severas por forma a garantir a observância da presente Convenção e a desencorajar a prática de infrações, onde quer que elas ocorram, e deverão privar os infratores do produto das suas atividades ilegais”⁷³².

O Brasil não é signatário dessa Convenção, inclusive há conflito com a legislação nacional vigente, como aponta Ana Luiza Fernandes Tótola, havendo necessidade de alteração ou revogação dos artigos 16, 20 e 21, da Lei n. 7.542/1986⁷³³. Embora a autora não esclareça pontualmente os motivos da revogação, esta é latente ao se identificar que na Convenção o objetivo é “Artigo 2º. [...] 5. A preservação *in situ* do patrimônio cultural será considerada opção prioritária antes de ser autorizada ou iniciada qualquer intervenção sobre o patrimônio”⁷³⁴, ao passo a legislação nacional prima pela remoção ou exploração, sem mencionar a preservação *in situ*.

O artigo 16 da lei brasileira permite que a autoridade naval conceda autorização para remoção ou exploração, no todo ou em parte, de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terrenos de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, que tenham passado ao domínio da União.

No mesmo sentido, e mais específico em relação ao patrimônio cultural, é o artigo 20 que permite sua remoção com a ressalva de que aquele ficará sob o domínio da União, não

⁷³⁰ BRASIL. Decreto n.º 3.166, de 14 de setembro de 1999, *op. cit.*

⁷³¹ UNESCO. Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático. *Unesco*, Paris (França), 2 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.icomos.pt/images/pdfs/2021/43%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20patrim%C3%B3nio%20subaqu%C3%A1tico%20-%20UNESCO%202001.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, *op. cit.*

⁷³⁴ UNESCO. Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. *Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático*, *op. cit.*

sendo passível de apropriação, doação, alienação direta ou por meio de licitação pública, o que deverá constar do contrato ou do ato de autorização elaborado previamente à remoção. O artigo 21 estabelece o pagamento para o contrato ou ato de autorização de remoção ou exploração⁷³⁵. E, de forma lacônica, prevê, em seu artigo 36, que os infratores responderão pelas sanções previstas no Código Penal.

Não há nenhuma penalidade suficientemente severa que possa garantir a observância de se combater o tráfico ilícito e a desencorajar esta prática, como sugerido pela Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático de 2001. Por certo, compartilha-se da recomendação de que é imperioso ao Brasil ser signatário da Convenção da Unesco sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático⁷³⁶.

Alerta-se, ainda, que, mesmo com todos os empenhos e vigilâncias para a proteção do patrimônio cultural, a Convenção de Paris necessita de uma revisão, incluindo a categoria como as coleções de pintura e esculturas depositadas em museus bem como as bibliotecas, devendo ser consideradas, pelo Comitê do Patrimônio Mundial, de valor universal. Convém, ainda, se “acrescentar disposições penais, a fim de declararem os atos de furto, roubo ou receptação dessas obras como um crime contra a humanidade, estabelecendo-se sanções adequadas”, também se “reconhecendo a competência de qualquer Estado Parte para processar e punir os responsáveis”.⁷³⁷

Diante do quadro exposto, após se discorrer sobre a relevância do patrimônio cultural por estar inserido no mundo como um ente, um sendo-no-mundo, que permite, à sociedade, ativar sua memória coletiva e com ele se identificar como povo, em uma inserção de cidadania, perpassou-se pela defesa de que o patrimônio cultural é um bem jurídico autônomo. Ele tem raiz no texto constitucional o qual indica necessidade de proteção desse bem. Apresentaram-se as regras jurídico-penais de proteção vigentes no País que se aplicam

⁷³⁵ BRASIL. Lei n. 7.542, de 26 de setembro de 1986. Dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 25 mar. 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7542.htm. Acesso em: 12 abr. 2022. Vale mencionar que a Lei n. 10.166 de dezembro de 2000 alterou os artigos 20 e 21 da Lei n. 7.542/1986, mas não fez qualquer alteração no sentido da preservação *in situ* do patrimônio cultural (BRASIL. Lei n. 10.166, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei n. 7.542, de 26 de setembro de 1986, que dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 28 dez. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10166.htm. Acesso em: 14 abr. 2022).

⁷³⁶ TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 18.

⁷³⁷ COMPARATO, Konder, F. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, op. cit., p. 30.

ao patrimônio cultural, demonstrando-se a lacuna de proteção, em especial, a ausência de um tipo penal específico para combater o tráfico ilícito de bem cultural. Passa-se, neste capítulo a apontar a proposta para a proteção desse bem.

4.2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E PATRIMÔNIO CULTURAL

A Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Material de 1972 é o primeiro documento normativo internacional que reconhece e proclama um “direito da humanidade” e tem por objeto bens que pertencem a todo gênero humano⁷³⁸.

No Protocolo II de 1999, que reavaliou a Convenção de Haia (1954), os Estados-membros introduziram um novo sistema de proteção ampliada para bens culturais de grande importância. Iniciaram o protocolo afirmando estarem “Conscientes da necessidade de aprimorar a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado e de estabelecer um sistema reforçado de proteção para bens culturais especificamente designados”⁷³⁹. Para tanto, estes também devem ser protegidos por leis nacionais adequadas, com a capacidade de punir violações graves à Convenção por meio de sentenças apropriadas.

No Protocolo II, o artigo 15 define como violações graves de qualquer indivíduo que praticar um destes cinco atos previstos: a) fazer de um bem cultural sob proteção reforçada o objeto de um ataque; b) utilizar o bem cultural sob proteção reforçada ou sua vizinhança imediata em apoio a uma ação militar; c) apropriar-se de ou destruir em grande escala os bens culturais protegidos pela Convenção e pelo presente Protocolo; d) fazer de um bem cultural protegido pela Convenção e pelo presente Protocolo o objeto de ataque; e e) roubar, pilhar ou apropriar-se indevidamente de bens culturais protegidos pela Convenção e praticar atos de vandalismo contra bens culturais protegidos por esta.

E, mais, no artigo 21, os Estados-membros, preocupados com o tráfico ilícito, preveem que, além das medidas previstas, cada parte adotará as medidas legislativas, administrativas ou disciplinares necessárias para fazer cessar atos cometidos intencionalmente em violação à Convenção ou Protocolo, visando à utilização dos bens culturais, e qualquer exportação, outro deslocamento ou transferência de propriedade ilícita de bens culturais a partir de um território ocupado.

⁷³⁸ COMPARATO, Konder, F. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, op. cit.

⁷³⁹ BRASIL. Decreto n. 5.760, de 24 de abril de 2006, op. cit.

Essa convenção destaca a relevância e preocupação com os perigos ao patrimônio cultural no âmbito internacional e que a preservação desse patrimônio venceu a etapa da dúvida.

Adentra-se em águas mais profundas na proteção deste e expande-se para o âmbito do Direito Penal internacional, que, tal como o Direito Penal, tem como função primordial a proteção de bem jurídicos e “Tem por objetivo proteger interesses fundamentais da humanidade e da ordem internacional”⁷⁴⁰.

É do reconhecimento dos Estados-parte, vinculados à Organização das Nações Unidas, que decorre a Justiça Penal supranacional, ante a “[...] importância da punição de determinados delitos, seja pela natureza, seja pela sua transcendência universal”⁷⁴¹. Porém, “Convém [se] frisar que o Direito Penal Internacional tem natureza *subsidiária*⁷⁴² (de *ultima ratio*), visto que só deve ser aplicado em razão da ausência ou insuficiência da resposta penal interna – do Direito positivo de determinado Estado –, diante de grave agressão a bem jurídico essencial”⁷⁴³.

A responsabilidade individual penal internacional tem divergência doutrinária e se inicia com a repressão ao crime de pirataria (desde o século XVI) ou com a punição dos crimes de guerra (século XIX), porém, não há divergências para o fato de que as atrocidades ocorridas no século XX fazem ressurgir o sentimento da necessidade de instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais apropriados para se combater a violação ao direito humanitário. A primeira menção a essa responsabilidade repousa na Declaração de 18/05/1915, durante a Primeira Guerra Mundial, publicada pelos governos da França, da Grã-Bretanha e da Rússia, incriminando os massacres cometidos pela Turquia contra os armênios⁷⁴⁴.

Mas, a Segunda Guerra Mundial, “que ensanguentou a Europa entre 1939 a 1945, ficou marcada na consciência coletiva mundial por apresentar o ser humano como algo simplesmente descartável e destituído de dignidade e direitos”. O principal legado do

⁷⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit., p. 266.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 267.

⁷⁴² Também denominado de princípio da complementariedade: “Isso significa que o Estado signatário, que assume uma obrigação exigível internacionalmente, se encontra especificamente vinculado ao dever de perseguir e reprimir essas condutas diretamente em seu território. E com as normas que fazem parte de seu ordenamento jurídico. Se isso não ocorrer, então o exercício da competência do Tribunal Penal Internacional com respeito a tais casos entra em vigor” (BALMACEDA, Paul Hernández. Aplicação direta dos tipos penais do estatuto do tribunal penal internacional no direito interno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Thomson Reuters, Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 65, mar./abr. 2007. p. 147).

⁷⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit., p. 267.

⁷⁴⁴ SILVA, Ivan Luiz da. Jurisdição penal internacional: das origens ao tribunal penal internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 896, jun. 2010. p. 446.

holocausto para a internacionalização dos direitos humanos consistiu na preocupação que se despertou em relação à necessidade de se ter “uma arquitetura internacional de proteção de direitos humanos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente no planeta”⁷⁴⁵.

Um dos atos criminosos da Segunda Guerra, instaurado no alto escalão do Estado alemão, com recursos e aporte militar, foi o saque de obras de arte dos judeus, sendo considerado o maior até então dos observados na História – “Os saques nazistas, por sua magnitude revelada nos julgamentos de Nuremberg, trouxeram à baila a discussão sobre a proteção ao patrimônio cultural em conflitos armados, o que se verifica na convenção de Haia para Proteção de Bens Culturais em caso de conflito armado de 1954 [...]”⁷⁴⁶.

A responsabilidade individual penal foi consagrada com o Tribunal de Nuremberg, que consolidou o entendimento de que os indivíduos poderiam ser sujeitos de Direito Internacional, entendendo que “[...] os crimes cometidos contra a ordem internacional são cometidos por indivíduos e não por entes abstratos”⁷⁴⁷.

Após a experiência dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio e com os tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, é realizada a Assembleia Geral da ONU, em Roma, para a criação de um tribunal penal internacional, que resulta na adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em 17 de julho de 1998⁷⁴⁸, entrando em vigor em 2002, após ratificação necessária dos Estados-partes.

O Tribunal Penal Internacional é uma Corte que possui personalidade jurídica própria, formada pela vontade de seus Estados-membros (como evidencia o artigo 4º, § 1º, do Estatuto

⁷⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 3, fev. 2012. p. 1046.

⁷⁴⁶ CANTARELLI, Margarida de Oliveira; OLIVERIA, Flávio Emanuel Rangel de. O patrimônio cultural como objeto de crimes de guerra perante os tribunais internacionais. *Caderno de Relações Internacionais*, Recife: Faculdades Damas, v. 8, n. 14, jan./jun. 2017. p. 306. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/593>. Acesso em: 6 set. 2021.

⁷⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81.

⁷⁴⁸ BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 26 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 26 ago. 2021. Sobre a recepção jurídica entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional, vide: MARCANTONIO, Jonathan. Recepção e instrumentalização do tribunal penal internacional na jurisdição brasileira: questões controversas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 117, p. 197-217, jan./fev. 2020.

de Roma), e isso lhe traz uma característica única, visto que é independente de qualquer organização internacional, não sendo um órgão da ONU⁷⁴⁹.

A sede do tribunal está em Haia e apresenta-se como uma instância judiciária internacional permanente – “[...] não é uma jurisdição *ad hoc*, sua competência não é restringida *a priori* por limites geográficos ou temporais determinados”⁷⁵⁰.

A jurisdição penal internacional envolve duas situações: a) entre dois ou mais Estados, quando trata de problemas de natureza internacional; ou b) os de repercussão internacional ocorridos no interior de um Estado, mas sobre os quais a comunidade internacional decidiu intervir por meio do crime e da pena⁷⁵¹.

Importante se destacar que a jurisdição desse tribunal não é estrangeira, mas internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado-parte da ONU, bem como não é “[...] jurisdição universal, que consiste na possibilidade de a jurisdição interna de determinado Estado poder julgar crimes de guerra ou crimes contra a humanidade cometidos em territórios alheios”⁷⁵².

A competência do Tribunal Penal Internacional para julgamento dos crimes de guerra é reiterada no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), que comporta “Noutro dizer: violações graves do direito de conflitos armados, enquanto normas que regulam os meios e os métodos de condução das hostilidades e de proteção aos não combatentes, bem como a proibição do uso de certas armas ou ações”⁷⁵³.

Os princípios penais estão previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional nos artigos 22 a 33 e são princípio da legalidade dos delitos e das penas; princípio do *ne bis in idem*; princípio da responsabilidade criminal individual; princípio da subsidiariedade e jurisdição universal; princípio da irretroatividade e imprescritibilidade delitiva; princípio da irrelevância da qualidade (função oficial); princípio da hierarquia; princípio da responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ SANTOS, Celso Araújo. Análise prática do tribunal penal internacional (TPI): origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e os delitos internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 84, jul./set. 2013. p. 109.

⁷⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit., p. 272.

⁷⁵¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Jurisdição penal internacional: das origens ao tribunal penal internacional*, op. cit., p. 446.

⁷⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI*, op. cit., p. 1050.

⁷⁵³ PRADO, Luiz Regis. Crime de guerra. *GenJurídico.com.br*, 19 abr. 2022. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/04/19/crime-de-guerra/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

⁷⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit., p. 273.

Cumpra-se destacar que, no âmbito subjetivo, para responsabilização do autor, ele “deve conhecer as circunstâncias fáticas que dão lugar ao conflito armado, bem como o nexo causal entre seus atos e o conflito”, ter, portanto, “Consciência do fato e vontade de realizá-lo. Basta conhecer o fato, não sua qualificação jurídica. Ademais, há ainda o elemento subjetivo do injusto, específico a cada infração”⁷⁵⁵.

Ante as diversas discussões sobre a questão de se ter um Tribunal Penal Internacional permanente, comunga-se da posição de que, “Em que pese as críticas ao processo de internacionalização penal, insta ressaltar que tal fenômeno é perfeitamente adequado ao estágio em que a humanidade se encontra”⁷⁵⁶.

E, ainda, sua existência permite que não haja restrições espaciais e temporais e traz maior agilidade comparado aos tribunais constituídos *ad hoc*, além do fato de que, existindo, pode ser capaz de dissuadir os indivíduos violadores em potencial das normas internacionais, enviando-lhes clara mensagem de advertência. Sob o prisma do Estado, “[...] haveria estímulo para que investiguem e julguem crimes graves que cometam seus nacionais, em seu território, já que, se deixarem de fazê-lo, haverá, em caráter complementar, um Tribunal Penal Internacional apto a exercer a sua jurisdição”⁷⁵⁷.

Quatro são as categorias para a competência em razão da matéria prevista no artigo 5º, parágrafo 1º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional: a) crime de genocídio; b) crimes

⁷⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. *Crime de guerra*, *op. cit.*

⁷⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. Dogmática dos crimes de lesa-humanidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 105, jan./fev. 2018. p. 474. *Vide também*: AMBOS, Kai. Pena sem soberano? A questão do *ius puniendi* no direito penal internacional. Uma primeira análise rumo a uma teoria consistente do DPI. Tradução de Julia Magalhães Jeuken. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 284. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, *op. cit.*, p. 387. E ainda: “No debe favorecerse con un pensamiento neutro y una voz silenciosa, la realización masiva a sistemática de violaciones de derechos fundamentales, por el contrario, debemos asumir una posición crítica [...] La sociedad civil, puede y debe mostrar ante estas situaciones su desaprobación y repulsa” (GUAJARDO, Elia Patricia Neri. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el estatuto de roma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 48, maio/jun. 2004. p. 20).

⁷⁵⁷ FURTADO, Márcio Medeiros. Algumas consignações acerca do tribunal penal internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 783, jan. 2001. p. 487. O autor traz, ainda, a questão da insuficiência de outros tribunais supranacionais considerando o âmbito de atuação destinado ao Tribunal Penal Internacional e pontua que “Tais tribunais, em que pese a sua importância – que tende a crescer –, não preenchem o espaço destinado ao Tribunal Penal Internacional. Primeiro, porque se trata de tribunais regionais (Corte Europeia de Justiça, Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos), de facultativa e reduzida aplicabilidade (Corte Permanente de Arbitragem) e, no que se refere à Corte Internacional de Justiça (CIJ), não há julgamento de indivíduos, isto é, não possui a CIJ jurisdição sobre assuntos que envolvem a responsabilidade individual num crime, e a responsabilização do indivíduo, sabe-se, é fundamental para coibir a impunidade” (*Ibid.*, p. 488).

contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) crime de agressão. São crimes imprescritíveis, como prevê o artigo 29, desse estatuto⁷⁵⁸.

Ocorrendo esses crimes, a responsabilidade penal exsurge diretamente do direito internacional, visto que, mesmo não sendo tipificados pelos ordenamentos jurídicos nacionais, coube à comunidade internacional disciplinar tais condutas e definir seus elementos; por isso “o autor de um crime internacional não precisa do respaldo da legislação interna em caso de reconhecimento da responsabilidade, lastreando-se esta última diretamente nos preceitos jurídicos internacionais”⁷⁵⁹.

Todavia, impende se apontar, “Por outro lado, o exercício da jurisdição nacional é manifestação da soberania estatal, posto que o processo penal é expressão desta”. Assim, “Se o próprio Estado inicia a persecução penal contra o autor dos delitos em questão, assume o dever de julgá-lo e puni-lo de acordo com os ditames do direito internacional”, mantendo-se o direito da comunidade internacional “[...] de interferir na aplicação da legislação nacional específica, caso não seja observada a normativa internacional”⁷⁶⁰.

Vale destacar que, “[...] quando se fala em crimes internacionais, deve-se ter em mente que a humanidade como um todo possui interesses e valores que merecem ser tutelados”⁷⁶¹.

