

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA DE LISBOA

O CRIME DE DANO: DESFIGURAMENTO, CRIME OU DIREITO?



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Ana Raquel Santos

Mestrado Forense

Orientação do Professor Dr. Pedro Garcia Marques

Lisboa

Julho 2021

Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Índice

1. Introdução	4
2. O bem jurídico no crime de dano simples	6
3. O tipo do crime de dano simples	7
3.1 A danosidade social no crime de dano	11
4. Modalidades de conduta punível	12
4.1 Destruir	14
4.2 Danificar	15
4.3 Desfigurar	16
4.4 Tornar não utilizável	17
5. O aumento do valor económico com a desfiguração	18
5.1 O enriquecimento sem causa e o <i>graffiti</i>	19
5.2 A acessão industrial e o <i>graffiti</i>	20
6. Os direitos de autor e arte urbana	21
7. A evolução da arte urbana, ou do vandalismo?	22
7.1 A teoria das janelas partidas	26
7.2 A teoria das janelas partidas e o <i>graffiti</i>	28
8. O desfiguramento como exercício da liberdade de expressão	30
9. A arte urbana e o ativismo	36
10. Análise crítica do acórdão do STJ n.º 4/2018	38
11. Conclusão	42
12. Bibliografia	44

1. Introdução

Nós humanos dependemos todos de coisas, ao contrário dos animais por exemplo, não temos capacidade para sobreviver sozinhos, as coisas rodeiam-nos e o uso das suas várias faculdades fazem parte da nossa existência, auxiliam-nos a superar as dificuldades do quotidiano, tornam a nossa vida mais simples. Todavia a maioria das coisas não são infindáveis, elas são em regra escassas, e por isso, são uma constante fonte de conflito. Por este motivo ao longo da história coube ao direito fazer a sua adequada distribuição e sancionar as condutas lesivas de coisas alheias, principalmente com o predomínio da propriedade privada.

É devido à necessidade de punir determinadas condutas que interferem com a relação das pessoas com as coisas que o direito penal patrimonial surge, tendo em vista a regulação e pacificação destes conflitos sobre bens que são tendencialmente escassos, trata-se de um modo de proteger os titulares de direitos sobre as coisas, permitindo-lhes nos casos mais gravosos, recorrer ao Direito para obter essa segurança.

É neste contexto que se insere o crime de dano simples, que pune várias formas de ofensa ao estado das coisas, de entre as quais, as ofensas à imagem exterior, à aparência da coisa, onde se incluem práticas como o *graffiti*, e em geral, grande parte da arte urbana. Fenómenos estes que foram paulatinamente conquistando o campo visual, principalmente, dos grandes centros urbanos e não parecem perder a sua força.

Cientes do impacto social e cultural que estas intervenções têm, decidimos dedicar as páginas que se seguem a uma análise sobre esta relação, que pode ser bastante complexa e que tem muito por onde evoluir, entre o *graffiti* e o Direito. Nomeadamente no que respeita às intervenções realizadas sem licenciamento ou autorização do respetivo proprietário.

Neste sentido, o primeiro passo do nosso estudo passou por analisar este fenómeno, importa perceber a sua origem e que características o tornam uma prática tão utilizada por todo o mundo, as motivações que levam os artistas de rua a optar por superfícies públicas ou privadas, ao invés de uma galeria para expor a sua arte e qual a posição da jurisprudência em relação a estas práticas, bem como a da sociedade civil. Que regra geral, varia entre a arte e o vandalismo, a este propósito a Teoria das Janelas Partidas trata exatamente deste tipo de práticas como inimigas do Direito e da civilização, considerámos assim que seria pertinente abordar esta teoria e a nossa visão quanto à mesma, sem esgotar ainda assim a sua discussão.

Independentemente da opinião acerca destas práticas, facto é que o *graffiti* tem impactado a área da publicidade, imobiliário e turismo, pelo que o seu reconhecimento é crescente, e a arte não é a única via, pelo menos positiva, pela qual o *graffiti* pode ser aproveitado. O *graffiti* também pode ser uma importante via de comunicação, particularmente para quem não tem acesso ou uma voz ativa nos tradicionais meios de comunicação, o que excepcionalmente é alvo de atenção pela jurisprudência portuguesa, pois o conteúdo dos desfiguramentos raramente é ponderado pelos tribunais.

Neste trajeto várias questões de ordem prática suscitaram a nossa atenção, tal como perceber qual deve ser a resposta do Direito quando do desfiguramento resulta, não como esperado, um prejuízo, mas devido ao valor da obra artística, numa valorização económica para o proprietário da coisa. Deverá existir alguma tutela para a posição do artista? E tratando-se de um *graffiti* ilícito, os direitos de autor aplicam-se de igual forma? A quem assiste o direito de vender uma obra de rua não licenciada nem autorizada?

Não podemos descortinar esta relação entre o Direito e a arte urbana, mais especificamente o *graffiti*, sem antes analisar o tipo do crime de dano, perceber nomeadamente qual o seu fundamento e âmbito de proteção. Pelo que as primeiras páginas, de uma forma mais técnica visam, em primeiro lugar enquadrar o dano no ordenamento jurídico português, perceber qual o bem jurídico que o legislador pretendeu proteger com a incriminação, qual a sua extensão e de que forma o fez, assim, iremos aprofundar toda a composição do tipo e com especial atenção as quatro condutas típicas previstas no crime de dano simples: destruir, danificar, desfigurar e tornar não utilizável.

Por fim, considerámos pertinente traçar uma análise crítica à Lei n.º 61/2013, visto que o diploma veio estabelecer o regime aplicável aos *graffitis*, afixações e picotagens, juntamente com o Acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ n.º 4/2018, pretendemos assim descortinar o seu alcance prático.

2. O bem jurídico no crime de dano simples

No título II da parte especial do CP, sob a designação genérica de crimes contra o património o legislador incluiu, os crimes contra a propriedade, os crimes contra o património em geral, os crimes contra direitos patrimoniais, e os crimes contra o setor público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente. Distinção que tem subjacente o objeto sobre o qual incide a ameaça do agente, ou seja, o bem jurídico que é colocado em perigo com a conduta ilícita.

Assim sendo, o crime de dano, p. e p. pelo artigo 212.º do CP, enquadra-se no capítulo dos crimes contra a propriedade, mas porquê neste e não no capítulo dos crimes contra o património?

Para entender a opção tomada pelo legislador é necessário compreender o conceito penal de crimes contra a propriedade e contra o património¹. No primeiro caso estamos perante ilícitos em que o ofendido vê afetado o exercício das faculdades associadas ao direito de propriedade, seja relativamente ao uso, fruição ou disposição da coisa, visto que ao proprietário assiste o poder de fazer qualquer aproveitamento da coisa que não seja proibido por lei.

Este direito abrange três principais dimensões: substância, uso e valor estético, que correspondem exatamente às ações previstas no tipo legal de dano simples, a substância no que respeita à conduta danificar e destruir; o uso quando se diz “tornar não utilizável” e o valor estético tutelado pelo desfiguramento.²

Ao contrário do que sucede nos crimes contra o património, em que o legislador criou os tipos legais, com um valor específico, nos crimes contra a propriedade, como se pode observar pelo tipo do dano simples, não se exige que a coisa tenha qualquer valor, e bem assim, que da ação resulte qualquer prejuízo, nem sequer a intenção de enriquecimento por parte do infrator.³

¹ V. PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica, 2015, pp. 793 e 847; COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 206-208; ALMEIDA COSTA, «Art. 217º (Burla)», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 277-281

² Cf. JOSÉ MARTINS, *O crime de Dano e o Património Cultural*, Coimbra, Livraria Petrony, Lda, 2003, p. 204 e FERRANDO MONTOVANI, *Danneggiamento e deturpamento di cose altrui in DDP III*, reimp. Torino: UTET 1994 p. 110

³ Cf. Ac. do TRC de 17-09-2014, processo n.º 261/13.5GAMMV

A este respeito elucida-nos Costa Andrade, segundo o autor, *pode consumir-se o crime de Dano sem que tenha como reflexo um prejuízo patrimonial*⁴. *Nem está excluída a possibilidade de o crime resultar em ganho ou vantagem patrimonial para o proprietário ofendido.* Citando na mesma linha de raciocínio o Reichsgericht⁵ (1900) segundo o qual, *a lesão da coisa é diferente do prejuízo patrimonial, uma vez que aquela não implica necessariamente este último, não estando sequer excluído que ela tenha como consequência um ganho patrimonial*⁶.

Posto isto, o dano não releva do ponto de vista do prejuízo na vertente jurídico-económica, somente para efeitos de qualificação e eventualmente a nível da medida da pena, ou seja, releva somente enquanto património jurídico-funcionalmente considerado.

3. O tipo do crime de dano simples

No âmbito dos crimes contra o património, os tipos de ilícito são, regra geral, compostos por conceitos comuns, por blocos que o legislador constrói e que repete ao longo do Título II⁷. No crime de dano simples estes elementos são os termos *coisa* e *alheia*.

Relativamente ao termo coisa, apesar do CP português não o definir, uma vez que não se trata de uma disciplina desligada do ordenamento jurídico e as interpretações deverem procurar-se no sentido da unidade global do sistema⁸, o Código Civil no art. 202.º n.º 1 dispõe que “diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.”

Todavia esta é uma definição intransponível para o Direito Penal por ser excessivamente abrangente,⁹ pois quando empregada ao crime de dano é inoperável do ponto de vista físico, destruir, desfigurar ou tornar não utilizável um direito, no entanto um direito é objeto de relações jurídicas e por isso, integra a definição *supra*.¹⁰

⁴ Cf. COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense... op. cit.*, p. 207, no mesmo sentido, v. TERESA BELEZA, «Os crimes contra a propriedade no Código Penal de 1982» in AUGUSTO DIAS *et al.*, *Coletânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*, Lisboa, AAFDL Editora, 2008 p. 137

⁵ Criado pela “Lei da Constituição dos Tribunais” de 1877, consistia na mais alta corte para conflitos de direito civil e penal, foi fundado em 1879 e extinguiu-se em 1945, atualmente é onde se localiza o Tribunal Administrativo Federal alemão, cf. <https://www.bverwg.de/gebaeude/geschichte-des-gebaeudes> consulta 26/06/2021

⁶ Em sentido diverso v. JOSÉ MARTINS, *O crime de Dano...*, *op. cit.*, p. 226 e ss

⁷ V. FARIA COSTA, *Direito Penal Especial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 p. 53

⁸ Cf. FARIA COSTA, «Art. 203.º (Furto)» in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 35

⁹ V. ANTÓNIO BARREIROS, *Crimes Contra o Património*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 1996, p. 25

¹⁰ Cf. JOSÉ MARTINS, *O crime de Dano... op. cit.*, p. 193 e FARIA COSTA, «Art. 203.º (Furto)» in *Comentário Conimbricense... op. cit.*, pp. 34-35

Partindo desta definição e procurando as especificidades do direito penal patrimonial, há um elemento comum aos vários tipos de crime, visto que todos eles pressupõem um mínimo de físico ou materialidade, apesar de não se exigir que a coisa se apresente em qualquer estado específico, não se pode tratar de uma coisa com que à partida não seja possível interferir¹¹. Costa Andrade alude a corporeidade, como algo exposto à *ação (destruidora ou modificativa) do homem*.¹²

Atendendo ainda à definição dada pelo Direito Civil, o n.º 2 do art. 202.º do CC, por via de uma delimitação negativa, indica como fora do comércio, *as coisas que pela sua natureza são insuscetíveis de apropriação individual*, o que nos permite também afirmar como característica do elemento coisa, a suscetibilidade da mesma ser apropriada, no sentido de ser passível de se autonomizar, a este propósito, Costa Andrade, elucida que ao contrário do que sucede com as coisas simples, nas coisas compostas, só quando estas configurem uma unidade funcional, é que são passíveis de serem alvo do crime de dano.¹³ Já relativamente ao preceito *alheia*, também este distante de ser um conceito unívoco, são de se excluir do seu âmbito de aplicação desde logo as coisas que são próprias visto que para o proprietário a coisa nunca será alheia, o que já não sucede com o possuidor ou detentor.

