



APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA INFRAÇÃO PENAL DE ALTERAÇÃO DE EDIFICAÇÃO ESPECIALMENTE PROTEGIDA FRENTE AO PARADIGMA DA PROPORCIONALIDADE

*Pedro Arruda Junior**

Resumo

No panorama contemporâneo, o meio ambiente tem sido objeto de múltipla ação protetora do Estado. No caso do direito ambiental, ramo que busca esta proteção através de leis e princípios pode-se destacar o instituto do tombamento como meio eficaz de defesa do patrimônio de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental. O direito penal ambiental reserva crime específico em busca da proteção ao tombamento, qual seja a infração de alteração de edificação especialmente protegida, tipificada no artigo 63 da Lei 9605/98. Logo, o instituto do tombamento deve ser analisado conjuntamente nas searas criminal e administrativa. Contudo, a morosidade do judiciário brasileiro, assim como o intenso ônus de ser proprietário de um bem tombado levanta a análise do princípio da insignificância como instrumento de proporcionalidade e concretização da justiça. O direito penal ambiental deve ser utilizado como *ultima ratio* e somente quando houver extenso dano ao patrimônio especialmente protegido.

Palavras-chave

Tombamento. Crime. Insignificância. Proporcionalidade.

Abstract

In the contemporary landscape, the environment has been the subject of multiple protective action of the State. In the case of environmental law, this branch seeking protection through laws and principles can highlight the institute as an effective shield means of overturning the heritage value of landscape, ecological, tourist, artistic, historical, cultural, religious, archaeological, ethnographic or monumental. The criminal law environmental reserve specific crime in search of protection tipping, which is a violation of specially protected building alteration, typified in Article 63 of Law 9605/98. Then, the institute of tipping should be analyzed jointly in cornfields criminal and administrative. However, the slowness of the Brazilian judi-

* Advogado. Especialista em Ciências Penais pela UFJF – Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Extensão em História do Direito pela FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Professor de Direito Ambiental e Coordenador Pedagógico do Curso de Direito do CESA – Centro de Estudos Superiores Aprendiz (Barbacena/MG). Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC – Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte/MG).

ary, as well as the heavy burden of owning a well tumbled raises the analysis of the principle of insignificance as an instrument of proportionality, justice and achievement. The environmental criminal law should be used as a last resort and only when there is extensive damage to property specifically protected.

Keywords

Tipping. Crime. Insignificance. Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

No cenário nacional moderno, o meio ambiente passou a receber uma especial atenção, com foco na Constituição da República de 1988, primeiro diploma constitucional a mencionar o meio ambiente como objeto a ser plenamente protegido.

Considerando que o meio ambiente é fonte de vida e que na sua ausência não haveria mais existência humana na Terra, vários mecanismos foram criados para sua proteção.

No caso do direito ambiental, ramo que busca esta proteção através de leis e princípios pode-se destacar o instituto do tombamento como meio eficaz de amparo ao patrimônio de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental.

Por sua vez, o direito penal ambiental reserva crime específico em busca da proteção ao tombamento, qual seja a infração de alteração de edificação especialmente protegida, tipificada no artigo 63 da Lei 9605/98.

Além das sanções penais, imperioso ressaltar várias restrições administrativas na fruição do bem tombado. Logo, o instituto do tombamento deve ser analisado conjuntamente nas searas criminal e administrativa.

No início deste artigo será abordado o instituto do tombamento, suas características, efeitos, competência, indenização, dentre outros aspectos jurídicos do instituto.

Em continuidade, os aspectos analíticos do crime serão analisados, juntamente com as teorias da estrutura da infração penal e a legislação penal ambiental aplicada ao tombamento.

Por fim, a morosidade do judiciário brasileiro, assim como o intenso ônus de ser proprietário de um bem tombado levanta a análise do princípio da insignificância como instrumento de proporcionalidade e concretização da justiça.

Neste cenário híbrido (administrativo, ambiental e penal) busca-se a produção acadêmica dos reflexos penais do tombamento ambiental sob o enfoque do princípio da insignificância.

2. TOMBAMENTO: INSTRUMENTO ADMINISTRATIVO EFICAZ DE PROTEÇÃO

2.1. Noções Introdutórias

Antes de adentrar na temática específica do tombamento como meio de proteção ao patrimônio cultural frente ao princípio da proporcionalidade, imperioso efetivar um marco histórico-constitucional da tutela dos bens culturais.

A Constituição Brasileira de 1934, em seu artigo 10, inciso III já apresentava um caráter protetivo das belezas naturais e monumentos de valor histórico ou artístico.