Assim, “Um *ius puniendi* supranacional pode ser inferido de uma combinação de estágios incipientes de supranacionalidade de uma ordem mundial baseada em valores e do conceito de uma sociedade mundial composta por cidadãos mundiais”, e estes têm o direito derivado de direitos humanos universais reconhecidos. A “combinação do coletivo e do individual está implícita no preâmbulo do Estatuto do TPI”, em que, “por um lado, refere-se ao âmbito coletivo – ‘comunidade internacional’, ‘paz, segurança e bem-estar do mundo’ – e por outro lado, ao âmbito individual – ‘crimes, autores, vítimas’”. No âmbito coletivo, “os crimes internacionais nucleares afetam a comunidade internacional em seu conjunto e tal comunidade baseada em valores tem, portanto, o direito ajuizar ações penais contra os autores destes crimes”⁷⁶².

⁷⁵⁸ “Os crimes de guerra assim como os delitos contra a humanidade estão sujeitos à regra da imprescritibilidade, e ao princípio da competência universal” (PRADO, Luiz Regis. *Crime de guerra*, *op. cit.*).

⁷⁵⁹ KARSAI, Krisztina. A Competência originária “oculta” do Tribunal Penal Internacional: sobre o artigo 70 do Estatuto de Roma. *Ciências Penais*, São Paulo: Thomsom Reuters, Revista dos Tribunais, v. 9, jul./dez. 2008. p. 116.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 116.

⁷⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Dogmática dos crimes de lesa-humanidade*, *op. cit.*, p. 468.

⁷⁶² AMBOS, Kai. *Pena sem soberano? A questão do ius puniendi no direito penal internacional. Uma primeira análise rumo a uma teoria consistente do DPI*, *op. cit.*, p. 292.

Em relação às penas a serem aplicadas, o artigo 77, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, prevê que, sem prejuízo do disposto no artigo 110 (que trata do reexame, pelo tribunal, da questão da redução da pena), pode ser imposto à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º: a) pena de prisão por um número determinado de anos, até o limite máximo de 30 anos; ou b) pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

Ainda, estabelece que, além da pena de prisão, o tribunal poderá aplicar a pena de multa e a perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Sobre a prisão perpétua prevista no Estatuto e Constituição Federal brasileira, que veda essa pena no seu artigo 5º, inciso XLVII, entende-se que a vedação existe para ser a pena cumprida no Brasil, não havendo obste para ser executada em outro país. Ou seja, “o brasileiro não pode vir a cumprir a pena de prisão perpétua no Brasil, protegido que está pela vedação que é cláusula pétrea. Podem, porém, dependendo da gravidade do crime que praticar, vir a cumprir essa espécie de pena sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional”⁷⁶³.

Importa se tecer que a) as decisões proferidas pelo Tribunal Penal Internacional não são decisões judiciais estrangeiras, mas atos de uma organização internacional à qual o Brasil se submeteu e que, por isso, devem ser prontamente cumpridas, não sendo necessário haver concessão de *exequatur* ou homologação pelo STJ para que tenham eficácia na ordem jurídica nacional; b) em havendo necessidade de prisão de um residente no Brasil, incumbe, à organização internacional, apresentar tal pleito junto ao juiz federal⁷⁶⁴ de primeiro grau (que é a autoridade competente, conforme o artigo 109, II e III, da Constituição Federal de 1988), a fim de seja expedido o mandado de prisão do acusado e este seja entregue ao tribunal; c) esse pedido de prisão e entrega para o Tribunal Penal Internacional não deve ser confundido com a extradição, não competindo, ao juiz, analisar questões como nacionalidade, tipicidade, pena, prescrição e autoridade do acusado; d) por ser entrega, é possível se ser brasileiro, estrangeiro, chefes de Estado ou outra autoridade; e) para a entrega, não importa o fato de que não seja crime no Brasil, sendo também irrelevante que o crime que embasou o pedido de entrega seja imprescritível ou apenado com prisão perpétua⁷⁶⁵.

⁷⁶³ GOMES, Luís Roberto (org.). *Direitos fundamentais, tratados internacionais e Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 304.

⁷⁶⁴ Sobre a competência da Justiça Federal em crimes previstos em tratados internacionais, *vide* VALLADÃO, Haroldo. Competência para os crimes previstos em tratado ou convenção internacional. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 6, p. 243-255, ago. 2011.

⁷⁶⁵ SANTOS, Celso Araújo. *Análise prática do tribunal penal internacional (TPI): origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e os delitos internacionais*, op. cit., p. 18.

A proteção internacional contra o patrimônio cultural permite o enquadramento como crimes de guerra a ser submetido perante o Tribunal Penal Internacional.

Os crimes de guerra também são conhecidos como “crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados”, e, “desde o século passado, tendo sido impulsionado[s] pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ganhando foros de juridicidade com as quatro Convenções de Genebra, de 12/08/1949, e com as bases teóricas do direito costumeiro de guerra”⁷⁶⁶.

Na melhor conceituação doutrinária, “o crime de guerra constitui a violação das leis e usos da guerra, quer dizer, de Direito Internacional”, pois “[...] tão-somente após o término da II Guerra Mundial ocorre sua internacionalização, com aparecimento da ideia de interesse geral”.⁷⁶⁷ A grande característica dos crimes de guerra disciplinados pelo Tribunal Penal Internacional reside no “[...] fato de se exigir que sejam praticados “como parte de um plano, uma diretriz política ou a grande escala”, além do que a competência do Tribunal Penal Internacional se limita aos delitos mais graves concernentes à humanidade em seu conjunto (artigo 5º, ETPI)”⁷⁶⁸.

O Estatuto de Roma⁷⁶⁹ entende por crimes de guerra os atos previstos no parágrafo 2º, do artigo 8º⁷⁷⁰, especificamente contra o patrimônio cultural: na alínea *b*, IX, “Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares”; na alínea *e*, IV, “Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares”.

A primeira condenação pelo Tribunal Penal Internacional por crimes de guerra visando à proteção do patrimônio cultural da humanidade ocorreu com o *caso Al Mahdi*, com base no artigo 8º, parágrafo 2º, inciso IV, do Estatuto de Roma⁷⁷¹.

O caso chegou ao tribunal por denúncia da República do Mali, em 13/07/2012, à Procuradoria, com base no artigo 14, do Estatuto de Roma, solicitando investigação e

⁷⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI*, op. cit., p. 1056.

⁷⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Crime de guerra*, op. cit.

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, op. cit.

⁷⁷⁰ O artigo 8º contém uma lista exaustiva dos crimes de guerra de competência do Tribunal Penal Internacional, afastando eventual incriminação por força consuetudinária (PRADO, Luiz Regis. *Crime de guerra*, op. cit.).

⁷⁷¹ ANNES, Cyro. O caso Al Mahdi e a responsabilidade internacional por crimes contra o patrimônio cultural. *Instituto Dea – Instituto de Direito, Economia Criativa e Arte*, 3 jul. 2017. Disponível em: <http://institutodea.com/artigo/o-caso-al-mahdi-e-responsabilidade-internacional-por-crimes-contra-o-patrimonio-cultural/>. Acesso em: 7 set. 2021.

condenação dos responsáveis pela prática de crimes de guerra e contra a humanidade, ao auspício dos artigos. 7º e 8º, do referido estatuto⁷⁷².

Os fatos foram cometidos em um contexto de conflito armado no interior do Mali, no início de janeiro de 2012, quando o exército do país foi perdendo o controle de algumas regiões para uma coalizão de rebeldes Tuareg com grupos fundamentalistas islâmicos. A coalização fundamentalista entendeu que o jihadista maliano Ahmad Al Faqi Al Mahdi era um *expert* em assuntos religiosos. Assim, ele foi solicitado a chefiar a *Hesbah* e lhe foi ordenado que coordenasse a operação de demolição dos santuários, por entender que se tratava de idolatria⁷⁷³.

Al Mahdi, mesmo discordando da decisão, optou em acatá-la. Assim, “Como chefe da *Hesbah*, supervisionou a demolição de um total de dez monumentos (santuários e cemitérios) e participou pessoalmente de algumas das demolições, além da destruição de milhares de manuscritos antigos”⁷⁷⁴.

Ele “deferiu ataques aos mausoléus, mesquitas, bibliotecas, monumentos e documentos históricos da milenar cidade de Timbuktu, ao norte do Mali, destruindo significativo patrimônio histórico-cultural da humanidade durante o conflito armado que ocorre no país”⁷⁷⁵, além de assassinatos, mutilações, tratamento desumano e torturas, execuções sem julgamento com base no devido processo legal, pilhagem e estupros⁷⁷⁶.

Além de ser o primeiro caso do Tribunal Penal Internacional no contexto que envolve o patrimônio cultural considerado crime de guerra, outro ponto relevante foi que se tratou do

⁷⁷² ANNES, Cyro. *O caso Al Mahdi e a responsabilidade internacional por crimes contra o patrimônio cultural*, op. cit.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ BORGES, Orlindo Francisco. Ecocídio cultural e a evolução da jurisprudência para o reconhecimento de um modelo de direito penal internacional do ambiente: uma análise a partir do caso Al-Faqi. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 88, out./dez. 2017. p. 462-463. Foram destruídos: “Os mausoléus e mesquitas de Timbuktu, também conhecida como “cidade dos 333 santos”, constituem patrimônio cultural da humanidade protegidos pela Unesco desde 1988, cujo acervo, dotado de 3 grandes mesquitas (Djingareyber, Sankore e Sidi Yahí), 16 mausoléus e milhares de manuscritos históricos/religiosos, representavam a era de ouro da expansão islâmica na África, durante os séculos XV e XVI. O grupo armado que deferiu o ataque é partidário de uma linha extremista que condena a idolatria a ídolos e, por tal razão, destruiu 11 mausoléus, bem como as portas da mesquita de Sidi Yahí, que também teve boa parte de sua estrutura danificada” (BORGES, Orlindo Francisco. *Ecocídio cultural e a evolução da jurisprudência para o reconhecimento de um modelo de direito penal internacional do ambiente: uma análise a partir do caso Al-Faqi*, op. cit., p. 463). Assim, esse autor afirma que houve um ecocídio cultural, pelo tipo previsto no artigo 8º(2) e, IV, do Estatuto, reconhece-se a proteção reflexa do ambiente como um crime de guerra nos ataques intencionais a bens culturais e religiosos (Ecocídio Cultural) – hipótese da qual justifica e legitima a análise do caso Al-Faqi Al-Mahdi (*Ibid.*, p. 468).

⁷⁷⁶ ANNES, Cyro. *O caso Al Mahdi e a responsabilidade internacional por crimes contra o patrimônio cultural*, op. cit.

primeiro acusado que confessou os crimes perante o tribunal logo no início da audiência de julgamento, após a leitura dos fatos constantes da acusação⁷⁷⁷.

Ante as circunstâncias atenuantes como a confissão, o arrependimento e o comportamento cooperativo de Al Mahdi, o tribunal deliberou pela condenação a nove anos de prisão, pois o acusado, além de expressar arrependimento pelos seus atos, fez um pedido a outros muçulmanos para não agirem da mesma forma que ele⁷⁷⁸. A decisão foi proferida em 27 de setembro de 2016, por *Trial Chamber VIII*⁷⁷⁹.

Antes do caso de Al Mahdi, em 2004, o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* da ONU para a ex-Iugoslávia condenou o ex-oficial naval iugoslavo Miodrag Jokić a sete anos de prisão, sendo essa a primeira condenação ocasionada pela destruição intencional de bens culturais – “Sob o comando de Jokić, centenas de morteiros foram disparados, entre o início de outubro e o fim de dezembro de 1991, na cidade histórica de Dubrovnik, que foi inscrita no mesmo ano na Lista de Patrimônio Mundial em Perigo”.⁷⁸⁰

Esses julgamentos comprovam o amadurecimento da comunidade internacional frente à defesa do patrimônio cultural, somente tolerando a destruição ou danificação deste de forma colateral, própria da violência inerente aos conflitos armados, considerando inadmissível seu uso com um objetivo militar⁷⁸¹.

Porém, as relações internacionais têm percorrido o caminho de usar o patrimônio cultural como *soft power*⁷⁸², veja-se o caso de Bagdá (Iraque), que, um ano após a Resolução 2.199, do Conselho de Segurança da ONU, proíbe o comércio de bens culturais vindos do Iraque e da Síria – “convencida da eficácia do “*soft power*”, ela lançou uma campanha global

⁷⁷⁷ Vide a decisão: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF. Acesso em: 6 set. 2021.

⁷⁷⁸ ANNES, Cyro. *O caso Al Mahdi e a responsabilidade internacional por crimes contra o patrimônio cultural*, op. cit.

⁷⁷⁹ Vide a decisão: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, op. cit.

⁷⁸⁰ BENEVIDES, Gilmar. *Os 25 anos do escudo azul*, op. cit., p. 3.

⁷⁸¹ CANTARELLI, Margarida de Oliveira; OLIVERIA, Flávio Emanuel Rangel de. *O patrimônio cultural como objeto de crimes de guerra perante os tribunais internacionais*, op. cit., p. 14.

⁷⁸² É o poder de persuasão, sendo a cultura sua forma mais sofisticada, complexa, secular e rentável (BALLERINE, Frantjesco. *Poder suave (soft power): arte africana, arte milenar chinesa, arte renascentista, balé russo, bollywood, bossa nova, british invasion, carnaval, cultura mag japonesa, hollywood, moda francesa, tango, telenovelas*. São Paulo: Summus, 2017. p. 15-16). “[...] um país detentor de um poder suave cultural tem necessariamente instituições, artistas, produtores que carregam o poder simbólico. Os produtos, instituições, manifestações culturais e históricas aqui vistas são capazes de moldar são capazes de moldar uma lógica do mundo, estruturando a realidade e a imagem de um país” (*Ibid.*, p. 201). Vide também: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017.

em mídias sociais para unir os jovens na celebração e na salvaguarda do patrimônio cultural do mundo”⁷⁸³.

O terrorismo, com destaque ao Estado Islâmico, tem usado o patrimônio cultural como recurso de *soft power*, causando subversão dos elementos culturais de vários povos, “sobrepondo das memórias culturais pela ideologia extremista da organização”⁷⁸⁴.

Os movimentos fundamentalistas religiosos, como é o caso do Estado Islâmico, procuraram retomar suas tradições como fonte principal de sua identidade e, como discurso radicalizador e extremista de “purificação” cultural, “[...] calcula suas ações destrutivas para delinear poder no ramo político, notadamente perverter e destruir o Patrimônio Cultural para alargar conhecimento de sua causa e descrever influência nos moldes do poder *soft*”⁷⁸⁵.

As ações terroristas do Estado Islâmico direcionadas à herança cultural dos territórios ocupados, proibindo todas as formas de expressão cultural que não seja aquelas de interesses para a organização e destruindo as bases de memória histórica e cultural das sociedades nos espaços que ocupa, são consideradas um etnocídio, que corresponde à morte do espiritual desse povo⁷⁸⁶.

O *soft power* e o etnocídio comprovam que, junto com os crimes de guerra, verifica-se o crescimento do tráfico ilícito do bem cultural. No século XXI, os artefatos arqueológicos são contrabandeados por grupos extremistas para financiamento da difusão do terrorismo, sendo que esses objetos são saqueados de sítios históricos e armazéns tomados por forças de ocupação paramilitar. Como essas peças encontradas nesses depósitos não se encontram ainda catalogadas, isso dificulta seu rastreamento⁷⁸⁷.

Alerta-se ao fato de que “[...] este comércio ilegal movimentou, de acordo com a UNESCO, valores estimados entre 2 a 6 bilhões de dólares ao ano, razão pela qual o Conselho de Segurança da ONU editou a Resolução n. 2.199 (2015), proibindo a comercialização de antiguidades com grupos tidos como terroristas”⁷⁸⁸.

O discurso ideológico do Estado Islâmico utiliza a destruição dos bens culturais (profanos, de acordo com a ideologia da organização) para perseguir seus interesses de

⁷⁸³ FIANKAN-BOKONGA, Catherine. *Uma resolução histórica para proteger o patrimônio cultural*, op. cit.

⁷⁸⁴ MENDES, Victor. Destruição do patrimônio cultural e terrorismo nas relações internacionais: a ação do Estado Islâmico, um exercício de *soft power*? In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 240.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 245.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 246-247.

⁷⁸⁷ CANTARELLI, Margarida de Oliveira; OLIVERIA, Flávio Emanuel Rangel de. *O patrimônio cultural como objeto de crimes de guerra perante os tribunais internacionais*, op. cit., p. 17.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 17.

colocação política de poder, utilizando-se do contrabando de artefatos culturais para geração de recursos econômicos, que estão na ordem de 10 milhões de dólares por ano, para atingir seus objetivos⁷⁸⁹.

O tráfico ilícito de bem cultural é um comércio obscuro de combate intenso e, embora não seja um fenômeno novo, a verdade é que nunca foi tão próspero. Atenta-se ao fato de que agora está globalizado, inclusive a demanda atual por antiguidades e obras de arte, ocasionando aumento disparado dos seus valores e impulsionando o entusiasmo de colecionadores, galerias e museus. Tem-se que, em 2019, as vendas mundiais de arte foram estimadas em mais de US\$ 64 bilhões⁷⁹⁰.

Em uma operação conjunta de 100 países, em 2019, mais de 19 mil artefatos arqueológicos e outras obras de arte foram interceptados e várias redes internacionais de tráfico foram desmanteladas (destaque-se que a alfândega afegã do aeroporto em Cabul interceptou 971 objetos do patrimônio nacional, e, em Madrid, foram recuperados objetos pré-colombianos raros, dentre eles, uma máscara de ouro Tumaco, a única existente). Essas ações foram lideradas pela Organização Mundial das Alfândegas (WCO) e pela Organização Internacional de Polícia Criminal, e também coordenada e pela Guarda Civil da Espanha, demonstrando esse recorde de apreensões e a magnitude do tráfico ilícito de bens culturais⁷⁹¹.

Latente, assim, é a preocupação com o patrimônio cultural da humanidade, tão relevante que as diversas formas de ataques ao mesmo atingem a comunidade internacional, em especial, o tráfico ilícito, pois, com ele, se transfere clandestinamente a cultura de outro povo⁷⁹². Urge uma legislação penal no Brasil mais apropriada para auxiliar no combate a essas ações que agredem, desmantelam e ocasionam o perdimento do patrimônio cultural.