Também insuscetível de revestir carácter alheio são as coisas *rei nullius* por não ser passível de revestir carácter alheio o que não pertence a ninguém. O mesmo equivale às coisas que pertencem a toda a sociedade, a todos os seres, tal como o ar ou a água do mar, uma vez que os bens dominiais são bens disponíveis para o uso imediato do público e são insuscetíveis de propriedade privada, pelo menos no seu todo.

Assim sendo, o objeto da ação no crime de dano terá de ser uma coisa, não se distinguindo se móvel ou imóvel¹⁴, pelo que as duas haverão de estar abrangidas no âmbito de aplicação do preceito.

O resultado típico pode passar por qualquer das condutas típicas punidas pelo 212.º, *infra* analisadas, o que pode ser alcançado por via de ação ou omissão, desde que haja

¹¹ V. COSTA ANDRADE «Art. 212º (Dano)» in *Comentário ...*, *op. cit.*, pp. 209-210, mais próximo da imaterialidade, o autor integra no conceito de coisa para efeitos do crime de dano, “suportes magnéticos de sons ou imagens” bem como “ficheiros, programas, sistemas, documentos e dados informáticos “. No mesmo sentido, FÁRIA DA COSTA “Les crimes informatiques et d’autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal” in *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

¹² COSTA ANDRADE «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense ...*, *op. cit.*, p.208

¹³ COSTA ANDRADE «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense ...*, *op. cit.*, p.210

¹⁴ V. MANUEL HENRIQUES, MANUEL SANTOS, *Código Penal Anotado*, II Volume, 3.ª Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2000 p. 797, salientam os autores que a Comissão Revisora de 1982 teve como objetivo incluir no crime de dano simples, *todas as hipóteses de dano independentemente do seu objeto (coisa móvel ou imóvel) ou dos meios utilizados*.

dever de garante. Em qualquer dos casos o tipo subjetivo do dano somente é compatível com o dolo, para os danos negligentes, entende-se que *cumprem as necessidades de prevenção, punição e reparação*¹⁵, a nível da responsabilidade civil.

Posto isto, para que se verifique o elemento intelectual do dolo, o infrator deve ter presente que a coisa é alheia, que a sua conduta irá resultar num dano e que a sua conduta é ilícita¹⁶. Já quanto ao elemento volitivo, o tipo admite qualquer modalidade de dolo, portanto, ou o agente considera o dano como uma consequência possível e ao agir conforma-se com a realização do mesmo, atuando assim com dolo eventual; ou o agente vê o dano como um resultado necessário da sua conduta e fá-lo, dolo necessário; ou por último o agente deve age por querer provocar, diretamente, o dano, neste caso com dolo direto.

Embora o tipo abranja diversas formas de lesão à propriedade, as condutas são punidas de modo indiferenciado e não se exige qualquer qualidade especial do sujeito ativo ou passivo, trata-se de um crime comum que pode ser cometido por qualquer pessoa.

Relativamente à sua natureza tal como decorre do artigo 212.º/3 o crime de dano simples é um crime semipúblico, todavia pode revestir natureza particular verificando-se algumas das circunstâncias previstas no artigo 207.º, por força do 212.º n.º 4, todos do CP.

Na alínea a) o legislador procurou proteger a reserva de vida privada tendo em conta a importância cultural que o núcleo familiar representa, já na alínea b), pretendeu excluir situações de reduzida dignidade penal e culpa. Em particular a alínea b) é aplicável aos casos que a doutrina tipicamente designa como “atos formigueiro”¹⁷, ou seja, *quando a coisa danificada seja destinada a utilização imediata e indispensável à satisfação de uma necessidade do agente ou do seu cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2º grau, ou com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges*¹⁸.

No segundo caso apesar de ser uma restrição excessiva a doutrina tem aplicado a alínea b) somente a casos que versem sobre produtos comestíveis ou bebidas. Além desta reserva o preceito somente é aplicável se se tratar efetivamente de uma satisfação imediata

¹⁵ Cf. JOSÉ MARTINS, *O crime de Dano...*, op. cit., p. 241

¹⁶ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Parte Geral - Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora pp. 348-378

¹⁷ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...* op. cit., p. 818

¹⁸ Cf. Ac. TRG de 24-01-2011, processo n.º 1045/09.0GCBRG.G1

de necessidade indispensável, sendo que segundo José de Faria Costa esta deve ser uma necessidade física e não meramente espiritual¹⁹.

Por último, no crime de dano, o ofendido tanto pode ser o proprietário como o possuidor ou o detentor, desde que legítimos, visto que também o poder de facto sobre a coisa bem como o gozo das suas faculdades é protegido pela incriminação.²⁰

Já relativamente à restituição ou reparação do dano, estas condutas podem ser vantajosas a nível de atenuação da pena, conforme art. 206.º aplicável por força do art.º. 212.º n. º4. Pois além de estarmos perante um interesse disponível, verificada uma restituição ou reparação do dano cometido, na generalidade dos casos a vítima sentir-se-á com um sentimento de justiça cumprido, além de se satisfazerem, de certa forma, as necessidades preventivas do arguido. Além da punição do agente há uma preocupação por parte do legislador em equilibrar o mal gerado pelo crime, mas na ótica de uma justiça assente na concertação da relação autor-vítima.

Para efeitos da aplicação da beneficiação do regime contido art. 206º/2, a restituição deverá ser integral, pelo que a coisa deverá reunir o conjunto de qualidades e aptidões de uso que tinha antes do crime, caso não se verifiquem na sua globalidade então a restituição será somente parcial, relevante para efeitos somente do n. º3 do mesmo artigo. Já no que respeita à reparação, esta deve equivaler ao valor económico da coisa, sem prejuízo da vítima poder ainda assim formular pedido de indemnização.²¹ Um segundo requisito exige que a reparação ou restituição seja feita sem dano ilegítimo de terceiro, visto que o instituto perderia o seu fundo se o agente ofendesse novamente a ordem jurídica. E por último a exigência temporal, as condutas *supra* descritas devem ter lugar até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, verificados todos os pressupostos o juiz atenua especialmente a pena.

No n.º 3, valem as considerações *supra*, a diferença assenta no facto da reparação ou restituição ser parcial, o que coloca a atenuação especial da pena na discricionariedade do juiz.

¹⁹ Cf. FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense (...), op. cit.*, p. 130

²⁰ Cf. Ac. STJ de Fixação de Jurisprudência n.º 7/2011 de 31-05-2011

²¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, «Art. 206º (Restituição ou Reparação)», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 118

3.1 A danosidade social no crime de dano

Não obstante as apreciações feitas tanto do bem jurídico como, do tipo objetivo, nomeadamente no que respeita à dispensa da verificação de um prejuízo ou qualquer escalão de valor patrimonial, não significa que, toda e qualquer coisa, ou ofensa, se deva considerar como penalmente relevante.

Em qualquer das modalidades do crime de dano não só a coisa deve revestir um valor mínimo, como a própria ação típica deve lograr um mínimo de danosidade social.²² Ainda que não resulte diretamente do tipo legal, esta é uma exigência da estrutura e princípios basilares do sistema penal, mormente do princípio da necessidade da pena e intervenção mínima do Estado em matéria penal.²³ Assim sendo, recai sobre o aplicador de direito, o dever de fazer um juízo de proporcionalidade ao caso concreto, mormente na relação entre bens e valores diferentes a serem ponderados, nomeadamente um juízo de adequação, para que se averigue se o meio utilizado, é o mais apto a atingir determinado fim, conforme o exige o art. 18.º n.º 2 da Constituição.

Por estarmos perante normas que visam proteger o património ou mais concretamente, a propriedade e concorrendo para a sua proteção mais do que um ramo jurídico, em algumas situações a intervenção do Direito Civil poderá ser suficiente, tal como o legislador antecipou, em geral, com o dano negligente, em que basta o simples ressarcimento do prejuízo causado, o mesmo vale quando à mediação penal e julgados de paz.²⁴

Pelo que, não obstante não estar previsto um limiar expresso²⁵, é imprescindível retirar da área de proteção da norma do crime de dano, as situações destituídas de valor, desde logo por estarmos perante um setor do sistema penal em que as bagatelas penais adquirem uma avultada relevância, não só pela possibilidade do diminuto valor da coisa, mas muitas vezes também pelas particulares condições de acesso à mesma. Certo é que, o legislador tem procurado dar soluções processuais, a título de exemplo, o arquivamento

²² Cf. COSTA ANDRADE «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense (...), op. cit.*, pp. 219-220, o autor apresenta alguns exemplos de verdadeiras bagatelas penais, tais como “a criança que pisa a relva de um jardim” ou “quem grava o nome na casca de uma robusta árvore”, na mesma linha, DAMIÃO DA CUNHA, *Direito Penal Patrimonial – Sistema e estrutura fundamental*, Porto, Universidade Católica, 2017, p. 153

²³ V. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, op. cit.*, pp. 127-133.

²⁴ V. FREDERICO DA COSTA PINTO «Delitos de bagatela (The de *minimus* doctrine in criminal cases)» in *Revista Penal* N.º 35, Janeiro 2015

²⁵ Nem sempre assim foi, senão veja-se o antigo artigo 310.º n.º 2 na versão do Código Penal de 1982, que determinava que “Se o prejuízo for de pequeno valor, a pena não excederá 6 meses de prisão ou 30 dias de multa, podendo também o agente ser isento de pena.”

em caso de dispensa da pena, art. 280.º do CPP, ou a exigência de queixa para a instauração do processo, art. 49.º do CPP e 113.º do CPP.

Uma vez que o tipo não coloca qualquer restrição, na prática poderá revelar-se mais complexo traçar uma fronteira entre aquelas situações que devemos tomar como *bagatelas penais* ou danos penalmente relevantes. No esforço de marcar esta divisão, Costa Andrade, entende que a linha divisória reside nas situações de lesões irreparáveis ou que embora reparáveis, impliquem *custos significativos de tempo, trabalho ou dinheiro*.²⁶

4. Modalidades de conduta punível

O tipo legal do dano simples é composto por quatro efeitos da ação, “*destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável*”²⁷. A redação relativamente abrangente parece-nos vir acautelar a inclusão no tipo do maior número de comportamentos possíveis, para que não se prescindia de proteger propriedade alheia por necessidade de cumprimento do princípio da legalidade.

Por outro lado, o tipo legal abrange as várias teorias acerca da punição do dano, as teorias da substância, da função e do estado da coisa, visto que o ordenamento jurídico português acompanhou de perto a evolução alemã.

Atualmente no texto do n.º1 do art. 303º do StGB, código penal alemão, pode ler-se “Quem danificar ou destruir ilegalmente um objeto de outra pessoa será punido com pena de prisão até dois anos ou com multa”.