Por conseguinte, as demais constituições brasileiras foram moldando preceitos e diretrizes protecionistas até culminar com a Constituição da República de 1988, a qual foi pioneira na defesa do meio ambiente como um todo, devendo ser destacado seu artigo 216:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

Atendendo o comando constitucional, analisar-se-á o instituto do tombamento, destacando-se conceitos, modalidades e características.

Tombamento é o instrumento jurídico de tutela do patrimônio histórico, artístico, cultural, arqueológico, paisagístico e natural. No entendimento de Fernanda Marinela¹, entende-se por tombamento:

Forma de intervenção na propriedade que restringe a liberdade do proprietário, atingindo com isso o seu caráter absoluto, instituído com o objetivo principal de conservação. Uma vez realizado o tombamento, é como se o Poder Público determinasse o congelamento de um bem, impondo uma série de regras, atendidas as peculiaridades de cada situação. A sua preservação pode ser justificada por diversos aspectos relevantes para a história do país, pelo valor cultural, cuidados com o cenário natural, as paisagens e também por relevâncias artísticas.

¹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2011. p.806-807.

[...]

Trata-se de uma limitação perpétua ao direito de propriedade em benefício do interesse coletivo. Considerada uma restrição parcial ao direito, limita a liberdade, afetando o seu caráter absoluto, embora o proprietário continue tendo o bem em seu domínio; é forma restritiva e não supressiva de intervenção. Depende de registro em livro próprio, denominado Livro do Tombo.

Verifica-se que a intenção do Estado em intervir na propriedade para proteger o patrimônio acima mencionado se dá pela memória nacional, ou seja, busca-se preservar a história de um país.

Considerando o interesse social em proteger este patrimônio, não pode o proprietário, discricionariamente, usufruir do seu bem, sem, contudo, respeitar os limites protetivos ditados pelo Estado.

O tombamento é uma enérgica resposta estatal a fim de proteger um patrimônio de interesse geral. De outra maneira não ocorre com o meio ambiente, o qual também pode ter seus bens protegidos por este instituto conforme se verá a seguir.

2.2. Tombamento ambiental

O tombamento ambiental é um instrumento administrativo pelo qual se busca proteger bens com relevante valor cultural ou natural, nos termos do artigo 1º, §2º do Decreto-Lei 25/37, *in verbis*:

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

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Apesar de ser um instrumento plenamente eficaz com a proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural, arqueológico, paisagístico e natural, muitos municípios têm se utilizado dele para desenvolvimento urbanístico ilegal.

As limitações administrativas urbanísticas são aquelas intervenções do Estado na propriedade com o escopo de proteção do patrimônio público e urbanístico. Não há um meio ambiente cultural a ser preservado e sim políticas públicas para gestão urbanística.

Este desvio de finalidade latente encontra um motivo simples, o dinheiro público. Nas limitações administrativas urbanísticas, como por exemplo limitação de quantidade de andares de um prédio a ser construído, gera indenização, visto que o proprietário é coibido de utilizar seu patrimônio na integralidade.

Por sua vez, conforme será enfrentado abaixo, o tombamento nem sempre gera indenização. A regra é sua ausência.

Assim, é mais interessante para a máquina estatal “economizar” uma verba proveniente de limitação administrativa utilizando-se do tombamento, o que de fato é completamente ilegal. Precisas são as lições de José dos Santos Carvalho Filho²:

Ultimamente, porém, têm sido tombados imóveis urbanos para o fim de impedir sua demolição e evitar novas edificações ou edificações em determinadas áreas urbanas, cuja demanda de serviços públicos e equipamentos urbanos sejam compatível com a oferta do possível no local. Com tal objetivo, certas zonas urbanas têm sido qualificadas como “áreas de proteção ao ambiente cultural”, e nelas se indicam os imóveis sujeitos àquelas limitações. É o que tem ocorrido, por exemplo, no Município do Rio de Janeiro.

Há nesses atos notório desvio de perspectiva. São eles flagrantemente ilegais e nenhuma relação têm com o real motivo do tombamento. O fundamento real deste instituto é a preservação do patrimônio público, mas naquelas áreas não há qualquer ambiente cultural a ser preservado. O que se pretende, com efeito, é instituir limitações administrativas urbanísticas, cujo fundamento inteiramente diverso, consiste na mudança de estratégia de política urbana e na necessidade de alteração de critérios para edificação, tendo em mira a preservação da ordem urbanística, e não da ordem cultural, como parece insinuar. Se a Administração quer alterar critérios de edificação, como gabaritos, natureza e objetivos dos prédios, pode fazê-lo por instrumentos urbanísticos, mas não por meio de tombamento.

² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 760.