4.3 PROJETOS DE LEI SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL

Em trâmite na Câmara dos Deputados há quatro Projetos de Lei para ampliar a proteção penal do patrimônio cultural. O Projeto de Lei n. 3.363/2019 e o Projeto de Lei n. 2.378/2003 foram apensados ao Projeto de Lei n. 10.530/2018 e estão em trâmite de

⁷⁸⁹ MENDES, Victor. *Destruição do patrimônio cultural e terrorismo nas relações internacionais: a ação do Estado Islâmico, um exercício de soft power?*, op. cit., p. 249.

⁷⁹⁰ BARDON, Agnès. *Traficantes de arte: pilhagem das identidades dos povos*, op. cit.

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² HAFSTEIN, Valdimar Tr. Hafstein. *Celebrando as diferenças, reforçando a conformidade*, op. cit., p. 19.

proposições, ao passo que o Projeto de Lei n. 7.101/2006 encontra-se pronto para a pauta do Plenário, mas sem data específica para sua votação⁷⁹³.

O Projeto de Lei n. 7.101/2006⁷⁹⁴, proposto no Senado Federal, por Roseana Sarney (PFL-MA), aventa alteração na Lei n. 9.605/98 para dar nova redação ao artigo 62 e introduzir o artigo 63-A, com vista a incriminar novas modalidades de dano ao patrimônio cultural.

No artigo 62 mantém os núcleos destruir, inutilizar ou deteriorar, mas altera os incisos, incluindo valores ao objeto material “bem”, que passaria a ser “I – bem de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental tombado pela autoridade competente ou de outra forma protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”, ou seja, um retrocesso jurídico.

Isso porque, ao se incluir valores do patrimônio cultural, acaba-se limitando sua proteção, excluindo-se valores relevantes como o paleontológico (relativo aos fósseis) e o espeleológico (relativo às grutas), insistindo-se no equívoco do legislador da Lei ambiental de 1998. Melhor seria se adotar o termo “bem cultural”.

E, mais, adiciona que o bem seja “tombado pela autoridade competente ou de outra forma protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”, sendo totalmente despicienda a inclusão do tombamento, pois ele é um dos instrumentos jurídicos para a especificação do patrimônio cultural, sendo melhor a manutenção do texto legal “protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”⁷⁹⁵.

No inciso II⁷⁹⁶, a única alteração é a previsão também da inclusão do texto do tombamento, seguindo-se, assim, a mesma observação de não ser necessária tal alteração, sendo o texto legal mais adequado nesse sentido.

Não há alteração na sanção penal, mas faz-se a inclusão de dois parágrafos, tornando-se o parágrafo único, no parágrafo 3º, mantendo-se a previsão do crime culposos sem qualquer alteração na redação do tipo ou pena.

⁷⁹³ Informações fornecidas pela Câmara dos Deputados após solicitação dessa autora. Fonte de informação: CÂMARA DOS DEPUTADOS. [Atendimento CD] Resposta: PL 3.363/2019, PL 7101/2006 e PL 2378/2003 [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por camara@mailmw.custhelp.com em 18 abr. 2022.

⁷⁹⁴ SARNEY, Roseana. Projeto de Lei n. 7101/2006. Altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dar nova redação ao art. 62 e introduzir o art. 63-A, com vista a incriminar novas modalidades de dano ao patrimônio cultural. *Câmara Legislativa*, 24 maio 2006. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=398223. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁷⁹⁵ A esse respeito, vide: ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema pena*, op. cit., p. 178-193.

⁷⁹⁶ Artigo, 62: “II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar tombados ou de outra forma protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial”

O parágrafo 1º propõe uma causa de aumento de pena ao prever: “Se a ação criminosa resulta na destruição dos bens descritos nos incisos I e II deste artigo, a pena é aumentada de um terço à metade”⁷⁹⁷.

Por certo a conduta de destruir um patrimônio cultural é muito mais grave do que as duas outras formas previstas – inutilização e a deterioração –, haja vista que sua destruição causa a perda irrecuperável do bem jurídico protegido. Porém, entende-se que há um equívoco na técnica legal adotada: a conduta de destruir está tanto na previsão do *caput* como no do parágrafo 1º, não havendo diferenciação alguma da conduta em si, não existe nenhuma condição que vincule a esse aumento de pena, apenas e tão somente o núcleo do tipo que é “destruir”.

O Código Penal, ao estipular o crime de dano, prevê o dano qualificado (artigo 163, parágrafo único), com o uso correto da técnica elencando as circunstâncias que agravam a conduta e, conseqüentemente, causam aumento de pena⁷⁹⁸. Na proposta do Projeto, inexistem circunstâncias previstas que justifiquem o aumento da pena em virtude da maior gravidade do injusto ou da culpabilidade ou simplesmente por considerações político-criminais⁷⁹⁹.

O Projeto de Lei propõe uma nova figura penal, como forma equiparada: “§ 2º Nas mesmas penas incorre o proprietário que deixar de zelar pela conservação do bem, com o fim de obter para si ou para outrem vantagem de qualquer natureza”⁸⁰⁰. É a proposta de se instituir o crime omissivo próprio⁸⁰¹ especial em que o proprietário responde por ter o dever legal de conservar o bem jurídico e não o fez por dolo e com a presença do elemento subjetivo especial do injusto de “com o fim de obter para si ou para outrem vantagem de qualquer natureza”.

Nesse ponto a proposta legislativa é adequada, porque se busca evitar que o proprietário deixe de conservar o patrimônio cultural e este desvalorize não apenas no sentido

⁷⁹⁷ SARNEY, Roseana. *Projeto de Lei n. 7101/2006, op. cit.*

⁷⁹⁸ “As circunstâncias agravantes e atenuantes agravam ou atenuam a pena, em razão da maior gravidade do injusto. [...] Pode-se, então, denominar de *circunstância* todo fator agasalhado pela lei penal para modificar a responsabilidade penal, independentemente de sua natureza. [...] Essa conceituação abarca não apenas as agravantes e atenuantes comuns ou genéricas, aplicáveis a todos os delitos (arts. 61, 62 e 65, CP), mas, também, sob a perspectiva ampla, aquelas que constituem tipos penais atenuados (privilegiados) ou agravados (qualificados)” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume único, op. cit.*, p. 262).

⁷⁹⁹ “Conclui-se, de conseqüente, que as circunstâncias agravantes e atenuantes exasperam ou atenuam a pena em virtude da maior ou menor gravidade do injusto ou da culpabilidade, ou, simplesmente, por considerações político-criminais (exigências de prevenção especial, favorecimento da eficiência da administração da justiça, proteção à pessoa da vítima, etc.)” (*Ibid.*, p. 263).

⁸⁰⁰ SARNEY, Roseana. *Projeto de Lei n. 7101/2006, op. cit.*

⁸⁰¹ A respeito de crime omissivo próprio ou impróprio vide: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral, op. cit.*, p. 453-464.

econômico como no concernente à memória coletiva por não mais reconhecer nele o seu valor intrínseco. Essa desvalorização pode permitir uma proposta de retirada da proteção que recai sobre o bem, possibilitando até mesmo sua destruição, como ocorre em muitos imóveis de relevância histórica.

O Projeto de Lei n. 7.101, de 2006, propõe, ainda, a figura penal, acrescentando o artigo 63-A, com a seguinte redação: “Impedir, interromper ou dificultar, sem justa causa, a realização de manifestações ou eventos populares de reconhecido valor cultural: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

Os núcleos penais são mistos alternativos nas condutas de impedir (bloquear, barrar), interromper (cessar, parar) ou dificultar (complicar, atrapalhar).

Há a presença do elemento normativo do tipo com referência a uma causa de justificação⁸⁰²: “Sem justa causa”, ou seja, se houver uma justa causa, a conduta será atípica e lícita.

A conduta recai sobre as manifestações (ação de tornar público) ou eventos populares (aquilo que acontece, festividade, comemoração do povo) de reconhecido valor cultural. Novamente falha o texto ao estabelecer o valor cultural, excluindo, da tutela, por exemplo, o valor religioso, em que ocorrem muitos dos eventos populares. Por certo, o emprego do termo “bem cultural” evitaria essas exclusões tão relevantes no âmbito da proteção.

Mas, em atenção ao princípio da intervenção mínima, tão imperioso para o Direito Penal, sendo-lhe um “verdadeiro sustentáculo”⁸⁰³ que impede o uso excessivo da sanção penal, garantindo maior proteção ao bem jurídico, defende-se que esse tipo penal proposto não é necessário, devendo sua tutela ser feita no âmbito do Direito Administrativo, com efetividade da atuação da Administração Pública e o poder de Polícia a ela investido, para a defesa do patrimônio cultural imaterial inerente nas manifestações públicas e eventos populares.

Por fim, o artigo 4º, do Projeto de Lei n. 7.101/2006, propõe a revogação expressa do artigo 165, do Código Penal. Por certo, como já defendido⁸⁰⁴, tanto o artigo 165 como o artigo 166 foram revogados tacitamente pelos artigos 62 e 63, respectivamente, da Lei n. 9.605/98.

Em 2003 o deputado João Magno de Moura (PT/MG) apresenta outro Projeto de Lei n. 2.378, o qual não visa alterar a lei ambiental. Sua finalidade é acrescentar dispositivos ao

⁸⁰² Sobre os elementos normativos com referência específica à possível ocorrência de uma causa de justificação, vide: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit., p. 503.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 150.

⁸⁰⁴ ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema pena*, op. cit., p. 179.

Código Penal, “dispondo sobre os crimes de furto, roubo, dano e receptação praticados contra o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” (artigo 1º). Em sua justificativa de proposição, argumenta que a legislação penal não tutela com o devido rigor os crimes cometidos contra o patrimônio cultural, “permitindo que tais delitos sejam apenados como furtos ou roubos que recaiam sobre quaisquer bens, sem levar em conta a peculiaridade de sua relevância para a sociedade como um todo”⁸⁰⁵.

A proposta do Projeto de Lei n. 2.378/2003 é agravar as penas dos crimes de furto, roubo, dano e receptação, incluindo, ao final da redação prevista, a proteção “ao bem integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”, alterando os textos do parágrafo 5º, do artigo 155⁸⁰⁶; o inciso IV, do parágrafo 2º, do artigo 157⁸⁰⁷; o inciso III, do parágrafo único, do artigo 163⁸⁰⁸; o parágrafo 6º, do artigo 180⁸⁰⁹.

A proposta peca por não estar atualizado o conceito, ainda com a utilização da clássica terminologia “Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”, distanciando-se do moderno e mais amplo conceito constitucional, “patrimônio cultural”, que abrange os patrimônios histórico e artístico e demais valores tão relevantes que necessitam da proteção jurídico-penal, como já aventado.

Compartilha-se do entendimento de que a alteração no Código Penal é importante e necessária para fins de proteção, visto que a legislação nacional apresenta essa lacuna que deve ser preenchida. Todavia, não há previsão para o crime de tráfico ilícito, mantendo-se em aberto essa conduta que, como demonstrado, é causa de constante e relevante lesão ou perigo de lesão ao patrimônio cultural.

⁸⁰⁵ MOURA, João Magno de. Projeto de Lei n. 2378, de 2003. Acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, dispondo sobre os crimes de furto, roubo, dano e receptação praticados contra o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Câmara Legislativa*, 29 out. 2003. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=175844&filename=PL+2378/2003. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁸⁰⁶ Proposta de redação no crime de furto qualificado: “Art. 155 [...] § 5º – A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, ou se a subtração for de bem integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (NR)” (g. n.).

⁸⁰⁷ Proposta de redação dentro das causas de aumento de pena no crime de roubo: “§2º [...] IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, ou se a subtração for de bem integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (NR)” (g.n.).

⁸⁰⁸ Proposta de redação no crime de dano qualificado: “Parágrafo único [...] III – contra o patrimônio da União, de Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, ou contra bem integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (NR)” (g.n.).

⁸⁰⁹ Proposta de redação dentro das causas de aumento de pena no crime de receptação qualificada: “Art. 180 [...] § 6º Tratando de bens e instalações da União, de Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, ou de bens integrantes do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro (NR)” (g.n.).

Esse projeto está apensado ao Projeto Lei n. 10.530/2018, da deputada Flávia de Moraes (PDT/GO), em trâmite de proposição ainda. A diferença de técnica jurídico-penal repousa no fato de que a proposta do deputado João Magno de Moura inclui, dentro das previsões já existentes de causa de aumento de pena, a frase que contempla a proteção ao “Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”, ao passo que, no Projeto Lei n. 10530/2018, da deputada Flávia de Moraes, ela propõe novas causas de aumento nos tipos qualificadores que tutelam o patrimônio cultural.

Esse Projeto de Lei n. 10.530/2018 propõe alteração dos artigos 155⁸¹⁰, 157⁸¹¹, 180⁸¹², 312⁸¹³ e 334-A⁸¹⁴, do Código Penal, com o objetivo de aumentar a pena base para os crimes de furto qualificado, roubo, receptação qualificada, peculato e contrabando, quando a prática criminosa for contra o patrimônio cultural brasileiro presente em instituições de direito público. Apresenta como justificativa que “Esta alteração visa a ser uma ação afirmativa por parte do Estado, de modo a dissuadir os criminosos de subtrair e receptar tal patrimônio”⁸¹⁵. Nessa proposta, não há alteração no crime de dano e nem a previsão para um tipo penal incriminador do tráfico ilícito de bem cultural.

Na proposta apresentada pela deputada Flávia de Moraes, há a opção pelo conceito constitucional de patrimônio cultural, afastando-se do uso dos valores na redação das normas penais, com exceção na proposta do parágrafo 4º, artigo 334-A, que propõe uma qualificadora para o crime de contrabando contra os bens dos patrimônios bibliográfico e iconográfico brasileiro proibidos de exportação, conforme a Lei n. 5.471, de 9 de julho de 1968. Apenas se lastima que, ao se incluir somente os bens bibliográficos e iconográficos, restam excluídos bens relevantes como é o caso dos fósseis.

⁸¹⁰ Proposta de redação no crime de furto qualificado, incluindo um parágrafo: “Art. 155 [...] § 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos se a subtração for de patrimônio cultural em guarda de instituição de direito público” (NR).

⁸¹¹ Proposta de redação incluindo um inciso dentro das causas de aumento de pena no crime de roubo: “Art. 157 [...] § 2º [...] VI – se a subtração for de patrimônio cultural em guarda de instituição de direito público (NR)”.

⁸¹² Proposta de redação no crime de receptação qualificada, incluindo um parágrafo: “Art. 180 [...] § 7º Em caso de receptação de itens pertencentes ao patrimônio cultural em guarda de instituição de direito público. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa”.

⁸¹³ Proposta de redação no crime de peculato, incluindo um parágrafo: “Art. 312 [...] § 2º – A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos se a apropriação for de patrimônio cultural (NR)”.

⁸¹⁴ Proposta de redação no crime de contrabando, incluindo mais um parágrafo: “Art. 334-A [...] § 4º – A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 7 (sete) anos se o crime de contrabando for praticado com itens do patrimônio bibliográfico e iconográfico brasileiro proibidos de exportação, conforme a Lei n. 5.471, de 9 de julho de 1968 (NR)”.

⁸¹⁵ MORAIS, Flávia de. Projeto de Lei n. 10530, de 2018. Altera os artigos 155, 157, 180, 312 e 334-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. *Câmara Legislativa*, 4 jul. 2018. p. 1. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1674462. Acesso em: 29 abr. 2022.

Lamenta-se, na proposta apresentada, que os acréscimos tão necessários aos tipos penais de furto, roubo e receptação conttenham a restrição de serem “patrimônio cultural em guarda de instituição de direito público”, excluindo, assim, a guarda de âmbito privado.

A justificativa apresentada no projeto é de que o artigo 216 e os seus parágrafos 1º ao 4º da Constituição Federal colocam o Estado como ponto principal da proteção desse patrimônio. Por certo, promover e proteger o patrimônio cultural são obrigações constitucionais do Poder Público, mas isso não significa que a guarda do patrimônio cultural esteja apenas sob o Poder Público, ao contrário, há bens do patrimônio cultural que estão sob a guarda e propriedade de pessoas físicas ou jurídicas do âmbito privado.

Caso a intenção foi restringir para o que deve ser considerado patrimônio cultural, poderia ter se utilizado da técnica da norma penal em branco, como fez a Lei n. 9.605/98, e prever que deve ser “bem cultural protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”. Dessa forma, a proteção seria completa e ao mesmo tempo restrita aos bens que são reconhecidos por serem portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

O Projeto visa ao aumento das penas previstas, com a seguinte justificativa: “De modo que em pouquíssimos casos o criminoso pegaria uma pena substitutiva, aumentando assim a percepção do criminoso sobre os custos envolvidos em seus delitos”⁸¹⁶. Para tanto sugere que a) no crime de furto qualificado aumentar a pena, que é de dois a oito anos, para quatro a oito anos; b) incluir uma causa de aumento de pena no crime de roubo, sem alterar a fração de 1/3 até metade; c) haja uma receptação qualificada em que a pena passe de três a oito anos para quatro a oito anos; d) no crime de peculato, inclua-se uma figura qualificadora, ampliando-se a pena, que atualmente é de dois a 12 anos, para quatro a 12 anos; e) para contrabando, o qualificado com aumento da margem penal tanto da menor quanto da maior pena, que é de dois a cinco anos, para quatro a sete anos.

Concorda-se que a relevância do patrimônio cultural e sua necessidade de proteção condizem com a proposta apresentada para o aumento das margens penais, demonstrando a gravidade do injusto, mas a lacuna em relação ao tráfico ilícito permanece, vez que não há uma proposta para esse tipo penal no projeto apresentado.

⁸¹⁶ MORAIS, Flávia de. *Projeto Lei n. 10530, de 2018, op. cit.*, p. 5.

Em 2019, é apresentado o Projeto de Lei n. 3.363/2019 pelo deputado Marcelo Calero (Cidadania/RJ), que também está apensado ao Projeto de Lei n. 10530/2018, em trâmite de proposições, sujeito ainda à apreciação do Plenário⁸¹⁷.

O Projeto de Lei n. 3.363 traz em sua ementa a proposta de tipificar a importação, a exportação ou a transferência de bem cultural, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar bem como incluir causa de aumento de pena para os crimes contra o patrimônio e para o crime de lavagem de dinheiro, quando se tratar de bem cultural⁸¹⁸. Tem, assim, uma proposta de tipificação do tráfico ilícito de bem cultural.