Inicialmente a interpretação deste artigo era puramente substancialista ou naturalística, uma vez que somente se atendia às alterações da substância da coisa.²⁸ O tipo era interpretado de modo literal, devendo existir uma causa eficiente, ou seja, qualquer ação humana; uma alteração da coisa, portanto, um dano, e uma relação de causa-efeito entre elas. Exigia-se uma modificação na corporeidade, independentemente da degradação ou não da coisa. Nesta linha, veja-se o exemplo de Célia Hernández,

²⁶ COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense ...*, op. cit., p. 219

²⁷ Sobre o crime de dano simples no direito comparado, v. JOSÉ MARTINS, *O crime de Dano...*, op. cit., p. 105 e ss. Quanto às modalidades puníveis, ao contrário do caso português, o Código Penal alemão prevê somente duas modalidades, *danificar e destrui*, o Código Penal suíço pune três modalidades *danificar, destruir e tornar inutilizável*, também o francês pune a destruição, *degradação e deterioração*, já o Código Penal espanhol no seu art. 263º de um modo mais genérico pune *quem causar danos*.

²⁸ Cf. JOSÉ MARTINS, *O crime de dano...* op. cit., p. 205

segundo o qual, *uma danificação substancial do sistema nervoso do cavalo realiza o crime, mesmo que o cavalo aparentemente se encontre na mesma*²⁹.

Esta interpretação do dano revelou-se rapidamente insuficiente por não abranger várias situações em que ainda que a corporeidade não fosse afetada, a coisa perdia a sua função. Começando assim a dar-se os primeiros passos para a introdução da teoria da função, e bem assim, a inclusão no tipo de *referências de índole normativa*³⁰ e *pessoal*.³¹

Uma vez que o problema de função era mais evidente nas coisas compostas³², o Reichsgericht³³, acabou por adotar dois critérios distintos consoante estivéssemos perante uma coisa simples ou composta, no primeiro caso importaria somente a danificação corpórea e no segundo grupo, a alteração da função.³⁴

Novamente surgiram novas dificuldades e lacunas, alguns autores propunham a inclusão do critério da diminuição do valor do uso, na medida em que haveria crime de dano se a coisa lesada já não pudesse ser utilizada por referência à sua função original. Outra parte da doutrina propunha como critério a existência de uma ação que diminuísse a capacidade de uso da coisa. Por último, existia ainda uma grande dificuldade em enquadrar no tipo legal, intervenções como a colagem de cartazes, por constituírem situações que não afetando diretamente a função da coisa, ainda assim desfiguravam-na.³⁵ Pelo que, paulatinamente a introdução da teoria da função começa a revelar-se insuficiente para abarcar tantas ações distintas.

É neste contexto que surgem os critérios da boa aparência (desenvolvida por Krey) e o da modificação do estado (desenvolvida por Schroeder), no primeiro caso passaram a estar incluídas situações de alteração estética da coisa, independentemente do seu valor, no segundo caso, por via de um critério abrangente deveria ter-se por referência o estado da coisa antes e depois da ação infratora, avaliação que deveria ser feita de acordo com *os interesses razoáveis do proprietário*.³⁶

²⁹In CELIA HERNANDEZ *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, 1ª edição, 1991 p. 65

³⁰ Segundo Célia Hernández, na Alemanha começou-se a desenvolver conceitos normativos do dano, tais como, objetivo-económico (de Binding e Säftel), personalista (de Maiwald), económico-funcionalista (Maurach-Schroeder) e da modificação do estado (Schroeder), que iniciam a teoria da função e modificação do estado da coisa. Senão v. CELIA HERNANDEZ *Los elementos (...) op. cit.*, p. 54 e ss.

³¹ Cf. COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense ... op. cit.*, p. 216

³² V. JOSÉ MARTINS *O crime de dano (...) op. cit.*, p. 206, o autor dá como exemplo, um relógio, se fosse desmontado a sua substância mantinha-se igual, todavia este estava inutilizável, imaginando que era impossível voltar a funcionar.

³³ V. nota de rodapé n.º 6.

³⁴ Cf. CELIA HERNANDEZ *Los elementos (...) op. cit.*, p. 60

³⁵ Cf. JOSÉ MARTINS *O crime de dano (...) op. cit.*, p. 207

³⁶ Cf. JOSÉ MARTINS *O crime de dano (...) op. cit.*, p. 209, veja-se também CELIA HERNANDEZ *Los elementos (...) op. cit.*, pp. 78-91; 83 e 84-91

Esta evolução tornou evidente que se devia valorizar tanto a alteração da substância e a afetação da função, como a modificação do aspeto e do estado da coisa, por “via da integração dialética com as exigências de cada uma a intervirem de forma cumulativa e reciprocamente limitadora”³⁷, pois só assim se pode assegurar uma proteção completa das coisas.

No ordenamento jurídico português, os critérios *destruir* e *danificar*, equivalem essencialmente à teoria da substância, a expressão *tornar não utilizável* consagra a teoria da função e finalmente, o *desfigurar* representa a influência da última teoria, na medida em que respeita ao aspeto e alteração do estado.³⁸

Analisando o tipo constatamos que nem sempre é fácil traçar uma fronteira entre as várias modalidades, o que para efeitos de aplicação do direito positivo não tem qualquer relevância, ainda assim, atendendo à doutrina unânime e à jurisprudência podemos distinguir:

4.1 Destruir

Na primeira modalidade de ação típica, a mais penosa para o bem jurídico, inclui-se uma série indeterminada de ações humanas que direta ou indiretamente sacrificam a constituição física de coisa alheia, bem como, a sua funcionalidade ou até mesmo identidade³⁹, não no sentido material, pois os elementos constitutivos da coisa podem continuar a existir, todavia a coisa deixa de ser reconhecida da forma que era anteriormente à lesão.⁴⁰

O legislador distingue a destruição no todo ou em parte, por o tipo se aplicar tanto a coisas móveis como imóveis⁴¹, o que ainda assim acaba por ser redundante uma vez que, no caso de dano de coisas imóveis (para as quais se prevê a destruição em parte), seria sempre reconduzível a outras modalidades, nomeadamente a danificação.⁴²

³⁷ COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, p. 216

³⁸ Cf. JOSÉ MARTINS *O crime de dano...* *op. cit.*, p. 211

³⁹ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...* *op. cit.*, p. 833; DAMIÃO DA CUNHA, *Direito Penal Patrimonial...* *op. cit.*, p. 154 e ANTÓNIO BARREIROS, *Crimes Contra o Património...* *op. cit.* p. 140, o autor acrescenta também a perda da respetiva autonomia da coisa, dando por via de exemplo, a demolição, desmembramento ou a criação de um estado de insusceptibilidade de recuperação.

⁴⁰ Cf. JOSÉ MARTINS, *O crime de Dano...* *op. cit.*, p. 214

⁴¹ ANTÓNIO BARREIROS, *Crimes Contra o Património, ... op. cit.*, pp.141

⁴² Cf. COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, pp. 221 e 222

Tal como supramencionado, uma vez que se trata de um crime de execução não vinculada, existem inúmeras maneiras de destruir uma coisa, a título de exemplo, configura um crime de dano a destruição parcial de um muro,⁴³ fogo posto num edifício tendo em vista destruir uma casa⁴⁴, assim como a morte e ferimento de várias ovelhas.⁴⁵

Começámos por dizer que estamos perante a modalidade mais gravosa, pelo que podemos questionar-nos se ao contrário das restantes situações, havendo nestes casos um corte total da função do objeto e da sua identificação, se esta não deveria ser acompanhada de uma punição mais gravosa. Visto que de acordo com a redação atual do tipo a distinção entre as várias modalidades pode importar somente a título de determinação da medida concreta da pena.

4.2 Danificar

A danificação implica uma afetação física da coisa, mas que não importe a perda integral da sua substância. Acarreta a produção de uma deficiência que apesar de afetar a sua funcionalidade, mantém a coisa identificável.⁴⁶

Consiste numa destruição parcial, na medida em que possamos dizer que tenha havido uma agressão à coisa sem que tenha sido atingido o patamar da destruição, o que na prática poderá levar a alguma dificuldade de distinção.

Atendendo à jurisprudência, são exemplos de danificações para efeitos do crime de dano, o desferimento de diversos pontapés e murros, provocando várias amolgadelas num veículo⁴⁷ ou o desferir pancadas contra uma porta de habitação com o equivalente a uma botija de gás, provocando estragos na mesma.⁴⁸

⁴³ Ac. TRC, de 21-03-2012 Processo n.º 471/09.9PBTMR-A.C1

⁴⁴ Ac. TRL, de 20-10-2020 Processo n.º 887/19.3JAPDL.L1-5

⁴⁵ Ac. TRE, de 07-12-2012, Processo n.º 51/07.4TACUB.E1

⁴⁶ Neste sentido v. DAMIÃO DA CUNHA, *Direito Penal Patrimonial... op. cit.*, p. 154; MANUEL HENRIQUES, MANUEL SANTOS... *op. cit.*, p. 799, os autores dão como exemplo tirar os ponteiros de um relógio.

⁴⁷ V. Ac. TRP de 25-09-2013, processo n.º RP201309251131/09.7PBMTS.P1 e Ac. TRG de 19-10-2015, processo n.º 1348/13.0PBBRG.G1

⁴⁸ V. Ac. TRE, de 28-06-2011, processo n.º 2499/08.8TAPT.M.E1

4.3 Desfigurar

Com a terceira expressão contemplada no crime de dano simples, o legislador procurou proteger o modo como a coisa se apresenta exteriormente, punindo as alterações indesejáveis à imagem externa da coisa⁴⁹.

Conforme já adiantamos *supra*, na modalidade do desfiguramento, a mais relevante para efeitos da presente análise, inserem-se as condutas que a doutrina genericamente define como vandalismo,⁵⁰ estamos regra geral perante pinturas,⁵¹ mais genericamente *graffitis*, ou colagem de cartazes.⁵²

O desfiguramento exige naturalmente uma alteração, portanto também aqui deverá verificar-se uma violação da integridade física da coisa, todavia esta modificação, ao contrário do até agora foi dito, não tem lugar ao nível da substância, no sentido em que o corpo da coisa se mantém. Pelo que, é necessário acolher unicamente as atuações que afetem de forma relevante o modo como a coisa se apresenta exteriormente, pela sua reduzida importância há alterações estéticas que devem ficar fora do preenchimento legal do crime de dano simples, segundo Damião Cunha estas situações correspondem a casos em que a coisa não tem qualquer aspeto artístico, estético relevante ou, a casos em que a alteração da aparência não implique qualquer diminuição do valor económico da coisa.⁵³

Já para Costa Andrade, figurará desfiguração penalmente relevante, todos os casos em que a remoção integral, ou seja, sem nós ou lesões na pintura, não se possa fazer sem um *dispêndio considerável de tempo, trabalho e dinheiro*.⁵⁴

Além disso, são de afastar orientações completamente subjetivistas do dano, embora releve a imagem querida pelo seu proprietário, deve haver um interesse razoável do proprietário na conservação da coisa tal como ela é também aos olhos dos outros.⁵⁵

Estas exigências como vimos *supra*, justificam-se pelo acatamento do limiar mínimo de danosidade social dos quais os ilícitos aqui em causa devem ser dotados, caso contrário, não deverão ser punidos a título criminal.

⁴⁹ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal... op. cit.*, p. 834.

⁵⁰ Senão v. JOSÉ MARTINS, *O crime de Dano... op. cit.*, p. 217

⁵¹ Cf Ac. do TRP, de 04-11-2009, Processo n.º 129/07.4PGMTS.P1

⁵² Em vários ordenamentos jurídicos esta é uma prática punida de forma autónoma, senão veja-se o Código Penal francês no art. 322-1, também no ordenamento jurídico espanhol o art. 37.13. da Ley Orgánica de Protección de La Seguridad Ciudadana, o italiano no art. 639.º do Codice Penale e ainda o brasileiro no art. 65 da Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, com a redação dada pela Lei n.º 12.408 de 2011

⁵³ Cf. DAMIÃO DA CUNHA, *Direito Penal Patrimonial... op. cit.*, p. 155

⁵⁴ Cf. COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense, op. cit.*, p. 223

⁵⁵ Cf. CELIA HERNÁNDEZ, *Elementos... op. cit.*, p. 102, critério apresentado por Schoerder que seguimos na íntegra.