2.3. Competência

Quando se trata de tombamento a *competência material*, ou seja, aquela voltada para restrição/proteção/conservação do patrimônio do particular é comum, considerando a obrigação de todos os entes federativos em proteger o meio ambiente cultural, na forma do artigo 23, inciso III da CR/88.

Assim, se o interesse for nacional, o tombamento será efetivado pela União; caso seja regional, compete aos Estados e Distrito Federal; e, por fim, caso seja de interesse local, a competência será dos Municípios.

Por seu turno, a *competência para legislar* é aquela que determina qual ente da federação tem autonomia para criação de leis acerca do tombamento ambiental. Neste caso, o referido instituto é concorrente, sendo da União a competência para editar normas de caráter geral e aos Estados e Municípios as de caráter específico, nos termos do artigo 24, inciso VII da CR/88. Imperioso ressaltar que os Municípios não detêm este poder de criação de normas, com base no artigo 30, inciso IX da Carta Magna.

2.4. Bens sujeitos ao tombamento

O instituto do tombamento pode ser concretizado mediante atuação dos Entes da Federação, podendo recair sobre bens públicos ou bem privados. Importante destacar que um bem cultural especialmente protegido pode ser tombado por mais de um ente federativo.

No caso de *bem público*, o Poder Público poderá tombá-lo *ex officio*, nos termos do artigo 5º do Decreto-Lei 25/37:

Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

Por seu turno, o tombamento de *bem privado* poderá ocorrer de forma voluntária ou compulsória. No primeiro caso, o proprietário aceita a inscrição do bem no Livro Tombo, assim como as demais cautelas que deverá seguir; já a compulsória, como o próprio nome já informa, o cidadão não concorda com o tombamento, mas assim o faz em virtude da supremacia do interesse público sobre o particular. Aqui, a citação dos artigos 7º e 8º do Decreto-Lei supracitado são de valor ímpar e merece destaque:

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do

Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

2.5. Procedimento administrativo do tombamento

O procedimento administrativo do tombamento inicia-se com a delimitação do bem a ser protegido pelo instituto, devendo o Poder Público realizar um projeto de realização do tombamento, o qual poderá recair sobre um ou mais bens.

No âmbito federal, inicia-se com a proposta de inscrição no IPHAN, individualizando o bem e o motivo pelo qual se busca protegê-lo, com base no artigo 7º do Decreto-Lei 25/37.

Acerca do tombamento voluntário e compulsório, as lições de Sirvinskaskas³ são precisas:

O tombamento administrativo voluntário ocorre se o proprietário pedir diretamente ao órgão competente que seu imóvel seja tombado e se a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional ou estadual, a juízo do Conselho Consultivo do IPHAN, ou se o proprietário anuir, por escrito, à notificação apresentada, a que se lhe fizer, para inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

O tombamento administrativo compulsório ocorre quando o órgão competente notificar o proprietário dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para anuir ou, se o quiser impugnar, oferecendo razões de sua impugnação. Não havendo impugnação dentro do prazo citado, o Diretor do IPHAN, por simples despacho, determinará a inscrição do bem no Livro do Tombo.

Ao fim, destaca-se que a decisão final no âmbito da União cabe ao Ministro da Cultura e cabe recurso para o Presidente da República nos termos do artigo único do Decreto-Lei 3866/41:

Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto pôr qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Es-

³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012. P. 646-647.

tados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Édis Milaré⁴, em referência a José Eduardo Ramos Rodrigues, menciona que o referido Decreto-Lei não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, alegando, em apertada síntese, os seguintes argumentos:

A propósito, tem razão José Eduardo Ramos Rodrigues ao sustentar que o referido Dec.-Lei 3866/1941 não teria sido acolhido pela atual ordem constitucional. Assim, seria inconstitucional porque: (i) prevê hipótese de intervenção da União nos Estados e Municípios distinta daquelas previstas no art. 34 e incs. da CF; (ii) colide com o inc. XXXVI do art. 5º da CF, ao permitir o desfazimento de ato jurídico perfeito (ato jurídico de tombamento), ferindo o direito adquirido do proprietário de se manter dono de bem cultural tombado; (iii) o cancelamento do tombamento prejudicaria o direito adquirido da sociedade brasileira à preservação do bem tombado, novamente ferindo o inc. XXXVI do art. 5º da Lei Maior.

2.6. Efeitos do tombamento

O tombamento, como ato jurídico perfeito, gera vários efeitos, os quais serão expostos nas linhas abaixo.