O artigo 2º⁸¹⁹, desse projeto de Marcelo Calero, apresenta a proposta de se criar uma causa de aumento geral de pena para os crimes contra o patrimônio previstos no Título II: a pena será aumentada de um terço, quando se tratar de bem cultural, embasando a justificativa jurídica do projeto no artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Faltou restringir a amplitude da proteção inserindo o uso da técnica da norma penal em branco: protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

E, ainda, há a falha de ser uma causa de aumento geral para todos os tipos que estão previstos no Título II, nos quais estão inclusos crimes que não afetam o bem cultural como extorsão, extorsão mediante sequestro, extorsão indireta, alteração de limites, usurpação da água, esbulho possessório, supressão ou alteração de marcas em animais, introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, apropriação indébita previdenciária, fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, fraude no pagamento por meio de cheque, estelionato contra idoso ou vulnerável, abuso de incapazes, induzimento à especulação, outras fraudes, fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações, emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant”, fraude à execução.

Entende-se que, nesse sentido, as propostas dos projetos de lei anteriores que aumentam as penas nos delitos específicos de furto, roubo, dano e receptação caminham melhor para a segurança jurídica e proteção do patrimônio cultural.

⁸¹⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Atividade legislativa: projetos de lei e outras proposições*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206854>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁸¹⁸ CALERO, Marcelo. Projeto de Lei n. 3363, de 2019. Tipifica a importação, a exportação ou a transferência de bem cultural, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como cria causa de aumento de pena para os crimes contra o patrimônio e para o crime de lavagem de dinheiro, quando se tratar de bem cultural. *Câmara Legislativa*, 6 jun. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1760999&filename=PL+3363/2019. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁸¹⁹ “Art. 2º A Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 183-A, bem como do Título III-A: ‘Aumento de pena Art. 183-A. A pena é aumentada de um terço quando se tratar de bem cultural’” (*Ibid.*).

Louva-se a proposta inovadora, prevista nesse projeto de lei, de incluir um Título específico para a tutela do patrimônio cultural (TÍTULO III-A – DOS CRIMES CONTRA OS BENS CULTURAIS) no Código Penal, porque é o melhor caminho para sua efetiva proteção, atendendo à indicação constitucional de criminalização prevista no parágrafo 4º, do próprio artigo 216, da Constituição.

Outra falha repousa no fato de que há no projeto apenas e tão somente um tipo penal para esse Título, desprovida de melhor rigor jurídico-penal, enfraquecendo e restringindo sua tutela específica que envolve não apenas uma lesão ou perigo de lesão, mas várias, que vão além do tipo penal proposto. Um tipo penal para um Título no Código Penal permite que se questione o merecimento da inclusão de um Título específico para tal fim, dando-lhe um campo de tutela penal muito restrito e deixando lacunas.

Defende-se que é de extrema necessidade a inclusão de um Título dentro do Código Penal para tratar de todos os crimes que atinjam o bem jurídico-penal, que tem lastro constitucional, que é o patrimônio cultural.

O tipo penal proposto tem como bem jurídico protegido o patrimônio cultural, como argumentado na justificativa da proposta acima exposta. O tipo objetivo proposto tem a seguinte redação: “Art. 196-A. Importar, exportar ou transferir bem cultural, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, propõe como consequência jurídica “Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa”.

Verifica-se que o núcleo é composto de três condutas: importar (introduzir), exportar (remeter para fora do país), transferir (mudar de um lugar para outro). É um tipo misto alternativo, cuja conduta punível corresponde a importar, exportar ou transferir bem cultural, que é o objeto da ação.

Entende-se que a previsão de apenas tão somente três condutas não abrange a amplitude que o crime de tráfico do patrimônio cultural engloba. Como argumenta Ana Luiza Fernandes Tótola⁸²⁰, o tráfico de bens culturais pode ser perpetrado em diferentes contextos e envolve múltiplas atividades como roubos, escavações ilícitas, pilhagens durante conflitos armados ou ocupações militares, exportação e importação ilícitas, transferências de propriedade ilegais, produção e uso de documentação falsificada e comercialização de bens falsificados.

⁸²⁰ TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 37.

Comparando-se o tipo penal proposto com o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, da Lei n. 11.343/2006⁸²¹, tem-se que este estipula como condutas importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas.

No seu parágrafo 1º, III, prevê as mesmas penas para quem utiliza local ou bem de qualquer natureza para o tráfico ilícito de drogas. Em comum entre os dois tipos penais, do tráfico ilícito proposto e do tráfico de drogas, há os verbos importar e exportar, sendo que transferir pode ser considerado sinônimo de remeter.

Claro que condutas como preparar, produzir, fabricar, oferecer, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas não são aptas para o crime do tráfico contra o patrimônio cultural. Mas condutas como adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, utilizar local ou bem de qualquer natureza para o tráfico ilícito constituem ações que podem causar uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tão relevante como é o patrimônio cultural.

No crime de tráfico de pessoas, artigo 149-A, do Código Penal⁸²², arrolam-se as condutas agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa. Dentre as condutas aptas para serem realizadas no crime de tráfico contra o patrimônio cultural, podem-se utilizar os verbos transportar, transferir e comprar, porém, no tipo penal proposto no projeto, consta apenas transferir, estando ausentes as ações de transportar ou comprar, que também podem causar uma lesão ou perigo de lesão ao patrimônio cultural.

Em relação ao crime de tráfico internacional de arma de fogo, previsto no artigo 18, da Lei n. 10.826/2003⁸²³, aparecem as condutas importar, exportar, favorecer a entrada ou saída

⁸²¹ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa” (BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 6 maio 2022).

⁸²² “Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, op. cit.*).

⁸²³ “Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa” (BRASIL. Lei n. 10.826, de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 6 maio 2022).

do território nacional. Está ausente na proposta para o tráfico ilícito do bem cultural a conduta de favorecer a entrada ou saída do território nacional.

Há, assim, lacuna no Projeto de Lei n. 3.363/2019, proposto pelo deputado Marcelo Calero, na previsão das condutas tipificadas, sendo necessária uma nova formulação para alcançar maior abrangência de proteção.

No tipo penal proposto, o termo bem cultural é elemento normativo do tipo de valoração jurídica, cujo conceito está no artigo 216, da Constituição Federal, que é o patrimônio cultural. Para melhor segurança jurídica e proteção do bem jurídico, falha a proposta em não conter a norma penal em branco, prevista no artigo 62, incisos I e II, da Lei Ambiental, que limita o bem jurídico para aqueles que são protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Há a presença do elemento normativo com referência a uma possível causa de justificação: “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Essa previsão é relevante, visto que não são todos os bens culturais que não podem sair do País⁸²⁴, sendo importante que haja o intercâmbio desses bens, pois “[...] promove o entendimento entre os povos, bem como da difusão da cultura para o bem-estar da humanidade e o progresso da civilização”⁸²⁵.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e o sujeito passivo, a coletividade, a pessoa jurídica de direito público (União, Estado ou Município) e, conforme o caso, o proprietário do patrimônio cultural.

O tipo subjetivo é o dolo, não há a figura do tipo subjetivo especial. Inexiste a previsão da forma culposa.

O crime se consuma com as práticas da importação, exportação ou transferência do bem cultural, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Admite a tentativa.

⁸²⁴ “Bens culturais que não podem sair do país. 1. Artefatos, coleções ou acervos tombados pelo Iphan: pinturas, esculturas, gravuras, peças de mobiliário, peças ou coleções de moedas e medalhas antigas e outros objetos cujo valor excepcional esteja reconhecido individualmente ou em conjunto pelo Iphan (Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937 – lista de bens tombados); 2. Obras de arte e ofícios produzidos ou introduzidos no Brasil até o fim do período monárquico (1889): pinturas, desenhos, esculturas, obra de talha, gravuras, elementos de arquitetura, imaginária, ourivesaria, peças de mobiliário (Lei n. 4.845, de 19 de novembro de 1965); 3. Objeto de interesse arqueológico ou pré-histórico, incluindo peças ou coleções de moedas e medalhas antigas (Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961); e 4. Livros e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX (Lei n. 5.471, de 9 de julho de 1968)” (IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Saída de bens culturais do Brasil*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/881>. Acesso em: 6 maio 2022).

⁸²⁵ Preâmbulo da Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilícitamente Exportados (BRASIL. *Decreto n. 3.166, de 14 de setembro de 1999, op. cit.*).

A consequência jurídica do delito prevista é a pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. Assenta-se dentro do princípio da proporcionalidade a pena proposta, visto que o tráfico ilícito de bem cultural se inclui das propostas de combate internacional como um dos mais ocorridos e relevantes, acompanhando os crimes de tráficos de drogas e de pessoas. Assim, em uma comparação das penas cominadas, tem-se, para o tráfico de pessoas, a reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa (artigo 149-A do Código Penal), e, para o tráfico de drogas, reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (artigo 33, da Lei n. 11.343/2006). Quanto ao tráfico internacional de arma de fogo, a pena é de reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa (artigo 18, da Lei n. 10.826/2003).

A ação penal será pública incondicionada.

O projeto finaliza com a proposta⁸²⁶ de ser causa de aumento de pena no crime de lavagem de dinheiro previsto na Lei n. 9.613/1998, quando se tratar de bem cultural, com aumento da pena de um terço. Por certo esse aumento é relevante, considerando-se que já é reconhecido o vínculo entre o tráfico ilícito de bem cultural e o crime de lavagem de dinheiro⁸²⁷.

Como mencionado no início deste item, esses projetos estão na Câmara dos Deputados e ainda não foram colocados para votação (Projeto de Lei n. 1.0530/2018 encontra-se em trâmite de proposições – nele estão apensados os Projetos de Lei n. 3.363/2019, n. 2.378/2003 – apenas o Projeto de Lei n. 7.101/2006 está pronto para a pauta do Plenário). Com o fim de contribuir para melhoria da proteção do patrimônio cultural, traz-se uma nova proposta de tipo legal para o crime do tráfico ilícito de bem cultural.

⁸²⁶ Proposta: “Art. 3º O § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 1º [...] § 4º A pena será aumentada: I – de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa; e II – de um terço quando se tratar de bem cultural [...]’ (NR)”.

⁸²⁷ TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 57.

4.4 CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE BEM CULTURAL

Antes, porém, de se adentrar na proposta central do presente trabalho, que é apresentar um tipo penal para o tráfico ilícito de bem cultural, insta se ponderar se sua inserção no contexto jurídico-penal brasileiro tem dignidade e merecimento penal.

Ensina Luiz Regis Prado que o Direito Penal deve evitar determinadas concepções puramente morais e ideológicas para ser comprometido com o modelo do Estado democrático e social de Direito⁸²⁸. Especialmente porque “O Estado de Direito contemporâneo é ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo, especialmente seus órgãos executivos e penitenciários”⁸²⁹.

Para tanto, é imperioso que as previsões legais do Direito Penal estejam submetidas de modo absoluto aos postulados dos direitos fundamentais e da dignidade humana como seu fundamento comum⁸³⁰. Nesse sentido, tem-se que, ao se tratar de Direito Penal, deve-se ter em conta que sua proteção se refere a bens jurídicos essenciais à coletividade⁸³¹.

Esse caminho proposto para o Direito Penal afasta-o do denominado *Direito Penal Simbólico*⁸³². Embora todo Direito Penal tenha um sentido simbólico⁸³³, o que aqui se considera simbólico é no sentido negativo, que está associado ao engano decorrente da reação estatal que pretendeu uma ampla tipificação penal, usando-o de forma demagógica, para atender a fins políticos.

José Luiz Diéz Ripollés leciona que o Direito Penal simbólico se origina quando ele é utilizado para servir como alternativa (na falta de melhores) para o papel de código moral da sociedade, sendo o protagonista na progressiva judicialização de quaisquer conflitos ou

⁸²⁸ PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, *op. cit.*, p. 4.

⁸²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Engenharia institucional criminal. Sobre a necessária interdisciplinaridade construtiva entre direito penal e ciência política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais Online, v. 29, jan./mar. 2000. p. 250.

⁸³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249, op. cit.*, p. 4.

⁸³¹ CEREZO MIR, José. *Obras completas: otros estudios*. Peru: Ara Editores, 2006. t.2, p. 25.

⁸³² “[...] Direito penal *simbólico*, é dizer, o legislador atende as modernas pressões sociais de incriminação de determinadas atividades nocivas ao homem e, ao mesmo tempo, atende as pressões do poder econômico: o fruto desse conflito é a produção de um Direito penal simbólico, que consiste na incriminação vaga, elástica, imprecisa e inconsistente. Com isso o Legislativo lava as mãos, faz de conta que incriminou as atividades nocivas e joga depois toda responsabilidade nos Juizes, dizendo que eles não aplicam a lei. É bem verdade, também, que o próprio Poder Judiciário, de um modo geral, inclina-se ainda muito mais para o econômico que para o social, mas para isso muito contribui, indisfarçavelmente, a mencionada legislação simbólica” (GOMES, Luiz Flávio. Proteção penal do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 673, p. 391, nov. 1991).

⁸³³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3). p. 172.

dilemas valorativos sociais⁸³⁴. O Direito Penal ideal corresponde a um Direito Penal mínimo e garantista, ou seja, de garantia do cidadão perante o poder punitivo estatal⁸³⁵.

Pode-se questionar se a tutela penal do patrimônio cultural, em especial do tráfico ilícito ora proposto, incide em mais uma das formulações simbólicas.

Ensina Jesús-Maria Silva Sanches que, a par da “expansão desarrazoada” do Direito Penal, há um espaço para a “expansão razoável”, que consiste na defesa dos bens coletivos e difusos. Expõe que o reconhecimento de novos bens jurídicos a serem protegidos juridico-penalmente, os quais representam novas realidades, tem como causa a deterioração de realidades tradicionais abundantes que começam a se manifestar como escassas, ou mesmo “[...] o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas [...]”. Ainda, cita como exemplo desta última o patrimônio cultural⁸³⁶.

Como se tem defendido ao longo deste trabalho, o patrimônio cultural é um bem jurídico autônomo, que tem assento constitucional previsto no artigo 216, da Constituição Federal, considerado direito fundamental social⁸³⁷, direito metaindividual, reservatório da memória coletiva e da identidade da sociedade brasileira⁸³⁸.

Myrian Sepúlveda dos Santos faz o seguinte questionamento: “Como preservar a memória em um ambiente que se renova em ritmo acelerado?” e pondera que, “Nos dias atuais, o medo da amnésia coletiva foi substituído pela *obsessão pela memória* [...]. Os avanços da microeletrônica propiciaram o crescimento gigantesco das memórias artificiais”⁸³⁹, crescimento este decorrente da multiplicação dos registros, traços e imagens do passado tanto em instituições públicas como em arquivos pessoais. A amnésia coletiva gera um mundo em que “[...] a competitividade, a racionalidade e os novos meios de comunicação substituem sentimentos, práticas coletivas e vínculos interpessoais presentes em antigas

⁸³⁴ RIPOLLÉS, José Luis Diéz. Um modelo dinâmico de legislação penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 3, n. 4, jan./jun. 2006. p. 7.

⁸³⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, set. 2000. p. 419.

⁸³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução por Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Ciências Criminais no Século 21, v. 11). p. 27-28.

⁸³⁷ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, op. cit., p. 48-52. No mesmo sentido: SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, op. cit., p. 63; REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*, op. cit., p. 65.

⁸³⁸ SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, op. cit., p. 96-97.

⁸³⁹ SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *Memória coletiva e identidade nacional*, op. cit., p. 215; p. 16.

comunidades”⁸⁴⁰, por isso essa autora afirma que “[...] a memória, ao contrário da história, pode ser utilizada na luta contra o esquecimento e arbítrio”⁸⁴¹.

Para a preservação da memória coletiva, tutela-se o patrimônio cultural, que é um direito com base na qualidade da pessoa de ser reconhecida como brasileira, retratando essa identidade⁸⁴².

A identidade vem da descoberta do pertencimento, do ser que pertence a determinado povo, em uma construção forjada no tempo, em que o passado, presente e futuro se entrelaçam; em que o patrimônio cultural faz a ligação que possibilita a efetividade do encontro entre a memória do passado na construção do *sendo* coletivo para a formação da identidade da sociedade e o sentimento de pertencimento de ser brasileiro.

Os elementos que integram o patrimônio cultural formam um extraordinário legado da História de que as pessoas têm o direito de desfrutar e a obrigação de preservar para as gerações futuras⁸⁴³. Sua importância tem guarida em tratados internacionais firmados pelo Brasil⁸⁴⁴, valendo se citar o preâmbulo da Convenção de Paris (1972), que ressalta que a degradação de um patrimônio cultural ou o seu desaparecimento constituem um empobrecimento nefasto, por serem todos os bens incomparáveis e insubstituíveis⁸⁴⁵.

Entretanto, apesar de toda essa relevância, são bens que estão “[...] em perigo e com eles a própria essência das culturas representadas”⁸⁴⁶.

Ivete Senise Ferreira⁸⁴⁷ argumenta que há a necessidade da tutela penal do patrimônio cultural ante a relevância da questão na ordem jurídica atual de se intensificar sua defesa e conservação, pois se refere às exigências da vida em sociedade, à memória e ao futuro do homem, às suas formas de expressão artística e suas oportunidades de lazer, enfim, a tudo aquilo que integra o atual conceito de qualidade de vida.

⁸⁴⁰ SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *Memória coletiva e identidade nacional*, op. cit., p. 215; p. 46.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 215; p. 101.

⁸⁴² SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*, op. cit., p. 96-97.

⁸⁴³ GONZÁLES RUS, Juan José. *Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, op. cit., p. 40.

⁸⁴⁴ *Vide* Capítulo 1.

⁸⁴⁵ BRASIL. Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Promulga a convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de 1972. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 14 dez. 1977. Disponível em: <http://www.lei.adv.br/80978-77.htm>. Acesso em: 2 jun. 2021.

⁸⁴⁶ MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 17-35, jan./mar. 1993. p. 19.

⁸⁴⁷ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 115-116.

Como já apresentado anteriormente⁸⁴⁸, no artigo 216, parágrafo 4º, da Constituição Federal, há a indicação de criminalização (ao estabelecer que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei), sendo inquestionável a dignidade do patrimônio cultural como bem jurídico-penal e que este se ajusta aos critérios clássicos de dignidade, merecimento e necessidade de tutela penal⁸⁴⁹.

O tráfico ilícito de bem cultural desponta como uma das maiores e mais graves lesões ou perigo de lesão a esse bem jurídico tão caro para a humanidade⁸⁵⁰.