4.4 Tornar não utilizável

A última modalidade do crime de dano engloba os atos não abrangidos precedentemente, em que a coisa se torna inapta, no todo ou em parte, para exercer a sua função por um período juridicamente relevante.

A este propósito, podemos questionar-nos se o termo *tornar não utilizável*, deve reportar-se somente às situações em como temos visto até agora, existe uma intervenção física substancial na coisa, ou se basta criar a simples inutilização⁵⁶, ficando o proprietário sem o poder de utilizar a coisa, mas mantendo esta a sua matéria ou substância.

Parece-nos que a solução deverá encontrar-se no equilíbrio entre os dois extremos, visto que no primeiro caso, ao exigir uma alteração da coisa as condutas acabariam por cair no âmbito de outras categorias, nomeadamente o *danificar*, além disso, se a incriminação do dano procura proteger a relação proprietário-coisa, há de facto um leque maior de situações que devem estar abrangidas.⁵⁷ No segundo caso, ou seja, punir perante qualquer diminuição do valor de uso da coisa, estaríamos já, parece-nos, a estender excessivamente o âmbito de aplicação do crime de dano. Certo é que se no crime de dano se pretende proteger a relação proprietário-coisa, o dano deve forçosamente ser dirigido a coisas e bem assim de forma relevante, pelo que tem forçosamente de haver uma ação do agente sobre a coisa. Seja uma diminuição da função da coisa, uma lesão ou modificação da integridade física ou da substância da coisa, parece-nos imprescindível sempre a afetação da integridade material da coisa de forma significativa.

Importa ainda referir que, quando se fala em *tornar não utilizável* ou *diminuição da função* da coisa, é relevante saber em que termos se concretizam estes conceitos. Atualmente entende-se⁵⁸ que a este respeito se devem conjugar as teorias subjetivistas e objetivistas, dando prioridade à função atribuída pelo proprietário, visto que é a relação proprietário-coisa que o tipo legal visa proteger, todavia o critério deverá ser razoável e não completamente desfasado da realidade.

Por último, no outro extremo e porque seria contrário aos princípios do próprio Direito Penal, não se pode considerar que cometa o crime de dano, quem melhora ou

⁵⁶ v. JOSÉ MARTINS, *O crime de Dano... op. cit.*, p. 219, o autor apresenta os dois exemplos de escola são eles, atirar a coisa ao mar, ou abrir uma gaiola e assim deixar soltar um pássaro.

⁵⁷ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal ... op. cit.*, p. 833

⁵⁸ COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense...*, op. cit p. 224

reforça a utilidade ou função da coisa⁵⁹, a reparação de um objeto desde que adequada às circunstâncias, não constitui infração.

5. O aumento do valor económico com a desfiguração

Analisadas as linhas gerais do crime de dano simples, e bem assim, as suas várias modalidades, cumpre finalmente direcionar a nossa atenção ao crime de dano cometido na vertente do desfiguramento. Conforme adiantamos *supra*, trata-se de punir intervenções, na generalidade dos casos, *graffitis*, não autorizados pelo legítimo proprietário da superfície em que a intervenção tem lugar, ou ocorrendo no espaço público, sem o devido licenciamento.

Perante esta exposição introdutória sobre o crime de dano simples, nomeadamente no que respeita às considerações feitas a respeito do bem jurídico, e tendo em conta que os desfiguramentos podem assumir várias formas, cumpre colocar a seguinte hipótese: perante dois *graffitis* distintos e ambos executados em superfície alheia, um com uma declaração ou uma mera palavra, e outro com uma obra do artista urbano Banksy⁶⁰, se no segundo caso há uma valorização da coisa, o primeiro caso consubstancia uma situação que genericamente é tida como vandalismo, serão as situações idênticas do ponto de vista jurídico?

Parece-nos que atendendo ao tipo do crime em causa, há uma propensão natural para o resultado configurar um prejuízo patrimonial, pois regra geral, quem vê a sua coisa ser destruída, danificada, desfigurada ou tornada não utilizável, vê uma alteração a nível das várias faculdades do direito de propriedade, que comumente, é acompanhada de uma correspondente perda económica, pelo que o prejuízo patrimonial será um efeito ou causa expectável do dano.

Todavia, de acordo com as observações feitas *supra* acerca do bem jurídico o prejuízo patrimonial apesar de ser uma consequência comum não é um pressuposto do crime de dano, visto que o artigo 212.º do CP não faz qualquer referência a qualquer patamar de prejuízo patrimonial, ou sequer a diminuição do património da vítima, pelo que o

⁵⁹ Neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal... op. cit.*, p. 833

⁶⁰ As obras do artista urbano Banksy, não só valorizam as superfícies onde têm lugar, como também as tornam verdadeiros pontos turísticos, senão v. o caso de uma moradia que se encontrava já à venda e com o posterior *graffiti* de Banksy teve uma valorização de mais cinco milhões de libras, <https://indianexpress.com/article/explained/banksy-artwork-bristol-property-prices-7108348/> ; <https://www.readingchronicle.co.uk/news/19128601.much-value-banksy-murals-add-home/> consulta 29/05/2021

desfiguramento que resulte numa vantagem patrimonial pode ainda figurar uma ação típica, para efeitos do crime de dano simples, sem prejuízo da análise dos restantes elementos da responsabilidade criminal.

Apesar de não ser uma questão discutida na doutrina nem frequente na jurisprudência, com a crescente propagação da arte urbana, parece-nos um tema pertinente, principalmente porque tendo em conta a valorização da coisa, a posição do *writter*⁶¹ ou mero autor do dano não deverá gozar de qualquer tutela jurídica?

5.1 O enriquecimento sem causa e o *graffiti*

No seguimento da análise *supra*, podemos questionar se face ao ganho obtido pelo proprietário se esta não consubstancia uma situação de enriquecimento sem causa, instituto que visa obviar enriquecimentos à custa alheia e por isso injustos.

A cláusula geral do instituto, artigo 473.º do CC, exige por um lado o enriquecimento, o que se verifica sempre para efeitos das hipóteses agora em estudo, ou seja, o proprietário auferir um aumento do ativo patrimonial em prol do desfiguramento; por outro lado, o enriquecimento deve carecer de causa justificativa, apesar de se tratar de um conceito de aplicação controvertida, o enriquecimento não advém de uma prestação, nem de qualquer obrigação assumida, poderia configurar num ato de intromissão, todavia este deverá ser criado pelo enriquecido, nomeadamente *em direitos ou bens jurídicos alheios ou de atos de outra natureza, designadamente de actos puramente materiais*.⁶²

No caso, ainda que possamos considerar que o autor do desfiguramento pode beneficiar de alguma vantagem, nomeadamente reconhecimento, o enriquecimento é auferido pelo proprietário e não é criado pelo mesmo. Além disso segundo Antunes Varela, *o enriquecimento será injusto quando, segundo a ordenação substancial dos bens aprovada pelo Direito, ele deve pertencer a outra pessoa*.⁶³ Sendo que este requisito deve ser analisado casuisticamente, ora na hipótese colocada *supra*, além de na sua origem o ato ser ilícito, o proprietário enriquece porque, a propriedade é sua, dificilmente se poderia dizer que aquele enriquecimento não lhe pertence, ou que não tem uma causa que o justifique, no caso tem, o direito de propriedade sobre a coisa.

⁶¹ *Writter* corresponde ao “pintor” do *graffiti*.

⁶² Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, «Anotação ao art. 473.º», in *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, p. 400

⁶³ Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 408

Por último, o enriquecimento deve ser obtido à custa de outrem, ou seja, deverá haver um nexo de causalidade entre por um lado, o enriquecimento indevido e por outro, o empobrecimento, ora também neste caso será discutível se do lado do autor do desfiguramento há um efetivo sacrifício patrimonial, poderá haver uma perda associada aos materiais e aos instrumentos utilizados para a realização do desfiguramento, o que além de dificilmente apurável, nunca poderia ainda assim proceder pelas razões *supra* analisadas.

Neste sentido, perante a realização de um *graffiti* que se revelasse um ganho económico para a vítima do desfiguramento, custosamente se vislumbra uma situação em que a posição do autor do desfiguramento fosse digna de restituição por via do enriquecimento sem causa, sem embargo dos seus direitos patrimoniais serem reconhecidos por outra via. A globalização da arte urbana e a correspondente valorização das suas obras vieram criar estes novos desafios, que com elevada probabilidade podem chegar aos tribunais portugueses.

5.2 A acessão industrial e o graffiti

No seguimento da análise da posição jurídica do autor do desfiguramento, uma vez que também na acessão existe uma *atribuição de um incremento de valor patrimonial em bens alheios*⁶⁴ questionámo-nos acerca da aplicação do instituto para casos hipotéticos como o *supra* descrito em que há um aumento patrimonial da coisa, por via do desfiguramento.

Conforme dispõe o art. 1338º do CC, a acessão pressupõe a confusão de, pelo menos, duas coisas, sendo que perante a inseparabilidade da coisa, resultante da união de duas coisas autónomas, a lei atribui o direito de propriedade somente a um dos proprietários⁶⁵. O que suscita uma questão até agora não abordada, pois se temos analisado somente a proteção do direito de propriedade do dono da superfície, cumpre questionar em que termos se concretiza o direito do artista sobre a obra.

A dificuldade de aplicação do instituto da acessão começa exatamente com a natureza do direito sob a obra artística⁶⁶, conforme os artigos 1302º e 1303º nº1 do CC, somente

⁶⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Lisboa, Almedina, 2017, p. 212

⁶⁵ Cf. JOSÉ VIEIRA, *Direitos Reais*, Lisboa, Almedina, 2016 p. 590

⁶⁶ A natureza do direito de autor, nomeadamente se é um direito de propriedade, um direito de personalidade ou um direito misto é uma questão que está ainda hoje longe de ser pacífica, numa análise mais detalhada das várias posições v. ALEXANDRE PEREIRA, *Informática, Direito de Autor e Propriedade*

as coisas corpóreas podem ser objeto do direito de propriedade. Coisas incorpóreas, como as obras artísticas não estão abrangidas pelo Direito das Coisas, pelo que, mesmo sendo o Direito das Coisas aplicável subsidiariamente aos direitos de autor e à propriedade industrial, nos termos do art. 1303º n. º2, institutos relativos aos direitos reais como a acessão, *são de aplicação quase inconcebível fora do âmbito das coisas corpóreas.*⁶⁷

6. Os direitos de autor e a arte urbana

Ainda no que respeita à posição do criador do desfiguramento, a respetiva exteriorização da obra confere-lhe direitos de autor, nomeadamente direitos patrimoniais e morais sobre a mesma, conforme dispõe o n. º1 do art. 9.º do CDADC, pelo que, além do direito de reivindicar, assiste-lhe o direito de dispor, fruir e utilizar da sua obra, com exclusividade, n.º 2 e 3 do mesmo artigo.

Além disso, tem o autor da obra a faculdade de dispor dos poderes sobre a sua obra, mediante retribuição se assim entender, senão veja-se os arts. 40.º e seguintes do CDADC. O que se verifica independentemente de valorações subjetivas, nomeadamente no que respeita à noção de arte, visto que o CACDC visa proteger qualquer criação intelectual, nomeadamente artística.