A *obrigação de transcrição no registro público competente* pode ser considerada um dos principais efeitos do tombamento definitivo de bens particulares. O próprio órgão ambiental responsável pelo ato administrativo acima mencionado informará a repartição registral necessária. Assim, caso o bem tombado seja de natureza imóvel, o mesmo deverá ser levado ao Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição do bem. Por seu turno, se móvel a coisa, o cartório extrajudicial competente é o de Títulos e Documentos. O registro tem escopo de tornar pública a informação do gravame e, em caso de alienação, caberá ao adquirente a devida transcrição.

Por conseguinte, outra característica apresentada no tombamento é a *restrição quanto à alienabilidade*. Há duas vertentes a serem analisadas. Caso o patrimônio seja público a inalienabilidade estará presente, exceto nos casos de transferência entre a União, Estados e Municípios, ou seja, o patrimônio pode ser deslocado da esfera protetiva de um Estado para a União, mesmo sendo tombado. Por outro lado, caso seja particular, há a possibilidade de alienação onerosa, porém, com o direito de preempção da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não havendo interesse dos entes

⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 326.

federativos, poderá ser alienado o bem, destacando-se o dever do adquirente em prosseguir com as normas ditadas pelo tombamento, ou seja, transmite-se a propriedade do bem juntamente com o gravame.

Outro efeito é a *restrição quanto à modificação do bem*, a qual dita que o proprietário não poderá destruir ou demolir o patrimônio tombado e, somase o fato que qualquer alteração de menor potencial como pintura, reparação ou restauração deve ocorrer sempre com a autorização prévia do órgão competente, sob pena de multa.

A *possibilidade de intervenção estatal para fiscalização e vistoria* é outro fator que merece destaque como efeito. Tal atuação denomina-se vigilância e permite que o órgão público competente realize fiscalizações nos bens culturais, podendo adentrar nos imóveis e realizar visitas pré ou pós tombamento para constatar se o bem em análise possui o efetivo valor cultural e, caso positivo, se o mesmo está sendo protegido, conforme Sirvinskas⁵:

A vigilância, como mais um instrumento de tutela do meio ambiente cultural, permite que o Poder Público competente realize inspeção e fiscalize os bens culturais em sua plenitude, podendo adentrar nos imóveis e realizar as vistorias antes ou depois do tombamento para constatar se o bem é portador de valor cultural ou se está sendo corretamente preservado. Citamos como exemplos o art. 20 do Decreto-Lei n.º 25/37, o art. 4º do Decreto n.º 99556/90 (dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional) e o art. 23, III, IV, V e VI da CF.

Por fim, a *sujeição da propriedade vizinha a restrições especiais* é o último efeito a ser analisado. Não só o patrimônio tombado tem uma limitação de fruição, a vizinhança também. Isto porque é relevante garantir uma boa visibilidade e circulação de ar no bem tombado. O vizinho sofre muitas limitações que o próprio detentor do bem tombado sofre, podendo se destacar a impossibilidade de construção ou modificação que impeça ou reduza a visibilidade do bem tombado. Além disso, qualquer alteração física deve ser comunicada previamente ao órgão competente, sob pena de multa. No caso do patrimônio vizinho não é hipótese de tombamento e sim de limitação administrativa na propriedade, porém, sem direito à indenização.

2.7. Indenização do bem tombado

A questão da indenização levanta vários posicionamentos doutrinários diversos. Podem-se destacar duas correntes que se ressaltam. Inicialmente aqueles doutrinadores que defendem que o tombamento não gera indenização. Dentre eles temos Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia e José Cretella

⁵ Op. Cit. P. 641

Júnior; Em contrapartida, há os defensores da contraprestação pecuniária, dentre eles: Celso Antônio Bandeira de Melo e Ruy Cirna.

Marinela⁶ faz uma análise temperada das correntes, ressaltando que a regra é a não indenização, mas há ressalvas a serem destacadas.

A primeira exceção ocorre quando o tombamento se torna extremamente oneroso para manutenção, como por exemplo, utilização de tintas especiais para conservação externa de um bem. Se o bem é tombado pelo interesse da coletividade, incongruente seria que apenas um obtivesse o ônus e o restante da população somente o bônus.

A segunda ressalva ocorre quando há o esvaziamento do valor econômico do bem, porque a intervenção que era restritiva de direito passa a ser supressiva de direito. Destaque para o REsp 220983/SP de 25/09/2000:

ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. BEM GRAVADO EM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE, IMPENHORABILIDADE, USUFRUTO E FIDEICOMISSO. 1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado. 2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex: cobrança de dívida de jogo. 3. **O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado.** Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo. 4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria. 5. Reconhecido o direito de indenização, há, por força de lei (art. 31, do DL 3.365, de 21.6.41), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. 6. Em razão de tal dispositivo, ocorrendo o pagamento da indenização, deve o valor ficar depositado, em conta judicial, até solução da lide sobre a extensão dos gravames. 7. Recurso improvido. (Original sem grifos).