Infelizmente, não é apenas o radicalismo nas guerras que coloca em perigo o patrimônio cultural. O contrabando de artefatos que são bens culturais tornou-se a terceira maior atividade ilícita em movimentação financeira no mundo, ficando atrás somente do tráfico de armas e de drogas, com uma estimativa de movimentação financeira de 6 bilhões de dólares por ano⁸⁵¹.

A dimensão econômica é relevante, quando se trata de combater esse tráfico, pois fomenta outros crimes (como terrorismo, lavagem de dinheiro, corrupção, outras modalidades do tráfico, inclusos no âmbito da criminalidade transnacional organizada⁸⁵²) e movimenta um comércio ilegal sem precedentes. Assim, pode-se” concluir que a motivação financeira ainda é preponderante para a consecução desse ilícito. Ademais, trata-se de uma atividade criminosa profissionalizada e construída sob tentáculos bem estruturados mundo afora”.⁸⁵³

⁸⁴⁸ Vide 2.4 Indicação de Criminalização.

⁸⁴⁹ LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 261.

⁸⁵⁰ Tal é a preocupação internacional que foram firmadas Convenções sobre essa questão, como já exposto no começo deste capítulo, em especial, tem-se a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), reunida em Paris, de 12 de outubro a 14 de novembro de 1970, que, em sua 16ª sessão, promulgou a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais, afirmando, taxativamente, que todo Estado deveria tomar cada vez mais consciência do seu dever moral de respeitar seu próprio patrimônio cultural e o de todas as outras nações. Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 72.312, de 31 de maio de 1973. Em 1972, a UNESCO adotou a convenção do patrimônio mundial cultural e natural, com a finalidade de incentivar a preservação de bens culturais e naturais considerados significativos para a humanidade. E, para suprimir a lacuna da convenção de 1970, foi aprovada a convenção do UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.

⁸⁵¹ HOLLANDA, Bernardo Buarque de. *Prefácio*, op. cit., p. 16.

⁸⁵² TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 177.

⁸⁵³ PINHEIRO, Luciano Andrade; PANZOLINI, Carolina Diniz Panzolini. Tráfico ilícito de bens culturais. *Migalhas*, 24 ago. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/pi-migalhas/286276/trafico-ili-cito-de-bens-culturais>. Acesso em: 15 abr. 2022.

Tem crescido, de forma agressiva, o tráfico de bens culturais, decorrente do seu grande retorno financeiro e da falta de legislação própria de diversos países que facilitam esse processo, sendo que essa prática tem dilapidado o patrimônio cultural⁸⁵⁴.

O tráfico internacional de bens culturais é a causa do maior fator de empobrecimento dos patrimônios culturais dos Estados, sendo um tráfico que não está mais ligado às guerras e conflitos armados, mas ao crescimento do comércio internacional de artes, por meio de grandes investidores (em especial, bancos e seguradoras). Essa é a preocupação da Convenção da UNESCO, Paris/1970, cujo princípio fundamental a ser seguido é combater as trocas ilícitas de bens culturais a fim de favorecer e multiplicar as trocas lícitas⁸⁵⁵.

Em termos de Brasil⁸⁵⁶, compactua-se com a ideia de que “A tutela penal (preventiva e repressiva) do patrimônio cultural mostra-se lacunosa, desprovida de técnica e desatualizada. Nosso patrimônio artístico e histórico, já pobre, deveria ser mais efetivamente preservado”⁸⁵⁷.

Não há nenhum tipo penal específico que combata o tráfico ilícito de bem cultural, sendo urgente sua tutela para a sua maior proteção jurídica. O combate ao tráfico ilícito de bem cultural “[...] constitui-se [em] uma premissa de defesa de soberania, de preservação da história da humanidade, da proteção à identidade cultural de uma nação e, sem dúvida, de impactos econômicos imensos”⁸⁵⁸.

Essa lacuna, em especial sobre o tráfico ilícito de bem cultural, já foi objeto de estudos, em especial de dissertações de mestrados⁸⁵⁹ que concluíram sobre a necessidade de se ter uma proteção penal mais efetiva para combater essas condutas que causam tão grandes danos ao patrimônio cultural, que é um bem jurídico difuso, social, com manto da Constituição Federal.

⁸⁵⁴ CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. *O tráfico ilícito de bens culturais e a repartição como reparação histórica*, op. cit., p. 113.

⁸⁵⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. *A proteção internacional dos bens culturais: uma nova perspectiva*, op. cit., p. 366-366 1995.

⁸⁵⁶ No capítulo anterior foi feita uma abordagem da legislação penal brasileira que tutela o patrimônio cultura.

⁸⁵⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Curso de direito penal*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011

⁸⁵⁸ PINHEIRO, Luciano Andrade; PANZOLINI, Carolina Diniz Panzolini. *Tráfico ilícito de bens culturais*, op. cit.

⁸⁵⁹ Nesse sentido, vide: BROLLO, Sílvia Regina Salau. *Tutela jurídica do meio ambiente cultural: proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais materiais*, op. cit., p. 98-106; e TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 178-180. Em ambas as dissertações são feitas as constatações, sendo que a Ana Luiza Fernandes Tótola faz recomendações em suas conclusões para supressão das lacunas, mas ambas não apresentam nenhuma proposta de tipo penal. Com a mesma conclusão, vide o seguinte artigo: COSTA, Tailson Pires; ROCHA, Joceli Scremin da. A incidência da receptação e do tráfico ilícito de obras de arte no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 16, n. 6, 2021. p. 280. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/525/523>. Acesso em: 15 abr. 2022.

Outro ponto que demanda menção é a questão sobre onde se deve localizar essa proteção jurídico-penal do patrimônio cultural, em especial, da proposta de tipificação do seu tráfico ilícito. Isso porque, apesar de ser um problema de cunho formal, a localização topográfica é salutar para a adequada construção dos tipos e sua aplicação eficaz⁸⁶⁰.

Na França, a proteção ao patrimônio cultural é compilada na Lei n.º 2004-178, de 20 de fevereiro de 2004. Assim, Rodrigo Vieira Costa propõe que o Brasil deva seguir esse exemplo compilando toda a legislação vigente do patrimônio cultural, porém destaca que não serve “A mera compilação das normas relativas aos bens culturais não é suficiente. É mister que se proceda ainda a uma atualização”⁸⁶¹.

Mantém-se o entendimento⁸⁶² de que o melhor caminho para sua proteção é a de sistematização legislativa pelo critério unitário⁸⁶³, com uma legislação penal básica, toda reunida e integrada no Código Penal que tutele o patrimônio cultural como bem jurídico autônomo, separado, inclusive, dos tipos penais ambientais. Essa foi a opção do legislador espanhol, que inseriu os delitos contra o patrimônio cultural no Código Penal, artigos 321 a 324 (*Los delitos sobre el patrimonio histórico: el Capítulo II del Título XVI*⁸⁶⁴).

Para a tutela penal de combate ao tráfico ilícito de bem cultural, o Projeto de Lei n. 3.363/2019, do deputado Marcelo Calero, apresenta a inserção de um Título no Código Penal para tipificar apenas esse crime. Como já mencionado, não se compartilha da ideia de se incluir um Título com um único artigo. Todavia, entende-se que o melhor caminho será a inserção um Título no Código Penal que tutele, em capítulos separados, os bens jurídicos – ambiente, patrimônio cultural – e a ordenação do território (nos moldes do Código Penal

⁸⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*, op. cit., p. 34.

⁸⁶¹ COSTA, Rodrigo Vieira. *A ideia do código de proteção do patrimônio cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais*, op. cit., p. 10.

⁸⁶² Vide: ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*, op. cit., p. 149-150.

⁸⁶³ Na argumentação de que a tutela ambiental deve estar no Código Penal, Luiz Regis Prado afirma que “O posicionamento acima tracejado – critério unitário – permite obter maior unidade e harmonia, além de superior coordenação, facilitando em muito o conhecimento e a interpretação dos elementos que compõem a tipologia penal do ambiente. Por consequência, pode-se ter uma aplicação mais uniforme e integral dos injustos penais, com possíveis reflexos em nível de eficácia. Ao contrário da dispersão normativa setorial, evita-se, igualmente, o surgimento de eventuais falhas, redundâncias ou distorções no tratamento de condutas de similar gravidade” (PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*, op. cit., p. 37-38).

⁸⁶⁴ Em Espanha: “*Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. O TÍTULO XVI – De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. CAPÍTULO I – De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. CAPÍTULO II – De los delitos sobre el patrimonio histórico. CAPÍTULO III – De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. CAPÍTULO IV – De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. CAPÍTULO V – Disposiciones comunes*” (ESPAÑA. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, op. cit.).

Espanhol). Isso, inclusive, atenderia à função sistemática do bem jurídico, em que os tipos e o capítulo desse Título seriam estruturados com lastro no critério do patrimônio cultural.

Dessa forma, os tipos penais previstos na Lei n. 9.605/98 seriam incorporados dentro desse Título, em especial os artigos 62 e 63, adequando-os ao conceito constitucional previsto no artigo 216 e seus incisos.

Entende-se que não podem ser inseridos no Título II, Dos crimes contra o patrimônio, porque não têm apenas a característica de valoração econômica do bem ou interesse protegido, mas serão abrangidos também objetos de valor afetivo⁸⁶⁵, sejam estes materiais ou imateriais, considerados em conjunto ou separadamente, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

No mesmo entendimento, Jorge dos Reis Bravo⁸⁶⁶ sugere, para o Direito Português, que o patrimônio cultural deve ser tutelado em uma categoria à parte, como bem jurídico autônomo, pois lá também é tratado de forma fragmentada no Título e capítulo sistemáticos dos crimes contra o patrimônio e contra a propriedade, ante as dificuldades encontradas na subsunção de condutas específicas nas categorias penais típicas.

Na legislação espanhola, o atual Código Penal que passou a ter vigência em 1996, incorpora, pela primeira vez na História, em seu código, um Título dedicado aos delitos contra a ordenação do território, a proteção do patrimônio histórico e do meio ambiente, (Título XVI), estando os delitos contra o patrimônio histórico previstos no Capítulo II, voltado exclusivamente para sua tutela, considerando-o como um bem jurídico autônomo, em uma tutela penal direta, atendendo ao mandato constitucional previsto no artigo 46⁸⁶⁷. Porém, críticas a algumas falhas de disposição também ocorreram, pois o artigo 289⁸⁶⁸ está no capítulo XII, do Título XIII, livro II do Código, mas traz a figura com a rubrica “*De la*

⁸⁶⁵ Convém se notar que a própria conceituação penal já evoluiu, autorizando a inclusão como ação delituosa não apenas a proteção de bens de cunho econômico, mas também os de valor afetivo (FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, op. cit., p. 15). Porém ocorre que, quando a doutrina trata do conceito de patrimônio, “Denota-se, portanto, que o ponto central da definição jurídica está estritamente relacionado com a possibilidade de se mensurar e estabelecer um valor pecuniário aos bens e interesses que compõe o patrimônio público ou particular” (SUCASAS, Willey Lopes. Crimes contra o patrimônio: uma proposta de política criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 125, p. 6, abr. 2003).

⁸⁶⁶ BRAVO, Jorge dos. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*, op. cit., p. 50.

⁸⁶⁷ LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 66. No mesmo sentido: CEREZO, Ángel Calderón; MONTALVO, José Antonio Choclán. *Derecho penal. Tomo II, parte especial*, op. cit., p. 372-373.

⁸⁶⁸ “Artículo 289. El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses a multa de seis a 10 meses” (ESPAÑA. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, op. cit.).

sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, apresentando a argumentação de que deveria estar dentro dos delitos do Capítulo II, do Título XVI, que trata dos delitos sobre o patrimônio histórico, pois o bem jurídico protegido é o patrimônio econômico e cultural do país, assim como os interesses da comunidade⁸⁶⁹.

Assim, pode-se verificar que, similar ao Brasil, no Código Penal anterior da Espanha a proteção dos delitos contra o ambiente, patrimônio cultural e ordenação do território era feita indiretamente; quando as condutas recaíam contra o patrimônio cultural, efetuava-se a tutela mediante agravamento ou qualificações incorporadas aos delitos de roubo, furto, incêndio e danos⁸⁷⁰.

No Código Penal espanhol está inserida a proteção no Título XVI, dividido em cinco Capítulos: *Delitos sobre la ordenación del territorio* (I); sobre o patrimônio histórico (II), contra os recursos naturais e meio ambiente (III), proteção da flora e da fauna (IV), e no último, disposições comuns (V). Concernente à doutrina espanhola, enaltece-se a inovação do legislador em incluir no Código Penal figuras antes dispersas⁸⁷¹.

No que respeita à França, critica-se sua complexidade normativa em relação ao patrimônio cultural, que é sua característica mais evidente de proteção penal, porque combina uma tutela indireta dos bens culturais por meio do Código Penal (com agravamento de pena no delito de danos que incidem sobre a categoria de bens relativos ao patrimônio cultural) com leis especiais que contêm preceitos penais sancionadores das agressões realizadas contra bens de valor cultural⁸⁷².

Dentro da proposta de se ter um título específico no Código Penal que tutele o patrimônio cultural como bem jurídico autônomo, há a necessidade e urgência da criminalização do tráfico ilícito que o afeta de forma tão avassaladora.

Segundo Ana Luiza Fernandes Tótola⁸⁷³, não há um conceito de tráfico de bens culturais, em especial nas resoluções da União Europeia, ficando vinculado às condutas, com uma definição ampla, que considera qualquer movimento, transporte, importação, exportação, manutenção ou comércio de bens culturais realizado em violação das regras que regem a propriedade ou circulação desses bens ou a manutenção do seu *status*.

⁸⁶⁹ GÓMES, Alfonso Serrano; MAÍLLO, Afonso Serrano. *Derecho penal: parte especial*, op. cit., p. 531.

⁸⁷⁰ CEREZO, Ángel Calderón; MONTALVO, José Antonio Choclán. *Derecho penal. Tomo II, parte especial*, op. cit., p. 372.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 372.

⁸⁷² LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit., p. 92.

⁸⁷³ TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 63.

A legislação espanhola⁸⁷⁴, que prevê tipos específicos no Código Penal para proteção do patrimônio cultural, apenas criminaliza: a demolição ou alteração grave de edificações especialmente protegidos (artigo 321), a prevaricação específica em caso de informações favoráveis a projetos de demolição ou alteração de edificações especialmente protegidas (artigo 322), danos contra o patrimônio cultural (artigo 323) e danos por imprudência grave (artigo 324). Não há previsão para o crime de tráfico ilícito.

No Código Penal Francês também não há a figura penal do tráfico ilícito, apenas a previsão dos crimes de destruição, degradação e deterioração do bem cultural (artigo 322-2)⁸⁷⁵.

Na Itália, o patrimônio cultural é protegido pela Lei n. 1089, de 2 junho de 1939, que tutela interesses artístico, histórico, arqueológico, etnográfico, sendo essa lista meramente exemplificativa, pois se volta para o conjunto de bens de interesse cultural cujos objetos apresentam amplitude para satisfazer a exigência de civilidade⁸⁷⁶. Nessa lei italiana, há previsão para o crime de alienação de antiguidades e objetos e arte (artigo 62); a finalidade é evitar a dispersão e o empobrecimento do patrimônio cultural por meio de atos contrários à norma de tutela, mas não há o crime de tráfico em si.

Seguindo a lógica do que se vem argumentando, não são todos os bens culturais que serão integrantes do bem jurídico a ser protegido no crime do tráfico ilícito, mas somente os que são reconhecidos como patrimônio cultural⁸⁷⁷. Por certo, quando se trata de bens culturais, eles correspondem a objetos que são expressão objetiva da memória coletiva (suportes da memória coletiva)⁸⁷⁸. Porém, é importante que a extensão dos bens culturais seja limitada pelo fruto do reconhecimento por parte das autoridades institucionalizadas⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ ERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, op. cit.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 110-111.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 129.

⁸⁷⁷ GONZÁLES RUS, Juan José. *Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, op. cit. p. 35.

⁸⁷⁸ “O objeto antigo é aquele que alguns estudiosos chamam de ‘objeto marginal’, ou seja, o objeto que perdeu funcionalidade prática e ganhou a função de *signo*, passando a significar o tempo. Para ser um suporte da memória, o objeto antigo ou marginal deve ser algo definitivo ou terminado (nada lhe pode ser acrescentado ou retirado), trazer em si mesmo as marcas de sua autenticidade (não pode ser forjado), figurar um ‘mito de origem’ (isto é, ser um talismã), ser anacrônico (isto é, sem relação com o tempo presente, pois é o anacronismo que lhe dá valor) e organizar o mundo como constelação simbólica. Precisa ser um objeto único, pois não assinala o tempo industrial dos produtos em série, mas o tempo artesanal, em que cada artefato é diverso de todos os outros. Diferentemente do monumento e do documento, o objeto antigo não está referido ao poder e sim ao *prestígio*. Por isso, embora possa ser visto em museus, seu espaço preferencial é o mercado de antiguidades” (CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultural*, op. cit., p. 154).

⁸⁷⁹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*, op. cit. p. 65.

Para tanto, o bem jurídico patrimônio cultural deve ser individualizado, para que ele possa ser exatamente localizado, conhecido e reconhecido como bem cultural preservável⁸⁸⁰. Essa individualização ocorre por meio de atos administrativo, judicial ou legislativo⁸⁸¹, os quais declaram o valor cultural do bem jurídico.

Não se trata de proteção de mera desobediência administrativa, mas de se evitar nocividade ao bem jurídico⁸⁸², bem como de se delimitar o seu conteúdo e o que deve ser considerado e protegido como patrimônio cultural.

Essa intervenção não corresponde a meras infrações administrativas e não se trata de negar a dignidade da tutela penal a esse bem jurídico, “[...] mas tão somente de, aceitando o merecimento penal da tutela desses bens, ser particularmente exigente quanto às técnicas de tutela e à respectiva eficácia. Os bens jurídicos nesta área são efectivamente merecedores de tutela penal”, todavia “[...] esta deve articular-se com outros setores do ordenamento jurídico de forma a conseguir delimitar um espaço de intervenção subsidiária onde às necessidades de tutela penal e a sua idoneidade sejam evidentes [...]”. Ou seja, “Decisivo, nesta matéria como em tantas outras, é tentar punir pouco, mas de foram eficaz”⁸⁸³.

Portanto, no tipo penal proposto, a intervenção penal se faz de forma subsidiária e acessória, pois a lei penal será aplicável, em determinados casos, colmatada por ato administrativo, além da lei e da decisão judicial, seguindo a proposta do legislador da Lei n. 9.605/98, sendo assim, uma norma penal em branco.