As questões surgem quando a obra é ilícita, por ter lugar numa superfície sem autorização do respetivo proprietário, embora a titularidade da obra pertença igualmente ao seu criador, visto que esta não se confunde com a coisa física onde a obra tem lugar, cumpre questionar, perante as circunstâncias em que a obra foi criada, a legitimidade do autor, nomeadamente para usufruir dos direitos patrimoniais, veja-se que o art. 67.º do diploma em apreço condiciona a fruição e utilização da obra aos limites da lei. Parece-nos que seria contraproducente consentir o gozo dos direitos patrimoniais do autor, quando o mesmo viola direitos patrimoniais do proprietário da superfície onde a obra é exteriorizada.

Por outro lado, independentemente de se tratar de uma obra ilícita ou não, tendo lugar no espaço público, cabe questionar se não poderá ocorrer em alguns dos casos uma renúncia, no que respeita aos direitos patrimoniais, visto que facilmente um utilizador da

Tecnodigital, Boletim da Faculdade de Direito - *Studia Iuridica* 55, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 116-119

⁶⁷ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais...* p. 54-55. No mesmo sentido, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 58

via pública produz conteúdo de vídeo ou fotográfico, seja para fins promocionais, artísticos ou outros, das obras que nela encontre.

A crescente institucionalização e venda de arte urbana⁶⁸ veio acentuar a tensão entre o direito de autor e o direito de propriedade.

Tratam-se de questões para as quais o código não apresenta resposta clara, o que se exigia, visto que a globalização da arte urbana trouxe consigo uma profusão de novos desafios, entre os quais a execução de obras em locais não autorizados, que tal como supra analisado, é penalmente punido. Razão pela qual muitas vezes os autores das obras preferem manter o seu anonimato, acabando por não exercer quaisquer direitos autorais sobre as suas obras.

7. A evolução da arte urbana, ou do vandalismo?

O fenómeno de comunicar utilizando o espaço público é uma prática tão antiga quanto a existência humana, prova desta pulsão para inscrever símbolos nas paisagens ainda que na sua forma mais primitiva, são as artes rupestres. O homem é naturalmente um ser comunicativo, visto que, historicamente os locais públicos sempre serviram como espaços políticos, democráticos, de diálogo e conflito.⁶⁹

Na cultura egípcia as pinturas nas paredes das pirâmides registaram a história do Egito, já na antiguidade clássica, em centros como Pompeia ou Roma, existiram já murais com inscrições, palavras, poesia e até algumas imagens, cravadas ou pintadas, podia ser uma mensagem religiosa, associada à política, ou humorística, mas eram registadas no espaço público. Ainda que, não possamos confirmar o carácter transgressor, traço característico do *graffiti*, o que é facto é que estamos perante um costume que tem atravessado as várias civilizações, independentemente da sua localização geográfica.

No ordenamento jurídico português, nomeadamente na alínea b) do art. 2.º da Lei n.º 61/2013, *graffiti*⁷⁰ é definido como *desenhos, pinturas ou inscrições, designadamente de*

⁶⁸ Sobre este tema v. <https://www.widewalls.ch/magazine/street-art-for-sale-ownership-copyright> (consulta 21-06-2021). A venda de obras retiradas da rua é uma realidade, principalmente para artistas urbanos mais reconhecidos como Banksy, Faile e Invader

⁶⁹ Cf. RICARDO CAMPOS, SÍLVIA CÂMARA, *Arte(s) Urbana(s)*, Edições Húmus, 2019, p. 16

⁷⁰ Definir *graffiti*, académica ou semanticamente é complexo, visto existir uma diversidade de opiniões acerca do assunto, de qualquer forma, relativamente à sua semântica, “graffiti” provém do latim “graphium” que pode ser traduzido como “escrever”. Há quem considere que o termo partilha também ligação à expressão italiana “graffiare”, que corresponde à forma plural de “graffito” que significa “riscar”, sobre este tema V. EDWARD LUCIE-SMITH, *The Thames & Hudson dictionary of art terms*, London: Thames & Hudson Ltd, p. 99 e RICARDO CAMPOS, *Porque Pintamos a Cidade? Uma Abordagem Etnográfica do Graffiti Urbano*, Fim do Século Editora, 2007 p. 77 e ss

palavras, frases, símbolos ou códigos, ainda que tenham caráter artístico, decorativo, informativo, ou outro, efetuados através da utilização de técnicas de pintura, perfuração, gravação ou quaisquer outras que permitam, de uma forma duradoura, a sua conservação e visualização por terceiros, apostos nas superfícies a que se refere o n.º 1 do artigo anterior [art. 1.º n.º 1 da Lei n.º 61/2013] e que defrontem com a via pública, sejam elas de acesso público ou de acesso restrito, ou nela se situem.

O *graffiti* como o conhecemos hoje, teve a sua grande expansão nos Estados Unidos da América, nos anos 70 do século XX⁷¹, nomeadamente em grandes centros urbanos como Nova Iorque, onde desenvolveu a sua natureza popular, informal, transgressiva⁷² e onde se tornou a principal fonte para a criação do fenómeno contemporâneo denominado “arte urbana”.⁷³

O *graffiti* passa gradualmente a tomar lugar na paisagem visual das cidades inicialmente na forma de *tag*,⁷⁴ o que rapidamente se multiplicou, por um lado pela procura de reconhecimento, aperfeiçoamento da técnica e pela própria competitividade entre artistas. Esta combinação de fatores é também crucial para uma evolução da linguagem estética, visto que rapidamente as “assinaturas” evoluem para estilos mais complexos, e daí, para intervenções mais pictóricas.⁷⁵

O anonimato, secretismo e a elitização associada ao *graffiti* rapidamente despertou a atenção das artes, o que levou gradualmente à sua comercialização, nomeadamente através da indústria da moda, música e televisão.

Embora o *graffiti* mais próximo do original seja aquele associado a um fenómeno de rua, assistimos à sua *artificalização*,⁷⁶ expressão criada para designar o processo social pelo

⁷¹ Cf. RICARDO CAMPOS, SÍLVIA CÂMARA, *Arte(s) (...) op. cit.*, p. 16-17

⁷² Importa sublinhar que se trata de um período em que os EUA, e em particular Nova Iorque, ultrapassa uma crise financeira, que se refletia nomeadamente na conservação da propriedade pública. Ao ambiente socioeconómico e político juntou-se o período do pós-guerra do Vietname e fenómenos como o *Civil Rights Movement*, assim como o *Black Power* e o *Black Panther Movements*. Cf. LUÍS MARTINS, *O graffiti como expressão da delinquência juvenil*, Relatório de estágio de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, p. 8-10

⁷³ O conceito “arte urbana”, apesar de não ter uma definição unívoca, e por isso é utilizada muitas vezes como sinónimo de *graffiti*, é um conceito muito mais abrangente, uma vez que engloba uma série de técnicas e linguagens, tais como, *stencil*, *sticker*, *posters*, *colagens*, *parte up*, *graffiti de subtração* ou *spray* são as técnicas mais comuns. V. RICARDO CAMPOS, SÍLVIA CÂMARA, *Arte(s) (...) op. cit.*, p. 102

⁷⁴ *Rótulo em forma de assinatura, refere-se a um pseudónimo pelo qual o seu autor é identificado pelos membros desta comunidade*, cf. RICARDO CAMPOS, SÍLVIA CÂMARA, *Arte(s) (...) op. cit.*, p. 68

⁷⁵ Para uma detalhada evolução do *graffiti* v. MAGDA DANYSZ, *From Style Writing to Art: A Street Art Anthology*, Drago, 2001 p. 35 e ss e CEDAR LEWISOHN, *Street Art: The Graffiti Revolution*, Abrams, 2008, p. 31 e ss.

⁷⁶ *A artificalização é a transformação da não-arte em arte. Isto consiste em um processo social complexo da transfiguração das pessoas, das coisas e das práticas. (...) O processo é, ao mesmo tempo, simbólico e prático, discursivo e concreto. Trata-se de requalificar as coisas e de enobrecê-las: o objeto torna-se arte;*

qual uma atividade é reconfigurada no que respeita à sua legitimação como formato artístico⁷⁷, o que se denota pela proximidade às artes visuais e à sua progressiva profissionalização. Pese embora a sua difícil compatibilização, visto que a rua e as galerias representam realidades antagónicas, pois se uma representa a liberdade, transgressão e informalidade, a segunda representa a institucionalização e o comércio do *graffiti*.

Ainda assim, na sua versão mais pura, o *graffiti* remete para uma linguagem transgressiva e carregada de alguma anti socialidade. O seu secretismo e anonimato, são frequentemente associados ainda a um estereótipo de delinquência juvenil⁷⁸ e a marginalidade, visto que estamos perante uma prática que pode traduzir-se num crime, de dano simples ou qualificado consoante a superfície em que tiver lugar. Portanto, enquanto atividade que altera de forma intencional propriedade privada ou pública, é associado por uma parte da sociedade ao vandalismo.

Além disso, *a arte urbana é um fenómeno esquivo: a partir do seu próprio ponto de observação, é difícil qualifica-la como arte, em virtude das suas muito díspares manifestações*⁷⁹, afirmámos que o espaço público é tendencialmente um espaço de conflito, visto que nele se confrontam diversas formas de viver e ver a realidade, como tal nem todo o *graffiti* comporta uma mensagem, pelo menos relevante para o comum recetor, nem todos têm uma ideia ou crítica que deva ser valorada. A título de exemplo, o *tag*, tem como principal propósito marcar a presença do seu autor, pelo que são *graffitis* com pouca técnica, e bem assim sem grande interesse estético, por esse motivo é também uma das práticas menos aceites por parte do público em geral.

A linha de fronteira que separa a sua caracterização como expressão artística ou atividade destrutiva, transgressora e marginal é muito ténue, a este respeito distingue-se um recente fenómeno denominado “pós-*graffiti*”⁸⁰, em que pelos processos de apropriação do *graffiti*, não só pelas artes, mas também pelo marketing, a publicidade, o setor do turismo e a área do imobiliário, se tem assistido à sua institucionalização. No

o produtor torna-se artista; a fabricação, criação; os observadores, público, etc Cf. ROBERTA SHAPIRO, «O que é Arteficação?» in *Sociedade e Estado*, vol. 22 jan/abr. Brasília, 2007, p. 135-137

⁷⁷ A título de exemplo, além de existirem vários livros que abordam o *graffiti* como obra artística legítima, organizados nas livrarias frequentemente na seção de arte/design, várias galerias de arte, a título de exemplo a Tate Modern, o Bristol City Museum, recebem frequentemente exposições dedicadas à arte urbana ou a artistas urbanos.

⁷⁸ V. Cf. LUÍS MARTINS, *O graffiti como expressão da delinquência juvenil (...)* op. cit., p.13 e ss.

⁷⁹ Cf. CARLA AMADO GOMES «Grafitis: dano estético, dano social, dano à propriedade – ou arte? Reflexões em torno do acórdão do STJ de 26 de Setembro de 2018 (proc. 319/16.9GBPNF.P1-B.S1)», in *Revista do Ministério Público* 158: Abril-Junho 2019, p. 240

⁸⁰ Sobre este fenómeno v. RICARDO CAMPOS, SÍLVIA CÂMARA, *Arte(s) (...)* op. cit., p.95 e ss

primeiro caso, a *internet* tem sido a principal responsável pela divulgação de obras urbanas que se tornam verdadeiros pontos turísticos, a título de exemplo veja-se o muro de Berlim na Alemanha.⁸¹ Também no sector imobiliário, a procura por bairros com arte urbana tem inflacionado o valor dos imóveis,⁸² são fatores que a adicionar à introdução da arte urbana nos museus e na área da publicidade contribuiu não só para a aproximação destas práticas aos cidadãos, como para o seu reconhecimento enquanto uma verdadeira arte.⁸³

Pelo que se distingue uma nova visão do *graffiti* em que as categorias de arte e vandalismo se confundem, pela crescente substituição do original “*graffiti* norte-americano” supra descrito, pelo *graffiti* artístico, para o qual têm contribuído artistas como Banksy, JR, Shepard Fairey, Os Gêmeos, Invader e Vhils, entre tantos outros.