⁶ Op. Cit. P. 814

3. ASPECTOS ANALITICOS DO CRIME E A PROTEÇÃO AO BEM TOMBADO

3.1. Noções estruturais-analíticas do crime

Como é cediço, existem várias correntes que buscam classificar o crime.

Inicialmente a corrente quadripartite apresenta um conceito analítico de crime da seguinte forma: fato típico, antijurídico, culpável e punível, tendo como maiores defensores Von Liszt, Gustav Radbruch, Nelson Hungria, dentre outros.

Por seu turno, o entendimento tripartite de crime abarca o fato típico, antijurídico e culpável, sendo expoentes Hans Welzel, César Bitencourt, Rogério Greco, sendo a majoritária. Aqui importante mencionar que o termo mais adequado para a antijuridicidade é ilicitude, considerando que a ação do agente não é contra a norma e sim no mesmo sentido. Por exemplo: o tipo penal descrito no artigo 121 do Código Penal Brasileiro trata “Matar alguém”. Assim, aquele que atuar de acordo com a norma, receberá uma punição prevista no preceito secundário. Então, apesar do agente praticar uma ação prevista na lei, ela será ilícita. Daí o termo mais adequado ser ilicitude ao invés de antijuridicidade.

Por fim, a corrente bipartite menciona a existência apenas do fato típico e Antijurídico, sendo a culpabilidade ligada à pena. Como defensores temos Fernando Capez, Damásio, Mirabete, dentre outros.

Adotar-se-á a corrente majoritária, qual seja a tripartite, para análise da temática. Em regra fato típico é formado por conduta, nexa causal, resultado naturalístico e tipicidade. A análise deste último elemento se faz necessária em virtude da aplicação direta do princípio da insignificância. Em tempos mais remotos a tipicidade penal era entendida como tipicidade formal, ou seja, uma adequação perfeita da conduta humana em um tipo penal previsto em lei. Contudo, com o passar dos anos constatou-se a sua fragilidade conceitual, sendo objeto de estudos condutas mínimas que eram puníveis. Assim, em 1980 uma forte discussão surgiu entorno do instituto da tipicidade conglobante.

A tipicidade conglobante expressa que para haver um crime não basta apenas uma adequação de formas e sim a análise conjunta de outros elementos capazes de sopesar a intensidade da ação do criminoso. Então a tipicidade penal passa a ser entendida como a somatória da tipicidade formal e conglobante, onde esta pode ser entendida como soma da tipicidade material e da conduta antinormativa.

O elemento tipicidade material permite chegar ao princípio da insignificância vez que pondera o desvalor da conduta e o eventual resultado.

3.2. O crime de alteração de edificação especialmente protegida

Toda a análise didática e analítica do crime se faz necessária, tendo em vista a aplicação do princípio da bagatela, também conhecido por insignificância.

Em análise sistêmica do instituto do tombamento outrora analisado juntamente com os traços criminais pode-se concluir que o legislador deu grande foco na infração penal de alteração de edificação especialmente protegida com o objetivo protetivo da memória do patrimônio cultural, conforme artigo 63 da Lei 9605/98:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Da análise aparente do dispositivo alguns aspectos merecem atenção em uma cisão meramente acadêmica. Inicialmente o referido diploma legal menciona *alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido*, ou seja, a expressão é de alta amplitude vez que proíbe qualquer alteração de aspecto que pode ser entendido como pequenas alterações na edificação, por exemplo mudança de formato de portas e janelas, cor, instalação de iluminação artificial, placas, dentre outros. Nesse sentido, o Tribunal Mineiro (1ª Câmara Criminal), na Apelação Criminal 1.0024.01.588467-9/001, proveniente da Vara de Origem de Belo Horizonte/MG, em 23/09/2011:

O réu antes do tombamento havia colocado uma placa de propaganda no imóvel, conforme laudo de fls. 17, entretanto, após o tombamento instalou mais 04 placas, conforme laudo de fls. 148/150.

Assim, não é possível dizer que as placas foram instaladas antes do tombamento, gerando assim atipicidade da conduta.

Sendo assim, apesar de já existirem placas quando do tombamento, após o tombamento e antes do oferecimento da denúncia, foram instaladas novas placas, ou seja, a atividade prevista no tipo penal foi realizada.

Por sua vez, o termo que compete à estrutura impõe uma visão mais drástica de reforma, como por exemplo, redução de andares, inclusão de garagens, dentre outras. Nesta ultima faceta imperioso destacar que proíbe-se a alteração de estrutura.