Em atenção ao princípio da fragmentariedade⁸⁸⁴, no sentido de que o bem jurídico patrimônio cultural não pode ser protegido eficazmente de forma menos gravosa no ordenamento jurídico, e ao princípio penal da intervenção mínima, devendo ser criminalizadas somente aquelas formas de agressão que são mais graves a bem jurídico relevante, propõem-se, neste trabalho, as seguintes condutas que viabilizem a tipificação: importar (introduzir), exportar (remeter para fora do país), transferir (mudar de um lugar para outro), adquirir (conseguir, obter), vender (alienar, praticar relações comerciais), ter em depósito (lugar onde se armazena alguma coisa), transportar (levar, conduzir, carregar), ou ainda favorecer (contribuir, ajudar) a entrada ou saída do território nacional, escavar (explorar, cavar), reter

⁸⁸⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*, op. cit., p. 35.

⁸⁸¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, op. cit., p. 55.

⁸⁸² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*, op. cit., p. 41-42.

⁸⁸³ PINTO, Frederico da Lacerda da Costa. Sentido e limites da proteção penal do ambiente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 10, n. 3, jul./set. 2000. p. 386.

⁸⁸⁴ A esse respeito, vide: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit. p. 150-151.

(pegar, apreender) e fazer pilhagens (saquear, furtar) durante conflitos armados ou ocupações militares.

Nessa trilha, a redação proposta é a seguinte:

Artigo – Importar, exportar, transferir, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ainda favorecer a entrada ou saída do território nacional de bem cultural protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único – Na mesma pena incorrem

Escavação

§ ° – quem faz escavação do patrimônio arqueológico ou pré-histórico de qualquer natureza, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida, ou retém ilicitamente o patrimônio arqueológico ou pré-histórico de qualquer natureza escavado licitamente.

Pilhagem

§ ° – quem faz pilhagem de bem cultural protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, durante conflitos armados ou ocupações militares.

Defende-se que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa física, em atenção aos princípios penais, em especial o princípio da culpabilidade⁸⁸⁵. O sujeito passivo, a coletividade, a pessoa jurídica de direito público (União, Estado ou Município) e, conforme o caso, o proprietário do patrimônio cultural.

A conduta punível corresponde a importar, exportar, transferir, adquirir, vender, ter em depósito, transportar ou ainda favorecer a entrada ou saída do território nacional do patrimônio cultural devidamente protegido. Em todas as condutas, o tipo se consuma quando não há autorização da autoridade competente ou foi realizada em desacordo com a concedida. É um tipo misto alternativo, em especial porque o tráfico de bem cultural pode ser perpetrado em diferentes contextos e envolve múltiplas atividades⁸⁸⁶.

Nas qualificadoras propostas, no inciso I, a conduta se realiza com a escavação do patrimônio arqueológico ou pré-histórico de qualquer natureza, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida, ou com a retenção ilícita do patrimônio

⁸⁸⁵ A esse respeito, vide: GOMES, Luís Roberto. *Culpabilidade e constituição: dimensão penal constitucional da culpabilidade*, op. cit. E também: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*, op. cit., p. 143-147. ARMELIN; Priscila Kutne; BUGALHO, Nelson Roberto; SILVA, Luciana Caetano. *Proteção penal do ambiente*, op. cit., p. 305-311.

⁸⁸⁶ TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*, op. cit., p. 37.

arqueológico ou pré-histórico de qualquer natureza escavado licitamente. Se houver autorização para escavar ou para reter o produto da escavação, realizando-se dentro das regras autorizadas, não há consumação da figura delitiva.

Convém se lembrar que a Lei n. 3.924/1961⁸⁸⁷ define e protege os bens de natureza material de valor arqueológico, estipulando, em seu artigo 1º, que todos os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que nele se encontrem ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, bem como estabelece, no seu artigo 7º, que todas as jazidas arqueológicas ou pré-históricas são bens patrimoniais da União. Por fim, no seu artigo 20 proíbe que qualquer objeto de interesse arqueológico ou pré-histórico, além dos numismáticos ou artísticos, seja transferido sem licença expressa da autoridade competente e naquela deverá constar a especificação dos objetos a serem transferidos para o exterior.

Na conduta prevista no inciso II, esta se consuma com a realização de pilhagens do patrimônio cultural durante conflitos armados ou ocupações militares.

Na proposta inclui-se o elemento normativo com referência a uma possível causa de justificação: “sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”, e no inciso I, 2ª parte: “ilicitamente”; assim, se houver autorização, ou for realizada dentro das regras autorizadas, não há crime. Essa previsão tem como fim ensejar que haja a possibilidade de intercâmbio cultural do patrimônio cultural, permitindo sua saída nos casos legais, conforme proposto no preâmbulo da Convenção do UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados⁸⁸⁸.

O tipo subjetivo é o dolo, não há a figura do tipo subjetivo especial. Inexiste a previsão da forma culposa.

O crime se consuma com a prática de uma das condutas previstas, ou seja, quem importar, exportar, transferir, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ainda favorecer a entrada ou saída do território nacional de bem

⁸⁸⁷ BRASIL. Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, *op. cit.* Vale se lembrar que no Brasil tem-se a Lei n. 5.471/1968, que dispõe sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros, e, no seu artigo 1º, proíbe a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX, como apontado no capítulo III deste estudo.

⁸⁸⁸ Preâmbulo da Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados (BRASIL. Decreto n. 3.166, de 14 de setembro de 1999, *op. cit.*). “Sobre a autorização para a exportação de bens culturais que podem sair do Brasil, o IPHAN criou um site de consulta, disponibilizado para o cidadão interessado em retirar uma obra de arte do País, possibilitando o esclarecimento sobre a existência de restrição legal quanto à saída do bem cultural” (IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Saída de bens culturais do Brasil*, *op. cit.*). Sobre o site do Governo, acesse: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/consultar-sobre-a-existencia-de-restricao-legal-para-saida-de-obras-de-arte-do-pais>).

cultural protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, sem autorização ou em desacordo com a concedida. Admite a tentativa.

Mantém-se a pena prevista no Projeto de Lei n. 3.363/2019, proposto pelo deputado Marcelo Calero: pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Entende-se que a pena adequada está dentro do princípio da proporcionalidade⁸⁸⁹ quando comparada com os outros crimes de tráfico: de pessoas, a reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa (artigo 149-A do Código Penal); para o tráfico de drogas, reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (artigo 33, da Lei n. 11.343/2006); quanto ao tráfico internacional de arma de fogo, a pena é de reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa (artigo 18, da Lei n. 10.826/2003).

A ação penal será pública incondicionada.

Em relação à competência, é da Justiça Federal quando o patrimônio cultural pertencer à União, ou por ela tiver sido tombado ou protegido por juiz ou lei federal, com base no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

Nas demais hipóteses, será da Justiça Estadual, por ser residual essa competência. Não são hipóteses de crimes de menor potencial ofensivo, como dispõe a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, artigo 2º, parágrafo único⁸⁹⁰, não sendo passíveis de transação.

Especialmente quanto às cavidades naturais subterrâneas e aos sítios arqueológicos e pré-históricos, conforme preceitua o artigo 20, X, da Constituição Federal, que são considerados bens da União, o artigo 5º, da Lei n. 3.924/61, declara que qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos arqueológicos ou pré-históricos é considerado crime contra o patrimônio nacional. Portanto, impõe que compete, à Justiça Federal, o julgamento dos crimes que atentem contra esses bens, na forma do artigo 109, IV, da Constituição Federal de 1988⁸⁹¹, inclusive o tráfico ilícito (ora proposto), que assim os atingirem.

⁸⁸⁹ Edgard Magalhães Noronha, mesmo antes da Lei ambiental, já defendia que a pena dos crimes dos artigos 165 e 166 do Código Penal deve ser mais severa do que para o dano comum porque, com base no Decreto n. 25/1937, artigo 21, os atentados cometidos contra esses bens são equiparados aos praticados contra o patrimônio nacional (NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: volume 2, op. cit.*, p. 319).

⁸⁹⁰ Considera as infrações penais com pena máxima não superior a dois anos ou multa, portanto, de competência dos juizados especiais criminais.

⁸⁹¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação, op. cit.*, p. 9.

Com isso, propõe-se a ampliação da tutela jurídico-penal do patrimônio cultural, bem jurídico relevante para a preservação da identidade e memória coletiva do povo. Vale se lembrar que “Indivíduos e sociedades não podem preservar e desenvolver sua identidade senão pela duração e pela memória”⁸⁹².

⁸⁹² CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*, op. cit., p. 112-113.

CONCLUSÃO

A memória coletiva, construída, com o tempo, pelas pessoas que convivem na mesma comunidade, permite que se desenvolva uma identidade social. Esta identidade decorre da descoberta de se pertencer a determinado povo.

Dentro da linha filosófica do existencialismo, o tempo cultural está entre o passado e o futuro cuja experiência se dá no presente. Defende-se que esse caráter de passado com força existencial de continuar *sendo* no presente é o que fundamenta filosoficamente o patrimônio cultural, pois este pertence ao passado, entretanto ele é atual, está no contexto presente quando ativa a memória coletiva e traz o sentimento de pertencimento a sua comunidade.

A cultura pertence à espécie humana e, em seu sentido amplo, envolve o patrimônio cultural. Todavia, nem tudo que é cultura é patrimônio cultural. Este tem um conceito mais restrito, que, por força constitucional, deve ser portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

O patrimônio cultural é composto de bens culturais que possuem um valor que suplanta o valor econômico, por servirem de marco de referência para a memória coletiva e identidade do seu povo. Portanto, o termo patrimônio cultural confere unidade ao conjunto de bens culturais, os quais comportam vários valores, como, por exemplo, os valores histórico, arqueológico e artístico.

A UNESCO intensifica ações de proteção para salvaguarda de bens culturais que carregam a força de conterem a memória da humanidade. Tem a preocupação com os bens culturais que estão em perigo, porque estes sofrem constantes violações, não apenas em período de guerras, mas também com o comércio ilícito. Reconhece-se que o assolamento de um bem cultural atinge a cultura da sociedade que representa.

Na análise dos textos constitucionais nacionais, constata-se que somente nas Constituições do Império de 1824 e da República de 1891 é que não se prevê a tutela do patrimônio cultural. A Constituição de 1934 inaugura sua proteção, mas com a visão de grandiosidade de beleza de bens e de valor histórico. A tutela constitucional se desenvolve conforme a evolução do patrimônio cultural no contexto internacional e culmina com a proteção moderna dada pela Constituição Federal de 1988.

Tal como na Constituição portuguesa, a atual Constituição brasileira insere o tratamento do patrimônio cultural dentro da ordem constitucional da cultura, prevista nos artigos 215 e 216. São artigos que se complementam, pois o núcleo da proteção do patrimônio cultural é a cultura. Sua importância é tão grande que foi elevado ao patamar de direito social,

sendo um bem jurídico difuso, porque afeta o conjunto da cidadania, concentrando-se seu interesse na manutenção da herança cultural do povo.

Em comparação com diversas constituições estrangeiras, em especial as dos países da América do Sul, países europeus de grande influência no ordenamento jurídico pátrio e da África do Sul, constata-se que o patrimônio cultural tem vinculação com a cultura, sendo que o conceito mais amplo e moderno repousa na Constituição brasileira, que resgata e incorpora os valores imateriais dos diferentes grupos formadores da sociedade.

A proteção constitucional nacional não está mais restrita ao tombamento e à desapropriação. O parágrafo primeiro, do artigo 216, permite que o patrimônio cultural seja protegido por meio de inventários, registros, vigilância e outras formas de acautelamento e preservação. É uma norma dirigida ao Poder Público a qual lhe impõe um poder-dever de promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Defende-se que o patrimônio cultural é um bem jurídico autônomo, previsto no artigo 216, da Constituição Federal, cujo centro da tutela é a cultura. Não faz parte do conceito de bem jurídico ambiente (artigo 225, do texto constitucional), cujo centro da tutela é a vida.

Dos textos constitucionais de outros Estados, como os de Portugal, Paraguai, Peru, Uruguai, Cuba, Chile, Bolívia, constata-se que o patrimônio cultural está previsto dentro da tutela da cultural ou com a educação.

Admite-se que há uma grande aproximação desses bens jurídicos, que se relacionam entre si. Porém, entende-se que é salutar a desvinculação do conceito de patrimônio cultural do ambiente e da ordenação do território, para sua melhor delimitação e proteção, em especial no âmbito penal.

Isso porque, a identificação clara e precisa dos bens jurídicos e dos tipos penais incriminadores é imprescindível para se evitar o estabelecimento de conceitos indeterminados, possibilitando que sua proteção tenha contornos nítidos e objetivos. Como exemplo, tem-se o Código Penal da Espanha, que separa o ambiente do patrimônio cultural, como bens jurídicos autônomos.

A indicação de criminalização, prevista no artigo 216, parágrafo 4º, da Constituição Federal, para proteção do patrimônio cultural, foi atendida pelo legislador em 1998, com a Lei n. 9605. Todavia, considera-se que essa foi uma tutela “enxertada”, ante a autonomia do bem jurídico patrimônio cultural. Melhor seria se tivesse sido criado um título específico dentro do Código Penal, com a centralização das condutas incriminadoras.

A proteção ao patrimônio cultural é restrita e lacunosa na Lei n. 9.605/98, prevista nos artigos 62 e 63, além de haver previsão indireta nos artigos 64 e 65 (tutelam o ordenamento

urbano). Há ausência da tutela ao patrimônio cultural dentro da perspectiva constitucional como um bem jurídico autônomo. Ainda, os tipos penais, previstos nos artigos 62 e 63, não padronizam o termo *bem cultural* que é imperioso para a melhor concretude de sua proteção. Ao contrário, há previsão de valores atrelados ao bem, deixando sem proteção valores relevantes como o paleontológico.

Há proteção indireta em tipos penais previstos no Código Penal, como no caso do furto, roubo, receptação e contrabando, deixando muitas lacunas para a tutela mais eficaz do patrimônio cultural. Ante sua especificidade e relevância, o ideal é que sua proteção seja num título específico, inserido no Código Penal, que trará melhor segurança jurídica para a disciplina e evitará sua dispersão.

Outra lacuna está na Lei n. 4.845/1965, que embora seja uma proteção específica para a exportação de bens culturais móveis, proibindo a saída de obras de arte e ofícios tradicionais produzidos no Brasil até o final do regime monárquico, não há nenhum tipo penal incriminador.

Ante a gravidade dessas lacunas de proteção legislativa é necessária a reestruturação dos tipos penais incriminadores que protegem o patrimônio cultural, em especial em relação ao tráfico ilícito de bem cultural, em atenção a Convenção do UNIDROIT de 1995, promulgada no Brasil.

A legislação brasileira tem tipos penais para o tráfico internacional de pessoas (artigo 149, do Código Penal), tráfico internacional de crianças e adolescentes (artigo 239, da Lei n. 8.069/90), tráfico internacional de armas de fogo (artigo 18, da Lei n. 10.826/03) e tráfico transnacional de drogas (Lei n. 11.343/06), mas não possui nenhum tipo que criminalize diretamente o tráfico do bem cultural.

Há projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que visam ampliar ou aperfeiçoar as condutas que atentam contra o patrimônio cultural. São textos com falhas que devem ser aperfeiçoados.

Propõe-se, assim, a viabilização de um tipo penal que criminalize o tráfico ilícito de bem cultural. Justifica-se que o patrimônio cultural é o bem jurídico protegido, sendo que a conduta recai sobre o bem cultural, configurando-se esse o termo mais adequado para a tipificação, em consonância com a Convenção do UNIDROIT.

A tutela penal deve ser inserida em um Título específico no Código Penal que tutele apenas o patrimônio cultural, nos moldes do Código Penal Espanhol. Para tanto, os tipos penais previstos na Lei n. 9.605/98, em especial os artigos 62 e 63, devem ser incorporados dentro desse Título, aperfeiçoando-os ao conceito constitucional previsto no artigo 216.

Para a criminalização do tráfico ilícito de bem cultural, propõe-se que seja viabilizada pelo legislador a seguinte redação:

Artigo – Importar, exportar, transferir, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ainda favorecer a entrada ou saída do território nacional de bem cultural protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único – Na mesma pena incorrem

Escavação

§ ° – quem faz escavação do patrimônio arqueológico ou pré-histórico de qualquer natureza, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida, ou retém ilicitamente o patrimônio arqueológico ou pré-histórico de qualquer natureza escavado licitamente.

Pilhagem

§ ° – quem faz pilhagem de bem cultural protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, durante conflitos armados ou ocupações militares.

Espera-se, assim, contribuir para o aprimoramento da proteção jurídico-penal do patrimônio cultural, ampliando o raio de tutela jurídico-penal para combater o tráfico ilícito de bem cultural.

REFERÊNCIAS

- ABAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ACETI JÚNIOR, Luis Carlos; VASCONCELLOS, Eliane Cristine Avilla; CATANHO, Guilherme. *Crimes ambientais: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora, 2007.
- ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei n. 9.605/08*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- AFONSO, Elvis Francisco. Turismo e patrimônio cultural: cidadania e memória. In: MARTINEZ, Regina Célia; GARCIA, José Ailton (org.). *Direito e turismo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 221-235.
- ÁFRICA DO SUL. *Constitution of the Republic of South Africa*. 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>. Acesso em: 17 dez. 2021.
- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Versão alemã de 23 maio 1949. Última atualização em 29 set. 2020. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2021.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- AMBOS, Kai. Pena sem soberano? A questão do *ius puniendi* no direito penal internacional. Uma primeira análise rumo a uma teoria consistente do DPI. Tradução de Julia Magalhães Jeuken. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANNES, Cyro. O caso Al Mahdi e a responsabilidade internacional por crimes contra o patrimônio cultural. *Instituto Dea – Instituto de Direito, Economia Criativa e Arte*, 3 jul. 2017. Disponível em: <http://institutodea.com/artigo/o-caso-al-mahdi-e-responsabilidade-internacional-por-crimes-contra-o-patrimonio-cultural/>. Acesso em: 7 set. 2021.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.
- ARGENTINA. Lei n. 2.5197. Regimen del Registro del Patrimonio Cultural. Promulgada em: 9 dez. 1999. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/61480/norma.htm>. Acesso em: 10 dez. 2021.
- ARMELIN, Priscila Kutne. *Patrimônio cultural & sistema penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

ARMELIN, Priscila Kutne. “Ser e Tempo”, de Martin Heidegger, e o patrimônio cultural. In: MONTESCHIO JÚNIOR, Anísio; MONTESCHIO, Horário (org.). *Filosofia e função social do direito: estudos em homenagem ao professor Ricardo Castilho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 475-493.