Neste sentido, parece-nos que uma resposta unívoca, à questão colocada no título do presente número seria sempre generalista. Ainda assim, a constante institucionalização destas práticas, tal como disse, não só pela própria arte, mas também pelo marketing e publicidade, pelo setor turístico⁸⁴ e imobiliário, fazem crer que a tendência parece ser a de aceitação e eventual reconhecimento do mérito associado ao *graffiti*.

Não obstante, face à natureza transgressora do *graffiti*, seja no espaço público ou privado, inexistindo autorização do proprietário ou a respetiva licença, uma circunstância é transversal, existe em qualquer dos casos uma intromissão abusiva naquelas que são as faculdades associadas ao direito de propriedade do seu dono.⁸⁵

⁸¹ Em várias cidades é possível encontrar, disponível online, trilhos dedicados somente à apreciação de arte urbana, a título de exemplo veja-se, <https://www.visitportugal.com/pt-pt/content/arte-urbana-em-lisboa> ; Madrid: https://www.esmadrid.com/pt/arte-urbana-em-madrid?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F, Paris: <https://www.streetarttourparis.com/>.

Em Bristol é realizado anualmente o festival “UPFEST”, dedicado somente à arte urbana: <https://www.upfest.co.uk/page/upfest-festival> consultas 23/05/21

⁸² Acerca desta questão v. o caso da zona de Shreditch em Londres <https://www.standard.co.uk/homesandproperty/interiors/brits-are-willing-to-pay-an-average-of-ps8-500-extra-for-a-home-in-an-area-with-colourful-street-art-than-one-without-a113086.html>; <https://expresso.pt/economia/2018-01-21-Como-a-arte-urbana-ajuda-o-mercado-a-bater-recordes> (consultas 23/05/21)

⁸³ V. JORGE BACELAR, *Notas sobre a mais velha arte do mundo*, Universidade da Beira Interior, disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/bacelar-jorge-notas-mais-velha-arte-mundo.pdf> (consulta 11/07/21); GLÓRIA DIÓGENES, «Artes e intervenções urbanas entre esferas materiais e digitais: tensões legal-ilegal», in *Análise Social*, Lisboa, 2015, Vol.50, nº 217, pp. 682-707 e <https://www.widewalls.ch/magazine/is-graffiti-art-or-vandalism> (consulta 11/07/21)

⁸⁴ Sobre este tema v. RICARDO CAMPOS, ÁGATA SEQUEIRA, «Entre VHILS e os Jerónimos: arte urbana de Lisboa enquanto objeto turístico» in *Horizontes Antropológicos*, Vol. 25, 2019 p. 119-151

⁸⁵ Cfr. JOSÉ MARTINS, *O crime de dano (...) op. cit.*, p. 216-218; COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, p. 226

7.1 A teoria das janelas partidas

O surgimento do *graffiti* foi naturalmente acompanhado não só por regulamentação contra a sua prática, mas também por programas e ações de prevenção e sensibilização, principalmente nos grandes centros urbanos. Para quem vê estas práticas como meros atos de vandalismo e de degradação do espaço público, uma das teorias mais significativas, nessa linha de pensamento, foi criada nos Estados Unidos da América, por George L. Kelling e James Q. Wilson e ficou conhecida como *The Broken Windows Theory*.⁸⁶

Esta teoria criminológica teve por base uma experiência do psicólogo, Philip Zimbardo, em 1969, que consistiu em abandonar dois veículos idênticos, sem matrícula e com o capô aberto, em duas cidades com taxas de criminalidade distintas, Bronx e Palo Alto. Relativamente ao veículo que ficou na primeira cidade, rapidamente tudo o que era de valor foi subtraído, seguindo-se a sua destruição aleatória, enquanto o veículo da segunda cidade ficou intacto. Perante estas conclusões o autor adiciona um novo estímulo, destrói parte do veículo localizado em Palo Alto, e somente nesta situação é que o remanescente é subtraído e vandalizado.

Em ambos os casos, o vandalismo não teve iniciativa por parte de um grupo de indivíduos em específico, no caso de Bronx a primeira abordagem foi inclusive feita por uma família. O autor constatou ainda que após a remoção dos objetos de maior valor, os carros passavam a ser utilizados como uma distração ou um passatempo para as crianças.⁸⁷

No seguimento destes acontecimentos, e numa tentativa de explicar a ligação entre a desordem e o crime, James Q. Wilson e George L. Kelling⁸⁸, desenvolveram estratégias de combate ao crime nos ambientes urbanos e bem assim, a teoria em análise.

Segundo os mesmos, a leitura a ser feita desta experiência é a de que pese embora algumas comunidades tenham uma maior propensão, como se pôde comprovar pela

⁸⁶ Sobre esta teoria v. GEORGE L. KELLING, JAMES Q. WILSON, «Broken Windows – The police and neighborhood safety», in *The Atlantic*, edição de março de 1982, disponível em <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/> (consulta: 18-05-2021)

⁸⁷ V. GEORGE L. KELLING, JAMES Q. WILSON, Broken Windows (...) *op. cit.*, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/> (consulta: 03-07-2021) *The car in the Bronx was attacked by "vandals" within ten minutes of its "abandonment." The first to arrive were a family—father, mother, and young son—who removed the radiator and battery. Within twenty-four hours, virtually everything of value had been removed. Then random destruction began—windows were smashed, parts torn off, upholstery ripped. Children began to use the car as a playground. Most of the adult "vandals" were well-dressed, apparently clean-cut whites.*

⁸⁸ Os autores em 1982 publicam o artigo *supra* e anos mais tarde, George L. Kelling publica um livro de criminologia sobre o tema. V. GEORGE L. KELLING, CATHERINE M. COLES, *Fixing Broken Windows: Restoring Order And Reducing Crime In Our Communities*, Free Press Editora, 1998.

apressada reação em Bronx, o vandalismo pode ocorrer em qualquer local, visto estar diretamente ligado à desordem e não à pobreza, como se poderia julgar através das primeiras conclusões tiradas da experiência de Philip Zimbardo. Nestes termos, existindo desconsideração pela propriedade ou pelo espaço público, os comportamentos tidos como descuidados sinalizam ou transparecem para as restantes pessoas que aquela comunidade tem uma posição displicente, no que respeita ao cumprimento das regras de civilidade ou até, da lei.

De acordo com a experiência *supra* descrita a propriedade abandonada, os bens móveis ou imóveis com sinais de deterioração, independentemente do seu local, atraem mais destruição. Isto porque, segundo os autores, o comportamento descuidado leva ao descontrolo da comunidade, no artigo os autores dão exemplos em como estes comportamentos em cadeia podem levar ao desequilíbrio da sociedade⁸⁹ e à prática criminosa, visto que a normalização ou negligência dos moradores no que respeita ao espaço pública, torna propício o crime.

Neste sentido, a título de exemplo, um edifício que contenha janelas partidas, se a sua reparação não for feita, qualquer pessoa pensará que o imóvel está abandonado pela sua normalização e impunidade. Eventualmente mais uma janela será destruída, até que o mesmo suceda com todas, o que gera um efeito em cadeia, visto que o mesmo possivelmente ocorrerá com imóveis circundantes, a criação desse ambiente desordeiro leva à mudança de moradores e comerciantes ordeiros, à correspondente desvalorização dos imóveis e desemprego, o que leva à marginalidade e conseqüentemente ao crime.

No fundo o que os admiradores desta teoria, pelo menos na sua versão original, procuram defender é que, uma estratégia de êxito para prevenir a criminalidade é procurar resolver os problemas enquanto eles são menores, desta maneira o comportamento antissocial é diminuído e o crime mais grave prevenido, o que deverá ser combatido de forma preventiva, com policiamento.

Transpondo esta teoria para o objeto do nosso trabalho, esta também tem aplicação no que respeita à prática de *graffiti*, visto que, também uma superfície que contenha já

⁸⁹ Neste sentido: *A piece of property is abandoned, weeds grow up, a window is smashed. Adults stop scolding rowdy children; the children, emboldened, become more rowdy. Families move out, unattached adults move in. Teenagers gather in front of the corner store. The merchant asks them to move; they refuse. Fights occur. Litter accumulates. People start drinking in front of the grocery; in time, an inebriate slumps to the sidewalk and is allowed to sleep it off. Pedestrians are approached by panhandlers. At this point it is not inevitable that serious crime will flourish or violent attacks on strangers will occur.* In GEORGE L. KELLING, JAMES Q. WILSON, Broken Windows... *op.cit.*, disponível em <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/> consulta 18-05-2021

um desfiguramento, mais facilmente do que uma superfície limpa, criará no interveniente a sensação de confiança na impunidade do crime.⁹⁰

7.2 A teoria das janelas partidas e o *graffiti*

As reflexões de George L. Kelling e James Q. Wilson tiveram uma impactante influência nas políticas de controlo e combate à criminalidade.⁹¹ A obra foi alvo de duas importantes críticas, por um lado a falta de base empírica, e por outro, a divergência quanto ao conceito de desordem⁹², visto que os autores empregam, de uma forma falaciosa, uma sucessão de eventos em cadeia para descrever a criação e correspondente evolução da desordem.⁹³ De qualquer forma, a teoria deu azo a diferentes interpretações⁹⁴ e consequências, além do seu impacto na criminologia, foi também uma influência para as políticas criminais, saúde pública⁹⁵ e educação.

Focando a sua aplicação ao tema do nosso trabalho, cumpre perceber em que termos é que o *graffiti* origina desordem ou até criminalidade mais grave. A primeira resposta lógica será a de que se trata, muitas das vezes, de um crime e a sua própria natureza, como temos vindo a dizer é infratora, nestes termos, há possibilidade de exercer essa influência negativa no seu observador, tal como supra referenciado, transmite uma ideia de descontrolo da comunidade, como se a presença daquele crime significasse que outros têm lugar, igualmente sem represálias, pela falta de repressão pelo Estado. Além disso, se temos até agora cingido a nossa atenção ao *graffiti* realizado em propriedade alheia, este fenómeno terá um impacto muito maior na propriedade abandonada, pois a

⁹⁰ V. KEES KEIZER, et. al «The Spreading of Disorder » in *Science* 322: 1681-1685, 2008, disponível em https://www.researchgate.net/publication/23487060_consulta 4/07/2021. Artigo em que os autores procederam a vários testes para apurar o impacto do *graffiti* como fator de incentivo à desordem

⁹¹ Nova Iorque foi um dos principais centros onde se aplicaram políticas relacionadas com esta teoria, as grandes críticas à sua aplicação prenderam-se com o excessivo policiamento, com grande ênfase em comunidades mais marginalizadas além de, na prática, existirem fortes dúvidas quanto ao seu impacto na redução da criminalidade. Cf. <https://www.npr.org/2016/11/01/500104506/broken-windows-policing-and-the-origins-of-stop-and-frisk-and-how-it-went-wrong?t=1622720934386> (consulta 03/06/2021)

⁹² Vide. Nota 101

⁹³ V. BERNARD HARCOURT, *Reflecting on the Subject: A Critique of the Social Influence Conception of Deterrence, the Broken Windows Theory, and Order Maintenance Policing New York Style*, Michigan Law Review, 1998, p. 305-339

⁹⁴ A título de exemplo, a partir da tentativa de ligar a desordem ao crime, surgiram vários autores, nomeadamente o criminologista William Spelman e o sociólogo Lance Hannon, que focaram a sua atenção especificamente na propriedade abandonada como criadora de crime, neste sentido v.