Por conseguinte, outro elemento do tipo que merece estudo é a forma que o patrimônio está protegido. Para caracterização do crime a alteração deve-se ocorrer quando o bem estiver amparado *por lei, ato administrativo ou decisão judicial*. Percebe-se uma fonte tripla de proteção. A primeira proveniente do legislativo (lei); a segunda do executivo (ato administrativo) e, por fim a judicial (decisão judicial).

Destaque-se que o tipo menciona *edificação ou local*, o que proporciona uma proteção ampla do patrimônio artificial e natural.

O próximo ponto de derivação do tipo penal é a expressão que dita a natureza da proteção, ou seja o objetivo protecionista (*bem de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental*).

Por fim, o crime menciona que as alterações puníveis são aquelas *sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida*. Aqui imperioso ressaltar que, implicitamente, a reforma do bem tombado com autorização não é punível, conforme mencionado em linhas anteriores.

Analisado todo o preceito primário, insta salientar que o preceito secundário prevê pena de reclusão de um a três anos, assim como multa. Logo, considerando que a pena máxima ultrapassa dois anos, o agente que comete o delito previsto no artigo 63 da Lei 9605/98 não detém direito à benesse da transação penal, a qual está prevista no artigo 76 da Lei 9099/95:

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

Todavia, faz jus ao benefício da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da mesma lei:

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

Considerando toda a argumentação acima, o crime de alteração de edificação especialmente protegida foi analisado nos seus termos, assim como as benesses legais. Mas, conforme explanado em linhas anteriores, a prática do referido crime deve ser analisada pormenorizadamente para constatar se a conduta do agente é reprovável na medida que merece resposta estatal através de um processo criminal. Nesse espectro, o estudo da norma consuetu-

dinária da insignificância conjuntamente com o referido crime ocorrerá no capítulo seguinte, além de destacar a importância da análise conjunta da proporcionalidade.

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

Não há como iniciar a análise do princípio da insignificância sem antes sopesar o caráter de seleção de bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal. Como é cediço, apenas aqueles bens mais relevantes para a sociedade devem ser amparados por este ramo tão enérgico do direito. Isto ocorre porque vários ilícitos podem ser resolvidos perante a esfera do direito civil, como por exemplo ações de indenização.

O órgão responsável por ditar as normas que são amparadas pelo direito penal é o próprio legislativo federal, sendo que cabe ao intérprete apenas aplicá-la. O *quantum* da pena não está diretamente ligado à importância que cada bem jurídico têm. Se há uma punição penal entende-se relevante. Contudo, a diferenciação das penas pode ocorrer em virtude da gravidade dos fatos. Assim, todos os bens jurídicos tutelados pelo direito penal são de suma importância, porém, dentre estes os que forem mais agressivos para a sociedade serão reprimidos com uma penalidade maior. Bitencourt⁷ ensina:

Deve-se ter presente que a *seleção dos bens jurídicos* tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem *função* do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados *princípios constitucionais* da reserva legal da *independência dos Poderes*. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de *menor potencial ofensivo* (art. 98, I, da CF) não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o *princípio da insignificância*. Os delitos de lesão corporal leve, de ameaça, injúria, por exemplo, já sofreram a *valoração* do legislador, que, atendendo às necessidades sociais e morais históricas dominantes, determinou as conseqüências jurídico-penais de sua violação. Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valorados pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e *penalmente relevantes*.

Como marco histórico o princípio da insignificância foi relacionado na década de sessenta por Claus Roxin e revelou que a tipicidade penal exige

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. 16^o ed.** São Paulo: Saraiva, 2011. P.51.

uma ofensa de gravidade alta aos bens jurídicos tutelados e impõe a aplicação de uma real proporcionalidade estabilizada entre a gravidade da ação do agente e a extrema e enérgica resposta estatal. Como se sabe, o judiciário brasileiro é moroso sendo que um processo criminal deflagrado pode gerar anos de represálias e transtornos para o cidadão. Por este motivo a proporcionalidade é medida que se instaura como balança: caso a conduta seja de fraca intensidade, o princípio da insignificância é a medida adequada. Por seu turno, se o agente praticar uma conduta de extensa dimensão, a resposta estatal-criminal é devida.

Com este sistema de contrapesos possibilita que o judiciário trabalhe somente naqueles casos mais relevantes e, conseqüentemente, com maior agilidade, tudo em busca da justiça. Conforme Bitencourt⁸

Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como, por exemplo, nas palavras de Roxin, “mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade”.

Assim, a necessidade da adoção do princípio da insignificância se dá em virtude de um raciocínio equilibrado, que tem o objetivo de interpretar corretamente os textos legais. Esta interpretação não pode ocorrer de modo literal, sendo que a proporcionalidade deve estar presente para analisar a extensão do dano e a reprovabilidade social da conduta.