ARMELIN, Priscila Kutne. *Sistema e-mec: histórico de avaliações*. Disponível em: https://emec.mec.gov.br/modulos/visao_avalizador/php/avaliacao/avalizador_avalizacao_listagemhistorico.php. Acesso em: 19 dez. 2021.

ARMELIN, Priscila Kutne; GONÇALVES, Carlos Eduardo Pires; OLIVEIRA, Cleberson Cardoso de; MARTINS, José Renato. Do dano – artigos 163 a 167. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (coord.). *Código penal comentado*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 600-614.

ARMELIN, Priscila; BORIN, Roseli. O valor do patrimônio cultural para a inclusão social. In: CONPEDI/UNICURITIBA (org.); SANTOS, Bartira Macedo Miranda; SOUZA, Fernando Vidal de (coord.). *Direito ambiental e socioambiental I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 1-23. Disponível em: <https://1library.org/document/z1dpx4pz-valor-patrimonio-cultural-inclusao-social-priscila-armelin-roseli.html>. Acesso em: 4 dez. 2021.

ARMELIN; Priscila Kutne; BUGALHO, Nelson Roberto; SILVA, Luciana Caetano. Proteção penal do ambiente. In: PRADO, Luiz Regis Prado; GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (org.). *Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 305-311.

ARQUEOLOGIA. In: DICIONÁRIO Enciclopédico Ilustrado: veja Larousse. São Paulo: Ed. Abril, 2006. v. 2.

AZEVEDO, Fernando. *A cultura brasileira*. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1971.

BACIGALUPO, Enrique. La instrumentacion tecnico-legislativa de la proteccion penal del medio ambiente. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 365-389.

BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006.

BALLERINE, Frantjesco. *Poder suave (soft power): arte africana, arte milenar chinesa, arte renascentista, balé russo, bollywood, bossa nova, british invasion, carnaval, cultura mag japonesa, hollywood, moda francesa, tango, telenovelas*. São Paulo: Summus, 2017.

BALMACEDA, Paul Hernández. Aplicação direta dos tipos penais do estatuto do tribunal penal internacional no direito interno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Thomson Reuters, Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 65, p. 146-173, mar./abr. 2007.

BARDON, Agnès. Traficantes de arte: pilhagem das identidades dos povos. *Correio da UNESCO*, abr. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2020-4/traficantes-arte-pilhagem-das-identidades-dos-povos>. Acesso em: 7 abr. 2022.

BARREIRO, Agustín Jorge. El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995. In: BARREIRO, Agustín Jorge; MELIÁ, Manuel Cancio (coord.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Espanha, Granada: Editorial Comares, 2005 (Coleção Estudos de derecho penal dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona).

BASOCO, Juan Terradillos. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid: Editorial Trolta, 1997.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BASTISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BENEVIDES, Gilmara. Os 25 anos do escudo azul. *CONJUR Consultor Jurídico*, 20 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-20/gilmara-benevides-25-anos-escudo-azul>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BERNAL PULIDO, Carlos. La democracia como principio constitucional en América Latina. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 17, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5808/7668>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. P. Azevedo, 1953.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos – arts. 155 a 212*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:759301> Acesso em: 14 jan. 2022.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. Bem constitucional difuso e coletivo: meio ambiente cultural. *Revista de Direito Privado*, Londrina, v. 47, p. 399-425, jul./set. 2011.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado (CPE)*. 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 1209-1216, maio 2011.

BORGES, Marco Antônio. O tombamento como instrumento jurídico para proteção do patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 247-264, abr./jul. 2001.

BORGES, Orlindo Francisco. Ecocídio cultural e a evolução da jurisprudência para o reconhecimento de um modelo de direito penal internacional do ambiente: uma análise a partir do caso Al-Faqi. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 88, p. 463-489, out./dez. 2017.

BRANCO, Carolina Nobre Castello. A constituição aberta como categoria dogmática. *Âmbito Jurídico*, 1 mar. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-constituicao-aberta-como-categoria-dogmatica/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Planalto. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 26 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 25, 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 11 dez. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 3 jan. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 7377, do Distrito Federal. Presidente: Eduardo Espínola. Relator: Castro Nunes, 17 de junho de 1942. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 33, n. 147, p. 785-811, jan. 1944.

BRASIL. Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961. Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 28 jul. 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3924.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 30 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 5.471, de 9 de julho de 1968. Dispõe sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 10 jul. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5471.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Decreto n. 72.312, de 31 de maio de 1973. Promulga a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 8 jun. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d72312.html#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA.,Propriedade%20Il%C3%ADcitas%20dos%20Bens%20Culturais. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Promulga a convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de 1972. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 14 dez. 1977. Disponível em: <http://www.lei.adv.br/80978-77.htm>. Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 6.513, de 30 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao artigo 2º da Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 22 set. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6513.htm. Acesso em: 5 fev. 2022.

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. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 26 dez. 2021.

BRASIL. Lei n. 7.542, de 26 de setembro de 1986. Dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 25 mar. 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7542.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Decreto n. 99.556, de 1 de outubro de 1990. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 2 out. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99556.htm#:~:text=DECRETO%20No%2099.556%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20das,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 28 jan. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.176, de 8 de fevereiro de 1991. Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 13 fev. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991. Restabelece princípios da Lei n. 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 24 dez. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18313compilada.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

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. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 17 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Decreto n. 3.166, de 14 de setembro de 1999. Promulga a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 15 set. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3166.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.166, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei n. 7.542, de 26 de setembro de 1986, que dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 28 dez. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110166.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 26 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.826, de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 6 maio 2022.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n. 5.753, de 12 de abril de 2006. Promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 13 abr. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%205.753%2C%20DE%2012,3%20de%20nove mbro%20de%202003. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Decreto n. 5.760, de 24 de abril de 2006. Promulga o Segundo Protocolo relativo à Convenção da Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, celebrado na Haia, em 26 de março de 1999. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 25 abr. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/dec reto/d5760.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 6 maio 2022.

BRASIL. Decreto n. 6.640, de 7 de novembro de 2008. Dá nova redação aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º e acrescenta os arts. 5-A e 5-B ao Decreto no 99.556, de 1º de outubro de 1990, que dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 10 nov. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6640.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.408, de 25 de maio de 2011. Altera o art. 65 da Lei n. 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. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 26 maio 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112408.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.408%2C%20DE%2025,de%2018%20\(dezoito\)%20anos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112408.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.408%2C%20DE%2025,de%2018%20(dezoito)%20anos). Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.840, de 9 de julho de 2013. Dispõe sobre a destinação dos bens de valor cultural, artístico ou histórico aos museus, nas hipóteses que descreve. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 10 jul. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112840.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE* 548181 – Rel. Min. Rosa Weber. 1ª. Turma. Acórdão Eletrônico DJe-213. Divulg 29-10-2014. Public 30-10-2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Decreto n. 10.935, de 12 de janeiro de 2022. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 12 jan. 2022. Edição extra. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.935-de-12-de-janeiro-de-2022-373591582>. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux (Relator). Agravo Regimental NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.966 AMAZONAS. 17.11.2017 (ACO 1.966-AgR/AM, relatada pelo Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno). Agravante Estado do Amazonas. Agravado Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. p. 1-14. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313361484&ext=.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2022.

BRAUN, Stuart. Ucrânia na corrida para salvar patrimônio cultural da guerra. *Fundação Padre Anchieta*. UOL. 17 mar. 2022. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/dw/61166616_ucrania-na-corrida-para-salvar-patrimonio-cultural-da-guerra.html. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRAVO, Reis Jorge dos. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*. Portugal: Coimbra Ed., 1997

BRITO, Miguel Nogueira. Sobre a legislação do patrimônio cultural. *Revista Jurídica*, Lisboa: Nova Série, n. 11, p. 163-172, 1989.

BROLLO, Sílvia Regina Salau. *Tutela jurídica do meio ambiente cultural: proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais materiais*. 2006. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALERO, Marcelo. Projeto de Lei n. 3.363, de 2019. Tipifica a importação, a exportação ou a transferência de bem cultural, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como cria causa de aumento de pena para os crimes contra o patrimônio e para o crime de lavagem de dinheiro, quando se tratar de bem cultural. *Câmara Legislativa*, 6 jun. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1760999&filename=PL+3363/2019. Acesso em: 29 abr. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. [Atendimento CD] Resposta: PL 3.363/2019, PL 7101/2006 e PL 2378/2003 [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por camara@mailmw.custhelp.com em 18 abr. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. reimp. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *A constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista do Tribunais; Coimbra Editora, 2007.

CANTARELLI, Margarida de Oliveira; OLIVEIRA, Flávio Emanuel Rangel de. O patrimônio cultural como objeto de crimes de guerra perante os tribunais internacionais. *Caderno de Relações Internacionais*, Recife: Faculdades Damas, v. 8, n. 14, p. 291-314, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/593>. Acesso em: 6 set. 2021.

CANTON, Kátia. *Tempo e memória*. São Paulo: Martins Fontes, 2009 (Coleção Temas da Arte Contemporânea).

CARMONA SALGADO, Concepción. Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes. In: DEL ROSA, Manuel Cobo. *Curso de derecho penal español: parte especial II*. Madrid: Marcial Pons; Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1997. p. 47-75.

CARMONA SALGADO, Concepción. Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico. In: DEL ROSA, Manuel Cobo. *Curso de derecho penal español: parte especial II*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1997. p. 29-46.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CASTILHO, Ricardo. *Filosofia geral e jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASTRO, Bruna Azevedo de. Notas sobre o delito de quebra do sigilo das operações financeiras (LC 105/2001). In: HAMMERSCHMIDT, Denise. *Comentários às leis penais e processuais penais*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 1075-1086.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Introdução ao direito ambiental penal*. Barueri: Manole, 2005.

CEREZO MIR, José. *Obras completas: otros estudios*. Peru: Ara Editores, 2006.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; LIMA PE: ARA Editores, 2007.

CEREZO, Ángel Calderón; MONTALVO, José Antonio Choclán. *Derecho penal*. Tomo II, parte especial. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001.

CHAUÍ, Marilena. Política cultural, cultura política e patrimônio histórico. In: CHAUÍ, Marilena. *O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura, 1992. p. 37-46.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2021.

CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Atual. 2010. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. 5. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006.

CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017.

CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. O tráfico ilícito de bens culturais e a repartição como reparação histórica. In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 113-144.

CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. Tráfico ilícito de bens culturais: uma reflexão sobre a incidência do furto de patrimônio bibliográfico raro no Brasil. *Revista do Arquivo*, São Paulo, ano 7, n. 11, p. 90-100, out. 2020. Disponível em: http://www.arquivoestado.sp.gov.br/revista_do_arquivo/11/pdf/Artigos%20Rodrigo%20Christofoletti%2028%2010.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

CIPRIANI, Vitorio Maximino. *Ex. 3,14* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por vitoriomc@gmail.com em 16 fev. 2021.

COHN, Gabriel. Conceção oficial de cultura. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional: Estado e Cultura*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 7-10, 1987.

COIMBRA, Mário; BUGALHO, Nelson R.; SOUZA, Gilson Sidney Amancio. Alguns Aspectos sobre a tutela penal da ordenação do território. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COMPARATO, Konder, F. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada: artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.

CONTAR, Alberto. *Meio ambiente: dos delitos e das penas (doutrina, legislação, jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CORONA, Roberto Brocanelli; GROSSI, Naiara Souza. Proteção do patrimônio cultural brasileiro. Tombamento pela via judicial ou por lei. *Revista Jurídica: Revista de Estudos Jurídicos da Unesp*, Franca: Universidade Estadual Paulista – UNESP, ano 15, n. 21, p. 211-240, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Curso de direito penal*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Rodrigo Vieira. A ideia do código de proteção do patrimônio cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais. In: *ENECULT – ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA*, 4., 2008. Salvador. *Anais [...]*. Salvador: Faculdade de Comunicação – UFBA, 2008. p. 1-16. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-02.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

COSTA, Rodrigo Vieira. Análise jurídica das leis sobre “tesouros vivos” no Brasil e no mundo: a experiência do Ceará. In: *ENCONTRO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CULTURAIS*, 3., 2014. Fortaleza. *Anais [...]*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2014. p. 25-39. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6723850.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

COSTA, Tailson Pires; ROCHA, Joceli Scremin da. A incidência da receptação e do tráfico ilícito de obras de arte no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 16, n. 6, p. 263-282, 2021. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/525/523>. Acesso em: 15 abr. 2022.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUZ, Danielle da Rocha. Breves comentários acerca da tutela jurídico-penal do meio ambiente. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (coord.). *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Prefácio de Andreas J. Krell. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CUBA. *Constitución de la República de Cuba*, 2019. Disponível em: <https://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%20240%20KB-1.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2021.

CULTURA. In: *Enciclopédia Mirador Internacional*. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações, 1995. v. 7.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na Constituição de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

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

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DECLARAÇÃO DO MÉXICO. Conferência Municipal sobre as Políticas Culturais. *IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. 1985. p. 1-8. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20do%20Mexico%201985.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

DECLARAÇÃO Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural. UNESCO, 2002. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20sobre%20a%20Diversidade%20Cultural%20da%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

DELL'ANNO, Paolo. *Manuale di diritto ambientale*. 4. ed. Verona, Itália: Casa Editrice Dott; Antonio Milani, 2003.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licenciamento ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIEGOLI, Leila Regina. Valoração da memória: conceito e reconhecimento para salvaguarda de bens culturais. In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 445-458.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 184-186, jul./set. 1995.

DURHAM, Eunice Ribeiro. Cultura, patrimônio e preservação. In: ARANTES, Antônio Augusto (org.). *Produzindo o passado: estratégias de construção do patrimônio cultural* São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 23-34.

ELETRÔNICO DJe. Divulg 01/09/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865011479/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-34957-pa-2012-0274046-1/inteiro-teor-865011496?ref=feed>. Acesso em: 14 jan. 2022.

ELIADE, Mircea. *O sagrado e o profano: a essência das religiões*. Tradução de Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

ENCICLOPÉDIA Delta Universal. Rio de Janeiro: Delta, 1991. v. 3.

ESPANHA. Constituição Espanhola. Atual. 2020. Disponível em: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/abrir_pdf.php?fich=387_Constitucion_Espanola_Constitucion_Espanola.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

ESPANHA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE Legislación Consolidada* n. 281, 24 Nov. 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro comentado: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: parte especial – arts 155 a 212*. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Ed., 1961. v. 5.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção n. 4733 e a criminalização da homofobia. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, DF, ano 7, n. 2, p. 58-79, jul./dez, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1007/669>. Acesso em: 22 jul. 2022.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito: tempo que passa, tempo que fica. *Revista USP*, São Paulo, n. 81, p. 40-49, mar./maio 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13729/15547>. Acesso em: 17 nov. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7.

FERREIRA, Sergio de Andréa. O tombamento e o devido processo legal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 339, p. 144-167, jul./set. 1997.

FIANKAN-BOKONGA, Catherine. Uma resolução histórica para proteger o patrimônio cultural. *Correio da UNESCO: Muitas Vozes, Um Mundo*, out./dez. 2017. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2017nian-di-3qi/uma-resolucao-historica-protoger-o-patrimonio-cultural>. Acesso em: 1 ago. 2021.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei n. 9.605/1998. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 10, p. 42-59, abr./jun. 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro em face do direito ambiental constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212 do CP*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FRANÇA. *Constituição*. 1958. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

FRANCO NETO, Georgenor de Souza. As bases constitucionais do dever do Estado de promover a cultura. *LTR Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v. 42, n. 147, p. 617-622, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 6, p. 179-180, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. Normas constitucionais criminalizadoras. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, p. 22-25, out. 2007.

FRANZA, Jorge Atilio. *Tratado de derecho ambiental*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei n. 9.605/98*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FURTADO, Márcio Medeiros. Algumas consignações acerca do tribunal penal internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 783, p. 469-503, jan. 2001.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. t. 1. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Max Limonad, s/d.

GÓMES, Alfonso Serrano; MAÍLLO, Afonso Serrano. *Derecho penal: parte especial*. 14. ed. Madrid: Dykinson, 2009.

GÓMES, Alfonso Serrano; MAÍLLO, Afonso; LIBSTER, Maurício Héctor. *Delitos ecológicos*. 2. ed. Maria Emília Díaz Varela (colaboração). Argentina, Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 2000.

GOMES, Luís Roberto (org.). *Direitos fundamentais, tratados internacionais e Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GOMES, Luís Roberto. *Culpabilidade e constituição: dimensão penal constitucional da culpabilidade*. Londrina: Thoth Ed., 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Proteção penal do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 673, p. 391, nov. 1991.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Coordenação e atualização Edvaldo Brito; atualização de Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ/MIC – IPHAN, 2002.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONZÁLES RUS, Juan José. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 48, n. 1, p. 33-55, Ene./Abr. 1995.

GRAÇA, Cristina Seixas; TEIXEIRA, Marcia Regina Ribeiro. Meio ambiente e patrimônio cultural nacional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 35-48.

GRAU, Eros Roberto *Direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

GRIGARAVICIUS, Maria Delia Pereiro de. *Daño ambiental en el medio ambiente urbano: um nuevo fenómeno econômico em el siglo XXI*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

GUAJARDO, Elia Patricia Neri. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el estatuto de Roma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 48, p. 9-37, maio/jun. 2004.

GUERRA destruiu 53 sítios culturais na Ucrânia, diz Unesco. *Mundo, Folha S.Paulo*, 1 abr. 2022. Disponível em: <https://aovivo.folha.uol.com.br/mundo/2022/03/31/6113-acompanhe-as-principais-noticias-sobre-a-guerra-da-ucrania.shtml#post415007>. Acesso em: 15 abr. 2022

HAFSTEIN, Valdimar Tr. Hafstein. Celebrando as diferenças, reforçando a conformidade. In: SANDRONI, Carlos; SALLES, Sandro Guimarães de (org.). *Patrimônio cultural em discussão: novos desafios teórico-metodológicos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2013. p. 14-39.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. Tradução de Laís Teles Benoer. São Paulo: Centauro, 2004.