⁹⁵ Sobre a aplicação desta teoria no âmbito da saúde pública v. <https://www.newyorker.com/books/page-turner/the-other-side-of-broken-windows> e <https://bmchealthservres.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12913-020-05974-0> consulta 6/07/2021

ausência de senhorio dificulta a sua sinalização, queixa e consequente instauração do processo criminal.

Em sentido exatamente oposto, o *graffiti* tem também assumindo o papel contrário, já várias iniciativas utilizaram a arte urbana como meio para reintegrar socialmente comunidades, promovendo a regeneração urbana das mesmas.⁹⁶ Não só a estética dos bairros é aprimorada, como muitas vezes se tornam pontos turísticos, além de muitas vezes se dar oportunidade aos próprios artistas locais, promovendo o engajamento da comunidade.

Assim sendo, em que termos é que o mesmo fenómeno, pode suscitar reações tão antagónicas?

Mais uma vez, poderíamos explicar esta dualidade, de forma simplista, justificando que na mesma medida em que há “*graffitis* maus” por serem ilegais e nessa hipótese, criadores de desordem, existem também *graffitis* realizados com autorização ou licença, e nesse caso benéfico à sociedade. No entanto quando observamos um *graffiti* dificilmente conseguimos aferir se ele é conforme a lei ou não, pelo anonimato associado a este fenómeno, raramente é possível acompanhar a realização de *graffiti*.

Ou seja, se dificilmente é possível conhecer à priori, da conformidade com a lei de um *graffiti*, em que termos é que este pode influenciar o nosso comportamento? Parece-nos ser puramente uma questão estética, que se prende nomeadamente com a nossa capacidade de compreender a mensagem do seu artista e com os nossos preconceitos.

Regressando à aplicação da teoria, parece-nos que efetivamente a presença de *graffiti* numa superfície que com o tempo não é removido poderá atrair mais intervenções semelhantes, não só por um lado pela impunidade, mas pela própria rivalidade e competição associada à prática. Abrindo assim uma porta a mais *graffiti* ilegal, uma forma de obstar a estes acontecimentos seria assim promover uma remoção adequada e tempestiva.

⁹⁶ V. o caso da comunidade “Las Palmitas” no México, em que 209 casas de um morro fizeram parte da criação de um mural que não só se tornou uma atração turística, para uma zona marginalizada, como promoveu o envolvimento e união da comunidade v. https://www.canr.msu.edu/news/street_murals_add_vibrancy_and_vitality_to_communities. Também em Portugal o festival “O Bairro i o Mundo” foi responsável pela reabilitação urbanística do bairro a Quinta do Mocho, o que ofereceu uma nova dinâmica a uma zona que se transformou numa galeria de arte a céu aberto <https://www.conexaolusofona.org/bairro-problematico-na-periferia-de-lisboa-vira-galeria-de-arte/>. V. também em Heerlen, <https://urbact.eu/street-art-murals-urban-renewal> e vários exemplos em <https://www.globalcitizen.org/en/content/how-street-art-can-transform-communities/?template=next> consultas 06/07/21

Por último, no que respeita à ligação do *graffiti* com crime mais grave, partilhamos a opinião que, dada a globalização do fenómeno, no nosso quotidiano, na nossa zona de residência, no caminho para o trabalho ou durante uma viagem de autocarro ou comboio, somos constantemente confrontados com estas práticas e não é esse fenómeno que cria em nós uma vontade criminosa, muito menos de grande gravidade.

Relativamente à teoria das janelas partidas, na sua forma original o texto sugere que reduzir o crime é simplesmente uma questão de pequenos detalhes, de consertar janelas, varrer lixo e retirar da rua determinados membros da sociedade, a teoria negligencia os numerosos e complexos fatores que contribuem para o crime.

Há uma realidade mais complexa, sobre decadência urbana, que envolve a compreensão das relações entre classes sociais, étnicas, os valores das propriedades, a qualidade de escolas públicas de bairros, a demografia racial, poluição ambiental, transporte público, acesso a empréstimos. O ciclo de vida de bairros não é tão simples quanto sugere a teoria.

8. O desfiguramento como exercício da liberdade de expressão

Para quem não vê o *graffiti* como um mero ato de vandalismo, ele pode ser visto não só como um produto estético, mas também como um produto comunicativo, tal como temos vindo a desenvolver, é principalmente enquanto produto estético que o *graffiti* tem construído a sua credibilidade.

Independentemente do modo como encaramos o *graffiti*, a verdade é que é uma prática que veio paulatinamente conquistar o seu lugar na sociedade moderna, tendo hoje uma presença contínua, mormente, nos principais centros urbanos. O que tem contribuído para o seu respetivo reconhecimento, principalmente pelo urbanismo, pelas artes e as ciências sociais, nomeadamente a antropologia, sociologia, psicologia ou filosofia social, áreas que também têm dedicado com mais ênfase o seu estudo à arte urbana.

As cidades são uma importante via de partilha de informação, elas carregam várias camadas comunicacionais onde intervêm vários agentes, embora sejam os mais poderosos os que impõem a sua visão sobre o espaço. Podemos confirmá-lo pela colonização dos espaços de maior relevo, pelo discurso consumista, de incentivo à compra de bens e serviços, *o espaço público também é paulatinamente privatizado e crescentemente patrocinado pelas empresas.*⁹⁷

⁹⁷ Cf. RICARDO CAMPOS, SÍLVIA CÂMARA, *Arte(s) Urbana(s)...*, op. cit., p. 29

Além do poder político e económico que se expressa nas cidades, um tipo de comunicação que faz parte do quotidiano e que aceitamos como correta e válida, o espaço público permite também a comunicação entre pessoas de uma forma que nem a cultura digital parece substituir.

Embora o *graffiti* danifique a superfície em que tem lugar de uma forma que nenhum outro discurso danifica, a verdade é que a arte urbana pode ser uma via de comunicação ou, uma voz, para um espectro de pessoas que não tem qualquer expressão nos fóruns tradicionais, funciona como uma arma de desafio às convenções e hierarquias, e para aqueles que procuram afrontar o *status quo*.⁹⁸ Possivelmente por ser uma prática que nasce na rua, há uma ligação entre a arte urbana e temas fraturantes como a desigualdade social e de género, a política, defesa dos direitos humanos, dos animais ou do ambiente.

Existem várias razões que justificam esta ligação entre o *graffiti* e o espaço público, em primeiro lugar este permite o anonimato, por outro lado, os desfiguramentos têm lugar, regra geral, em locais facilmente visíveis e de significativa afluência de pessoas, diferentemente do que sucede nos museus ou galerias, pelo que estas condições favorecem a propagação da palavra, da crítica ou mensagem, existe um poder em ser visto que traz consigo o poder em ser ouvido.

São atos que só por si desafiam as convenções sociais dominantes, visto que, ainda que temporariamente, as palavras e as imagens que compõem a arte urbana, reivindicam o espaço onde são criadas, ainda que de uma forma semipermanente, o que não sucede por via da comum comunicação.

Também por este motivo, apesar de hoje existirem espaços dedicados à criação de arte urbana, além da suscetibilidade de reprovação do projeto, o que só por si limita a criação da obra, a ausência de escolha do espaço desvirtua muitas das vezes o propósito destes trabalhos, uma vez que o recetor da mensagem é fundamental.

Além do valor das suas mensagens explícitas, estas carregam frequentemente um carácter de *outsider* ou marginalizado, visto que o acesso aos meios tradicionais, a tecnologia, ao espaço e publicidade, não é geral. Pelo que para vozes mais marginalizadas, rejeitar um discurso confinado, tradicional e fechado é um verdadeiro ato de resistência, parece-nos indispensável reconhecer que apesar de na sua criação se tratar de um ato criminoso, se deve abrir o caminho, para o reconhecimento da componente expressiva do

⁹⁸ JENNY E. CARROLL, *Graffiti, Speech and Crime*, Minnesota Law Review, 2019 p. 1303

graffiti, bem como a discussão deste discurso autónomo, incluindo sobre as relações de poder.

É o modo como é criado que torna o *graffiti* e expressões semelhantes uma ferramenta essencial para as vozes mais marginalizadas. Atualmente a única forma de valorizar as vozes dissidentes é se estas vozes permanecerem dentro dos limites designados e constitucionalmente previstos, ainda que reconhecendo a importância de um discurso divergente, para o Direito este discurso deve obedecer a regras e estar presente em fóruns próprios para o efeito. Isto significa obrigar estas vozes dissidentes a seguir as regras criadas pelo sistema que querem desafiar.

Desde a sua origem, que o *graffiti* tem expresso um importante papel no que respeita às noções de valor e identidade, visto que desde muito cedo passou a ser utilizado nas grandes metrópoles não só como um movimento de identidade dos bairros, mas como arma contra os fenómenos de *gentrificação*⁹⁹ e policiamento abusivo que se fazia sentir por exemplo em Nova Iorque, em que determinadas comunidades se tornavam invisíveis, segregadas à margem dos grandes centros urbanos e de poder político.

Embora a relação entre o Direito e o *graffiti* seja extremamente complexa, pois a intenção que suporta o desfiguramento também pode variar, oscilando entre o confronto propriedade privada e liberdade de expressão política; proteção da estética urbana e liberdade de expressão artística, ou vice-versa, o que torna mais complexo a resolução dos conflitos entre os dois extremos. Analisando a jurisprudência do crime de dano há uma tendência generalizada por parte dos tribunais, de direcionar o foco da sua apreciação à lesão da propriedade, raramente é alvo de atenção o conteúdo do desfiguramento, os tribunais excecionalmente direcionam a sua atenção, ou dedicam parte da sua apreciação para encontrar o seu significado.

A título de exemplo veja-se o acórdão do TRP, de 04-11-2009,¹⁰⁰ em que o arguido é punido por um crime de dano simples, visto ter sido apanhado em flagrante delito a grafitar uma parede de uma estação de metro. O tribunal somente menciona o conteúdo da pintura, numa transcrição dos autos feita pelo arguido para comprovar a verificação do elemento subjetivo do tipo, senão veja-se, “Agiu, pois, com dolo de tipo. Na verdade, é o próprio arguido quem afirma que «tinha começado a *pintar* uma dessas paredes (do

⁹⁹ Fenómeno que está associado à reestruturação urbana, seja de espaços residenciais, ou comerciais, que obrigam os seus residentes a procurar novas zonas devido à inflação sentida no custo de vida, cf. <https://dicionario.priberam.org/gentrificacao>

¹⁰⁰ Processo n.º 129/07.4PGMTS.P1

túnel) (...) sendo uma boa maneira de dar um *novo olhar* às paredes dos espaços urbanos. Naquela parede pretendia *pintar uma paisagem*, como um quadro (...)»

Somente no término da fundamentação é que ficamos a conhecer o conteúdo do desfiguramento, no restante acórdão o tribunal limita-se a enquadrar a conduta do arguido no conceito de desfiguramento e bem assim, no crime de dano simples, não perdendo sequer ocasião, para afastar o exercício da liberdade de criação artística como legitimação para o dano.

Num acórdão do mesmo tribunal, mas de 11-10-2017,¹⁰¹ em que apesar do objeto do recurso se focar na subsunção dos factos à prática de um crime ou contraordenação, consoante crime de dano ou aplicação da Lei 61/2013, e limita-se a concluir “(...) em face da diversidade dos objetos desfigurados (a situação em causa configura a ação de desfigurar as carruagens do comboio, pois através da pintura com sprays foi afetada a imagem exterior das mesmas, sem afetar a sua substância (...))”, neste caso ao longo do acórdão o conteúdo do desfiguramento não chega sequer a ser mencionado. No caso somente são avaliados os danos na propriedade, bem como o seu valor para efeitos de qualificação do crime.