Rogério Greco⁹ argumenta no sentido de um direito penal do equilíbrio, onde a lei não deve se preocupar com bagatelas:

De acordo com um Direito Penal do Equilíbrio, a resposta a essa indagação só pode ser no sentido de que a lei não pode se ocupar com bagatelas, mas sim com agressões a bens de relevo. No caso em exame, o fato deveria ser considerado atípico, por ausência da chamada tipicidade material.

Considerando que a expressão extensão do dano e reprovabilidade da conduta do agente são termos subjetivos e muito amplos, o próprio Supremo Tribunal Federal estipulou alguns requisitos para se auferir a tipicidade material e, por conseguinte, da aplicação desta norma consuetudinária:

⁸ Op. Cit.p. 52.

⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal.** 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010. P. 86.

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC99207/SP- São Paulo, 1ª T., Relatora Ministra Carmem Lúcia, publicado no Dje 18.12.2009)

Analisando o julgado do Supremo Tribunal Federal, pode-se indicar como requisitos para aplicabilidade do princípio da bagatela: a) valor do objeto do crime; b) mínima ofensividade da conduta do agente; c) ausência de periculosidade social da ação; d) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e) inexpressividade da lesão jurídica causada.

Desta forma, por tudo que até agora foi exposto, pode-se concluir que o princípio da insignificância possui o caráter de excludente de tipicidade.

A argumentação do presente artigo se dá entorno do crime de alteração de edificação especialmente protegida à luz da insignificância, tipificado no artigo 63 da Lei 9605/98. Logo, o julgado do TJMG (1ª CaCrim), apelação criminal n.º 1.0024.01.588467/001 de 23/09/2011, trata diretamente do caso levantado no presente estudo.

Em apertada síntese, o crime ocorreu da seguinte maneira:

O apelante foi condenado pela prática do crime de alterar fachada de imóvel tombado pelo Poder Público, por ter instalado placas publicitárias de seu consultório dentário, na fachada do imóvel em que exerce sua profissão.

Com relação ao crime narrado na denúncia, o apelante pleiteia pela absolvição tendo em vista alegar que as placas foram instaladas anteriormente ao tombamento. Sendo assim, alega a atipicidade da conduta.

Verifica-se então que o réu pede absolvição por atipicidade, vez que instalou placas em seu consultório antes do tombamento. Porém, o Município de Belo Horizonte/MG manifestou-se no seguinte sentido:

Na época em que o referido imóvel foi tombado já existiam placas que obstruíam a fachada sem, contudo, danificá-las [...]. Após 4 anos, ou seja, em 1998 foram observadas placas de maiores dimensões e grande quantidade de objetos junto a fachada dificultando a visibilidade do imóvel [...].(Grifo nosso).

O acusado já tinha instalado uma placa de propaganda em seu imóvel antes do tombamento. Contudo, após alguns anos, o réu instalou mais quatro placas. Então, não há como haver a alegação de uma conduta atípica se o preceito primário do artigo 63 da Lei 9605/98 foi violado.

Assim houve um fato típico (a ação se amoldou no tipo penal), ilícito (contra as normas legais) e culpável. Porém, a insignificância é o princípio a ser analisado.

Conforme critérios ditados pelo STF verificar-se-á que o valor do objeto do crime não houve interferência vez que o bem tombado não sofreu decréscimo econômico, pois as placas podem ser removidas; Por seu turno a conduta foi de mínima ofensividade porque não houve um dano social considerando que o imóvel não foi adulterado substancialmente; Por conseguinte não há presença de periculosidade para a sociedade; Já a reprovabilidade do comportamento é muito pequena e a lesão jurídica causada é praticamente ausente.

Assim, os requisitos ditados pelo STF foram cumpridos para aplicação da insignificância.

A proporcionalidade é medida que merece destaque. Caberia ao judiciário aplicar uma sanção penal a uma pessoa que instala um objeto removível em um imóvel tombado? A resposta é límpida em dizer não. Isto porque o proprietário do bem já sofre várias limitações: obrigação de transcrição no registro público competente, restrição quanto a alienabilidade, restrições quanto à modificação do bem e a possibilidade de intervenção estatal para vistoria. O ônus em manter um bem imóvel já é de grande espessura e proibir que se instale placas indicativas de uma atividade de sustento do réu seria retirar-lhe as condições humanas, ferindo inclusive o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Caso o proprietário do bem tombado não possa usufruir em nada do bem, incidirá inclusive a hipótese de indenização. O gravame é único e o bônus é coletivo? Não há como sustentar esta tese por ferir inclusive os ideais contemporâneos de justiça!