HARTMAN, Irene. Argentina: na vanguarda das restituições. *Correio da UNESCO* abr. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2020-4/argentina-na-vanguarda-das-restituicoes>. Acesso em: 7 abr. 2022.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução, revisão e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006.

HOEBEL, E. Adamson. A natureza da cultura. In: SHAPIRO, Harry L. (org.). *O homem, cultura e sociedade*. Lisboa: Fundo de Cultura, 1956. p. 208-222.

HOLLANDA, Bernardo Buarque de. *Prefácio*. In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017.

HOLLIS, James. *Os pantanais da alma: nova vida em lugares sombrios*. Tradução de Claudia Gerpe Duarte. São Paulo: Paulus, 1998 (Coleção Amor e Psique).

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sallles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal: arts. 155 a 196*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 2.

ICOM. International Council of Museums. *Listas rojas*. Disponível em: <https://icom.museum/es/nuestras-acciones/proteccion-del-patrimonio/listas-rojas/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

ICOMOS-PORTUGAL. Disponível em: <https://www.icomos.pt/recursos/normas-internacionais/175-normas-internacionais>. Acesso em: 20 jun. 2021.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF. Acesso em: 6 set. 2021.

IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*. Paris: UNESCO, 1972. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao1972%20-%20br.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Portaria n. 396, de 15 de setembro de 2016*. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem antiguidades e/ou obras de arte de qualquer natureza, na forma da Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Brasília, DF: Ministério da Cultura, 2016. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/PORTARIA_396_-_2016-09-15_-_DISPOE_SOBRE_PROCEDIMENTOS_SOBRE_COMERCIALIZA%C3%87AO_DE_ANTIGUIDADES_E_OBRAS_DE_ARTE.pdf. Acesso em: 4 jan. 2022.

IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Bens culturais procurados. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1020>. Acesso em: 24 ago. 2021.

IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Dicionário do Patrimônio Cultural*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/dicionarioPatrimonioCultural/detalhes/23/bens-procurados>. Acesso em: 25 ago. 2021.

IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Saída de bens culturais do Brasil*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/881>. Acesso em: 6 maio 2022.

ITÁLIA. *Constituição da República Italiana*. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

KARSAI, Krisztina. A Competência originária “oculta” do Tribunal Penal Internacional: sobre o artigo 70 do Estatuto de Roma. *Ciências Penais*, São Paulo: Thomsom Reuters, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 114-136, jul./dez. 2008.

LANFREDI, Geraldo Ferreira; LANFREDI, Luiz Geraldo Sant’Ana; LANFREDI, Cristian Sant’Ana; LANFREDI, Cristiano Santa’Ana. *Direito penal na área ambiental: aspectos inovadores do estatuto dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos: doutrina, legislação, jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
LEMO, Carlos A. C. *O que é patrimônio histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1981 (Coleção Primeiros Passos, 51).

LERMA, Cristina Guisasola. *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

LO MONTE, Elio. *Diritto penale e tutela dell’ambiente: tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

LONGHI, Émerson de Oliveira. A tutela do patrimônio cultural. *Revista Intertemas*, Presidente Prudente, v. 2, p. 237-249, dez. 2001.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 417-451, set. 2000.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. A proteção internacional dos bens culturais: uma nova perspectiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 716, p. 1-11, jun. 1995.

LOZANO, Carlos Blanco. *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*. Granada: Comares, 1997.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUZ, Natalia da. África do Sul: Dia do Patrimônio Cultural comemora diversidade. *Por Dentro da África*, 24 set. 2016. Disponível em: <http://www.pordentrodaafrica.com/cultura/africa-do-sul-dia-do-patrimonio-cultural-comemora-diversidade>. Acesso em: 17 dez. 2021.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal: parte especial*. 6. ed. Madrid: Dykinson, 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação civil pública: ambiente, consumidor, patrimônio cultural*. Tombamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAFRA, Cibele Benevides Guedes. O processo penal e a lei dos crimes ambientais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, v. 2, n. 30, p. 32-36, jun. 1999.

MAGRI, Geo. Bens culturais e aquisição *a non domino*. *Cultural assets and a non domino acquisition*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 327-359, jan./mar. 2019.

MALLARD, Thomas. Afghanistan – UNESCO calls for the protection of cultural heritage in its diversity. *UNESCO*, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://en.unesco.org/news/afghanistan-unesco-calls-protection-cultural-heritage-its-diversity>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MARCANTONIO, Jonathan. Recepção e instrumentalização do tribunal penal internacional na jurisdição brasileira: questões controversas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 117, p. 197-217, jan./fev. 2020.

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

MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 17-35, jan./mar. 1993.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3.

MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Editorial Trivium, 1991.

MATTOS, Fernando Costa. *Quem somos nós? Pensadores Parte II – Martin Heidegger com Fernando Costa Mattos*. Entrevistador Celso Loducca. 1 abr. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B2-EIBBt9Ng>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 3, p. 1045-1076, fev. 2012.

MENDES, Victor. Destruição do patrimônio cultural e terrorismo nas relações internacionais: a ação do Estado Islâmico, um exercício de soft power? In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 239-251.

MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 1917. Última reforma publicada DOF 28/05/2021. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

MIGAHAS. Toffoli suspende julgamento sobre empreendimentos em cavernas. *Migalhas*, 22 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/360244/toffoli-suspende-julgamento-sobre-empreendimentos-em-cavernas>. Acesso em: 28 fev. 2022.

MIGLIOSI, Luíza Feniar Migliosi. UNESCO implora pela preservação do patrimônio histórico do Afeganistão. *AH – Aventuras na história*, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/amp/noticias/historia-hoje/unesco-implora-pela-preservacao-do-patrimonio-historico-do-afeganistao.phtml>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Ciência Jurídica*, Salvador, v. 16, n. 107, p. 275-310, set./out. 2002.

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

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*: arts. 157-218. 2. ed. São Paulo: Max Limonand, 1953. v. 5.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral, pessoas físicas e jurídicas. t. 1. Atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Da Cultura. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONNET, Jérôme. O álibi do patrimônio: crise da cidade, gestão urbana e nostalgia do passado: cidadania. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional: Estado e Cultura*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 220-228, 1996.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A teoria dos mandados de criminalização e o combate à corrupção. *Revista Jurídica ESMP-SP*, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170/65. Acesso em: 23 dez. 2021.

MORAES, Luís Carlos Silva de. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Flávia de. Projeto de Lei n. 10530, de 2018. Altera os artigos 155, 157, 180, 312 e 334-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. *Câmara Legislativa*, 4 jul. 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1674462. Acesso em: 29 abr. 2022.

MOURA, João Magno de. Projeto de Lei n. 2378, de 2003. Acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, dispondo sobre os crimes de furto, roubo, dano e receptação praticados contra o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Câmara Legislativa*, 29 out. 2003. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=175844&filename=PL+2378/2003. Acesso em: 29 abr. 2022.

MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. Unesco faz apelo por segurança dos jornalistas no Afeganistão. *ONU New: Perspectiva Global e Reportagens Humanas*, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/08/1760542>. Acesso em: 23 ago. 2021.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Proj. História*, São Paulo, v. 10, p. 7-28, dez. 1993. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/12101>. Acesso em: 25 ago. 2021.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 38. ed. rev. atual. Tradução de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: volume 2*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: volume 3*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 121 a 212 do código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Ana Raquel Cardoso; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; LOURES, Sergio Lopes. Considerações acerca da nova Lei de Crimes Ambientais. *Jus navigandi*, Teresina, v. 3, p. 1-25, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1705/consideracoes-acerca-da-nova-lei-de-crimes-ambientais>. Acesso em: 14 out. 2021.

ORIÁ, Ricardo. Prefácio: o patrimônio cultural na legislação brasileira. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Legislação sobre patrimônio cultural*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

- PAOLI, Maria Célia. Memória, história e cidadania: o direito ao passado. In: CUNHA, Maria Clementina. *O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura – DPH, 1992. p. 25-28.
- PARAGUAI. *Constitución de la República de Paraguay*. 1992. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio cultural: consciência e preservação*. São Paulo: Brasiliense, 2009.
- PEREZUTTI, Gustavo Cassola. *Medio ambiente y derecho penal: um acercamiento*. Montevideo: Euros Editores, 2005.
- PERU. *Constitucion Política del Peru*, 1993. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf. Acesso em: 13 dez. 2021.
- PF. Polícia Federal. *Organograma – Unidades Centrais*. Com base no Decreto n. 10.785, de 1º de setembro de 2021, e Portaria MJSP n. 429, de 30 de setembro de 2021, alterada pela Portaria MJSP n. 18, de 3 de fevereiro de 2022. Coordenação-Geral de Cooperação Internacional – CGCI/PF. p. 11. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/estrutura>. Acesso em: 9 jan. 2022.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PINHEIRO, Luciano Andrade Pinheiro; PANZOLINI, Carolina Diniz Panzolini. Tráfico ilícito de bens culturais. *Migalhas*, 24 ago. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/pi-migalhas/286276/trafico-ilicito-de-bens-culturais>. Acesso em: 15 abr. 2022.
- PINTO, Frederico da Lacerda da Costa. Sentido e limites da proteção penal do ambiente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 10, n. 3, p. 371-385, jul./set. 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIRES, Antonio Fernando. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad. 2000.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional*, 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 48/1995. Código Penal. *Diário da República* n. 63/1995, *Série I-A de 1995-03-15*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em: 28 fev. 2022.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PRADO, Luiz Regis. Princípios penais de garantia e a nova Lei Ambiental. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, p. 10, 1998.

PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 50, p. 133-158, 2008. Disponível em: http://www.profes.sorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Apontamentos%20sobre%20o%20ambiente%20como%20bem%20jur%C3%ADdico-penal.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Luiz Regis. Dogmática dos crimes de lesa-humanidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 105, p. 467-536, jan./fev. 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial arts. 250 a 361*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 3.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. Crime de guerra. *GenJurídico.com.br*, 19 abr. 2022. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/04/19/crime-de-guerra/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume único*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; MELLO NETO, Benedicto de Souza. Aspectos gerais da tutela penal da ordenação do território nas leis 9.766/79 e 9.605/98: autonomia do bem jurídico, ordenação do território. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v. 3, n. 1, p. 5-29, jan./jun. 2005.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. Acerca da autonomia da ordenação do território enquanto bem jurídico-penal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59, p. 92-123, jul./set. 2010.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão preventiva: a contramão da modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PROCESSO 0812174-92.2007.4.02.5101 0812174-92.2007.4.02.5101. Órgão Julgador 04ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro Julgamento 20 de Fevereiro de 2015. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/627940362/8121749220074025101-0812174-9220074025101/inteiro-teor-627940371>. Acesso em: 16 jan. 2022.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009.

RAMACCI, Luca. *Manuale di diritto penale dell'ambiente*. Alberta Leonarda Vergine (prefácio). 3. ed. rev. ampl. Verona, Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005.

RAMOS, Edson Pereira. Crimes contra o meio ambiente. *Jus navigandi*, Teresina, v. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/textos.asp?id=1708>. Acesso em: 18 dez. 2021

REALE, Miguel. Cultura. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 22. p. 67-71.

REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

REIS, Adriana Tenorio Antunes. Mandados de criminalização e princípio da codificação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2525, 31 maio 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14937/mandados-de-criminalizacao-e-principio-da-codificacao/2>. Acesso em: 23 dez. 2021.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: J. Oliveira, 2004.

RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

RIBEIRO, Viviane Martins. *Tutela penal nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Ciência do Direito Penal Contemporâneo; v. 6).

RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 2003.

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. Um modelo dinâmico de legislação penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 5-52, jan./jun. 2006.

RIZZI, Kamilla R. 10. África do Sul: instituições e sociedade. In: VISENTINI, Paulo G. Fagundes; PEREIRA, Analúcia Danilevich (org.). *África do Sul: história, estado e sociedade*. Brasília, DF: FUNAG/CESUL, 2010. p. 238. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/709-africa_do_Sul_-_Historia_Estado_e_Sociedade.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A propriedade dos bens culturais no Estado democrático de direito*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 116-119, abr./jun. 1997.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 95-96, abr./jun. 1999.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 174-191, jan./mar. 2001.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tutela do patrimônio ambiental cultural. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (ed.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Marly. De quem é o patrimônio? Um olhar sobre a prática preservacionista em São Paulo. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional: Estado e Cultura*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 195-203, 1996.

SALGADO LEDESMA, Eréndira. Hacia un concepto único de patrimonio cultural. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Monterrey, n. 2, p. 63-81, jan./abr. 1997.

SANTANA, Patrícia da Costa. Patrimônio cultural e meio ambiente: um novo direito. A necessária separação dogmática. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 924, p. 41-75, out. 2012.

SANTOS, Celso Araújo. Análise prática do tribunal penal internacional (TPI): origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e os delitos internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 84, p. 105-133, jul./set. 2013.

SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direitos Difusos: Direito Penal Ambiental*, São Paulo, v. 18, p. 2473-2485, mar./abr. 2003.

SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *Memória coletiva e identidade nacional*. São Paulo: Annablume, 2013.

SARDINHA, José Miguel. Introdução ao direito penal ecológico. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 48, p. 447-470, set. 1998.

SARLETE, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARNEY, Roseana. Projeto de Lei n. 7101/2006. Altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dar nova redação ao art. 62 e introduzir o art. 63-A, com vista a incriminar novas modalidades de dano ao patrimônio cultural. *Câmara Legislativa*, 24 maio 2006. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=398223. Acesso em: 29 abr. 2022.

SARTRE, Jean-Paulo. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução e notas de Paulo Perdigão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo é um humanismo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. A perplexidade da presença. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Traduzido, revisado e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006. p. 15-32.

SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. *Lei dos crimes ambientais*. Rio de Janeiro: Esplanada, 1999.

SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecologia jurídica*. Fernández Ciudad: Trotta, 2007.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Breve notícia sobre a ratificação pelo Brasil da Convenção da UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou ilícitamente exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, v. 4, n. 3, p. 37-41, jun. 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução por Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Ciências Criminais no Século 21, v. 11).

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*: edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 3-46.

SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e a convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, de 1972*. 1996. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, Germano Marques da. A tutela penal do ambiente (ensaio introdutório). In: ROCHA, Mário de Melo (coord.). *Estudos de direito do ambiente*: sessões do seminário de 2002 de direito do ambiente. Portugal: Coimbra Editora, 2003. p. 11-20.

SILVA, Ivan Luiz da. Jurisdição penal internacional: das origens ao tribunal penal internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 896, p. 445-462, jun. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultural*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SILVA, Luciana Caetano da; BUGALHO, Nelson Roberto; ARMELIN, Priscila Kutne. Indicações constitucionais de criminalização. In: PRADO, Luiz Regis Prado; GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (org.). *Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 313-347.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3).

SIQUEIRA, Tainan Henrique. Patrimônio e direitos humanos: contribuições para largar o tema. In: CHRISTOFOLETTI, Rodrigo (org.). *Bens culturais e relações internacionais: o patrimônio como espelho do soft power*. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2017. p. 161-172.

SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. Prefácio da 1ª edição. In: SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2012. p. 27-24.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Ângelo A. de. Mandado expresso de criminalização e princípio da codificação. *Juris Way*, 10 fev. 2011. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhal.asp?id_dh=5402. Acesso em: 21 dez. 2021.

SOUZA, Motauci Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor, probidade administrativa*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Washington Peluso Albino. Constituição e direito cultural: uma “revista” aos conceitos básicos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 76, p. 117-130, 1993.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. REsp 1639723-PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 7/2/2017 – Info 597.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. RHC 34957 / PA. – Rel. Min. Laurida Vaz. 5ª. Turma. Acórdão.

SUCASAS, Willey Lopes. Crimes contra o patrimônio: uma proposta de política criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 125, abr. 2003.

SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.

TOLEDO, Alina Silva. Mandados de criminalização e o crime de racismo. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, n. 16, p. 207-235, jan./fev. 2012.

TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*. 1997. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

TÓTOLA, Ana Luiza Fernandes. *O combate ao tráfico internacional dos bens culturais*. 2018. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

TRENNEPOHL, Terence. *Manual de direito ambiental*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TRF3. Tribunal Regional Federal, 3ª Região. Processo 5021835-07.2018.4.03.0000, Habeas Corpus (307), Relator Nino Toldo, paciente Orgari de Castro Pacheco, impetrante Jaqueline Furrier; José Luis Mendes de Oliveira Lima, publicado Diário Oficial da União: seção 1. Brasília, DF, 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.escavador.com/diarios/709717/TRF3/judicial-i-trf/2018-09-11/354112849/movimentacao-do-processo-5021835-0720184030000>. Acesso em: 7 jan. 2022.

TRINDADE, Ivonei Souza. O que faz a Europa retornar bens culturais a seus países de origem? *Cosmopolita*, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cosmopolita.org/post/o-que-faz-a-europa-retornar-bens-culturais-a-seus-pa%C3%ADses-de-origem>. Acesso em: 7 abr. 2022.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. *Antropologia cultural*. 2. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1983.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. Uma convenção pioneira. *Correio da Unesco*, 12 out. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/uma-convencao-pioneira>. Acesso em: 24 mar. 2022.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático. *Unesco*, Paris (França), 2 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.icomos.pt/images/pdfs/2021/43%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20patrim%C3%B3nio%20subaqu%C3%A1tico%20-%20UNESCO%202001.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

UNESCO. *List of World Heritage in Danger*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000121320?locale=en>. Acesso em: 6 ago. 2021.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. *Lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales en Internet: Respuesta de la UNESCO y sus socios*. Disponível em: <https://cites.org/sites/default/files/esp/news/world/19/05-UNESCO-Traffic%20on%20internet.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

UNESCO. Disponível em: <https://ich.unesco.org/en/living-human-treasures>. Acesso em: 18 jun. 2021.

URUGUAI. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. 1997. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0058.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

VALLADÃO, Haroldo. Competência para os crimes previstos em tratado ou convenção internacional. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 6, p. 243-255, ago. 2011.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução e Prefácio de Notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YANGUAS MONTERO, Guillermina. *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Engenharia institucional criminal. Sobre a necessária interdisciplinaridade construtiva entre direito penal e ciência política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais Online, v. 29, p. 247-253, jan./mar. 2000.

ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. *Derecho ambiental*. 2. ed. Madrid, Espanha: Dykinson, 2004.