Como é sabido, as esferas são independentes e todos os efeitos administrativos do tombamento não interferem na seara judiciária, contudo, a proporcionalidade é medida que se impõe.

Portanto, a insignificância deve ser aplicada na referida problemática levada ao Tribunal Mineiro. Com a aplicação de tal norma, exclui-se a tipicidade material e, conseqüentemente a tipicidade delitiva, culminando com a absolvição por ausência de tipicidade da ação delitiva. Tal argumento também foi sustentado, de forma acertada, pelo referido tribunal que acolheu parcialmente a apelação criminal para absolver o réu, nos seguintes termos:

Desta forma, estando presentes os elementos para a aplicação do princípio da insignificância, a tipicidade da conduta resta afastada.

Assim, entendo que a absolvição é medida que se impõe, ante à ausência de tipicidade da conduta do réu.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação para absolver o apelante do crime previsto artigo 63 da Lei n.º 9.605/98, pela aplicação do princípio da insignificância.

Custas recursais na forma do art. 804 do CP.

Da análise de toda a argumentação acerca do tombamento, princípio da insignificância e proporcionalidade, conclui-se que para haver o crime de alteração de edificação especialmente protegida deve haver um dano potencial ao patrimônio protegido (cultural, natural, paisagísticos, dentre outros). Inclui-se também o argumento de que a seara administrativa está apta para aplicar multas e atos inibitórios de alteração do imóvel tombado, sendo que o processo criminal deve ser aplicado como *ultima ratio* e a morosidade pode acarretar vários danos para o indivíduo. A proporcionalidade deve ser sempre levantada com a insignificância, ou seja, a conduta típica do agente deverá seguir os requisitos ditados pelo STF além de verificar se a sanção criminal é justa ao caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista as ponderações e análise do tombamento ambiental, pode-se concluir que o meio ambiente está devidamente amparado por um forte mecanismo administrativo de conservação de bens de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico e monumental.

Foram traçadas características acerca do tombamento ambiental, sendo salientadas noções gerais, a competência material e legislativa, os efeitos resultantes desta atividade administrativa, o procedimento administrativo do tombamento e, por fim, a análise do cabimento de indenização proveniente desta intervenção.

Posteriormente, foi delimitado o conceito de crime, o qual partiu de uma premissa analítica, sendo destacados as diversas teorias conceituais, quais sejam: bipartite, tripartite e quadripartite. Após, o crime de alteração de edificação especialmente protegida, tipificado no artigo 63 da Lei 9605/98, foi completamente analisado.

Ao fim, surgiu o princípio da insignificância para amenizar as disparidades entre a lei seca e sua aplicação no cotidiano forense, quando então a proporcionalidade surge como meio de contrapeso para concretização da justiça.

E, ao levantar o estudo de tantos institutos concomitantemente pode-se efetuar uma ponderação conclusiva simplista, porém densa, na qual para haver o crime de alteração de edificação especialmente protegida deve haver um dano potencial ao patrimônio protegido (cultural, natural, paisagísticos,

dentre outros). O direito penal ambiental deve ser acionado nos casos de superlativa gravidade, considerando a possibilidade de aplicação de sanções administrativas aos que descumprirem as normas do tombamento, ressalvada a independência dos poderes.

O processo criminal brasileiro, no geral, é moroso e acarreta vários fatos prejudiciais ao cidadão, como a dificuldade em ser contratado para um trabalho, a discriminação, dentre vários outros fatores. Por isso, o operador do direito deve se valer do princípio da insignificância para buscar uma solução racional e justa para o acusado.

O Supremo Tribunal Federal ditou algumas diretrizes para a aplicação de tal norma consuetudinária, com o escopo de retirar a subjetividade dos padrões de aplicação do princípio e indicar o caminho a ser seguido pelo operador do direito em busca dos ideais de justiça.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011.

BELTRAO, Antônio F.G. **Direito Ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13/09/2012.

_____. **Decreto-Lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm> Acesso em 16/09/2012.

_____. **Decreto-Lei n.º 3866 de 29 de novembro de 1941**. Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3866.htm> Acesso em 12/09/2012

_____. **Lei n.º 9099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 16/09/2012.

_____. **Lei n.º 9605 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. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 12/09/2012.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1ª CaCrim). **Apelação Criminal n.º 1.0024.01.588467/001**. Apelante: Paulo Roberto Naves. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Desembargador Reinaldo Portanova. Belo Horizonte, 23/09/2011.

FILHO, Roberval Rocha Ferreira. STF Principais Julgamentos. Salvador: Juspodivm,, 2011.

_____. **STJ Principais Julgamentos**. Salvador: Juspodivm, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

_____. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. 2. ed. Cidade: Método, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012.