No mesmo sentido, num acórdão do TRL de 18-02-2015,¹⁰² em que se discute a revogação tácita parcial do art. 212.º do CP, pela Lei 61/2013, a informação acerca do *graffiti*, é somente a de que “no dia 18.11.2011, o arguido agarrou num marcador de cor preta e começou a grafitar a parede do pavilhão de Portugal, no parque das nações, desfigurando aquele edifício”.

Em consonância com esta reflexão, o juiz-conselheiro Guilherme Fonseca numa importante análise crítica¹⁰³ ao acórdão do TRC de 20-05-2009,¹⁰⁴ censura a posição do tribunal exatamente por perante um caso de desfiguramento, não ter procedido a qualquer avaliação dos direitos fundamentais em causa. No caso, visto que se tratava de uma pintura de uma mensagem de teor político na parede de um viaduto, os arguidos são absolvidos somente pelo facto do viaduto não ter qualquer dimensão estética tutelável, interesse visual ou arquitetónico, enquanto viaduto a pintura não o descaracterizava, e por isso, o tribunal conclui que não se verificava uma desfiguração danosa, o que segundo o

¹⁰¹ Processo n.º 319/16.9GBPNF.P1

¹⁰² Processo n.º 1593/11.2S6LSB.L1-3

¹⁰³ GUILHERME DA FONSECA «Um caso de decisão em matéria criminal e a liberdade de expressão e propaganda política (análise crítica)», in Revista *Julgar*, 10ª edição, pp. 175 a 178. Disponível em http://julgar.pt/julgar_em_papel/julgar-n-o-10/ consulta 25/01/2021

¹⁰⁴ Ac. TRC, de 20-05-2009, processo n.º 3404/06.1TAVIS.C1

juiz-conselheiro é “*mau direito*” pela ponderação que faz dos valores constitucionalmente protegidos, ou neste caso, a falta dela.

Tal como temos vindo a apontar como uma lacuna na jurisprudência, segundo o autor, face ao caso impunha-se a realização de uma análise do confronto dos direitos fundamentais em causa, nomeadamente, liberdade de expressão, protegida pelo art. 37.º da CRP, neste caso na vertente da liberdade de propaganda política, art. 113.º n. 3 a) que assegura a liberdade de propaganda, em contraposição com o direito de propriedade privada, previsto no art. 62.º do diploma fundamental.¹⁰⁵

Em suma, transpondo a discussão entre a hierarquia dos direitos fundamentais, segundo o autor, a liberdade de expressão pela proximidade que tem à dignidade da pessoa humana, deve ter uma maior proteção do que o direito de propriedade e no geral do que qualquer direito económico, social e cultural. Permitindo assim, estabelecer *uma regra de precedência prima facie geral dos direitos individuais face aos bens coletivos ou patrimoniais, com reflexo em qualquer situação concreta*¹⁰⁶. Pelo que, o autor entende que a absolvição dos arguidos seria fruto de uma exclusão da ilicitude e culpa.

Em primeiro lugar, parece-nos que este caso demonstra a dispersão de decisões jurisprudenciais ou a falta de critérios que existe na jurisprudência no que respeita em particular, à modalidade de desfiguramento no crime de dano. Além dos arguidos terem sido punidos em 1ª instância, *supra* vimos que o legislador com a incriminação do desfiguramento pretendeu tutelar a imagem exterior querida pelo proprietário, no acórdão da Relação de Coimbra, vemos que este critério é completamente abandonado por se entender que no caso um viaduto não tem qualquer dimensão estética, nestes termos cumpre questionar, onde começa a dimensão estética tutelável?

Esta dispersão torna ainda mais claro a necessidade de se avaliar e ponderar estes casos à luz dos direitos fundamentais, possivelmente por ser uma tendência pós-moderna, há alguma dificuldade em classificar o *graffiti* como uma via de comunicação. Ainda assim esta resistência não lhe retira a sua característica social e emancipatória, que por via do exercício da liberdade de pensamento e expressão procura muitas vezes uma sociedade mais plural e democrática.

¹⁰⁵ Sobre o direito à liberdade de expressão e à propriedade privada v. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I e II, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

¹⁰⁶ Cf. GUILHERME DA FONSECA, «Um caso de decisão em matéria criminal e a liberdade de expressão e propaganda política (análise crítica)» (...) *op. cit.*, p. 178

Nestes termos, parece-nos que situações de facto como as *supra* descritas, deveriam levar ao reconhecimento por parte do julgador da suscetibilidade de se estar perante um confronto de direitos fundamentais. Visto que pese embora a atenção dos acórdãos esteja constantemente direcionada para a lesão da propriedade, tal como esta, também a liberdade de expressão, a liberdade de propaganda política e inclusive a liberdade de criação artística, estão consagradas na Constituição.

Regressando à análise do juiz Guilherme Fonseca, o autor conclui que, *pode, assim, falar-se numa regra de precedência prima facie geral dos direitos individuais face aos bens coletivos ou patrimoniais, com reflexo em qualquer situação concreta (...)*.¹⁰⁷ No caso, esta análise está intimamente ligada à pretensa distinção entre o regime específico dos direitos, liberdades e garantias; dos direitos económicos, sociais e culturais, e bem assim à sua hierarquização.¹⁰⁸

Entendemos, pois, que tal como elucida José Reis Novais nesta matéria, que uma hierarquização dentro dos direitos fundamentais num Estado de Direito é impraticável, desde logo pelo próprio exercício dos direitos fundamentais que, *pressupõe a consideração do direito na sua globalidade e aquilo que acontece na vida de todos os dias são conflitos, colisões e limitações, não do direito como um todo, mas de modalidades e dimensões particulares, específicas, parcelares*.¹⁰⁹

De qualquer forma, defendendo uma maior proteção dos direitos de liberdade face aos direitos económicos ou tratando-os de igual forma, o que aqui se pretende realçar é que ao aplicador do Direito cabe fazer esta avaliação casuística do ponto de vista dos direitos fundamentais constitucionais.

Avaliação esta, que tendo em conta as considerações feitas *supra*, a respeito do crime de dano, deve ser feita com recurso ao princípio da proporcionalidade, que se apresenta como o instrumento mais adequado para conflitos em que a otimização dos direitos não seja possível e que uma hierarquia axiológica no caso concreto, não seja óbvia. Neste sentido, recorrendo-se aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é possível ponderar as diversas normas em conflito.

¹⁰⁷ Cf. GUILHERME DA FONSECA, «Um caso de decisão em matéria criminal e a liberdade de expressão e propaganda política (análise crítica)» (...) *op. cit.*, p. 178

¹⁰⁸ Para uma análise detalhada deste tema v. JORGE NOVAIS, *Uma Constituição, Dois Sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição portuguesa*, Lisboa, Almedina Editora, 2020

¹⁰⁹ JORGE NOVAIS, *Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa* p.21, disponível em https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jrn_ma_8782.doc. consulta 14/07/2021

Em suma, entendemos que os tribunais não devem preterir de uma avaliação à luz dos direitos fundamentais, visto que podemos estar perante uma situação de exercício de um direito, relevante para efeitos da exclusão da ilicitude, conforme art. 31.º do CP.

9. A arte urbana e o ativismo

Existem vários exemplos que comprovam a importância do *graffiti* como um mecanismo de resistência: no âmbito da política o já mencionado muro de Berlim que em tempos foi um símbolo da polarização do mundo e da privação de liberdade hoje, de entre várias obras o “beijo fraterno” entre Leonid Brezhnev e Erich Honecker, pintado por Dmitri Vrubel como um símbolo da divisão entre os mundos capitalistas e socialistas. Inspirado neste último, em Vilnius, um *graffiti* muito semelhante, mas com Donald Trump e Vladimir Putin como expressão da preocupação da segurança da Lituânia com a aproximação entre os presidentes. Em Atenas, em 2015 aquando da realização de um referendo relativo à adoção de medidas de austeridade, um *graffiti* foi feito, com um fundo azul e com estrelas douradas, em representação da bandeira da união europeia e com a palavra “Nein”, um apelo não só à população para não aceitarem as medidas, mas também uma referência à Alemanha como principal adepta à adoção das medidas.

No Muro de Separação, que divide a Palestina e Israel, entre várias obras, Banksy¹¹⁰ marcou o muro com a silhueta de uma criança a ultrapassar a barreira de proteção suspensa por balões, pintou também uma pomba branca, como símbolo da paz, com um colete à prova de bala e com um alvo de atirador por cima como ameaça.

Shepard Fairey, autor do famoso cartaz “Hope” com Barack Obama, foi responsável pela criação de vários cartazes usados para protestar contra a eleição de Donald Trump, os pósteres representavam alguns grupos mais criticados e vulneráveis com a eleição de Trump¹¹¹.

Como crítica contra as políticas da União Europeia, em Portugal em 2012 é pintado um mural em que Pedro Passos Coelho e Paulo Portas são representados como fantoches de Angela Merkel, também em Berlim, mas pelo artista português Vhils, um retrato da

¹¹⁰ Sobre as obras de Banksy na Palestina v. <https://www.thenationalnews.com/arts-culture/art/banksy-in-palestine-a-look-at-the-street-artist-s-work-in-gaza-and-the-west-bank-1.1031618#16> (consulta 03-06-2021)

¹¹¹ V. <https://edition.cnn.com/style/article/shepard-fairey-trump-inauguration-posters-trnd/index.html> (consulta 03-06-2021)

chanceler alemã é esculpido com o “olho da clarividência”, como figura da fragmentação de uma Europa comunitária.

A “Operação Salam”¹¹² dos irmãos ASHEKMAN, consistiu numa pintura de 85 telhados com a palavra “paz” em árabe, somente com vista aérea, em Trípoli no Líbano, palco de constantes guerras

No Brasil, a artista Panmela Castro tem como objetivo dar uma voz à luta feminista através da sua arte, principalmente no que respeita à violência doméstica. Os seus desenhos são compostos frequentemente por rostos femininos¹¹³.

No que respeita ao racismo, desde a criação do movimento *Black Lives Matter*, em 2012, que a arte urbana tem sido uma ferramenta de alarme contra a violência do Estado e práticas abusivas contra pessoas negras, a título de exemplo, recentemente, a morte de George Floyd por um agente policial, tornou-se um marco da luta contra o racismo que tem cravado superfícies por todo o mundo.¹¹⁴

Estes são alguns dos exemplos, entre tantos outros, que demonstram que a arte urbana, e em particular o *graffiti*, mesmo aquele em desconformidade com a lei, pode ter uma impactante influência não só no que toca à revitalização e dinamização dos ambientes urbanos, no trabalho comunitário, no diálogo entre gerações e culturas, na atenuação de tensões sociais e principalmente na democratização do acesso à cultura e de certa forma à política.

¹¹² Cf. <https://ashekman.com/portfolio-item/operation-salam/> (consulta 03-06-2021)

¹¹³ <https://edition.cnn.com/style/article/her-panmela-castro/index.html> (consulta 03-06-2021)

¹¹⁴ <https://www.dw.com/en/remembering-george-floyd-through-street-art/g-57047589>

consulta:

03/06/2021

10. Análise crítica do acórdão do STJ n.º 4/2018

No Diário da República n.º 162/2013, Série I de 2013-08-23, foi publicada a Lei n.º 61/2013 de 23 de agosto, que veio estabelecer o *regime aplicável aos grafitos, afixações, picotagem e outras formas de alteração, ainda que temporária, das características originais de superfícies exteriores de edifícios, pavimentos, passeios, muros e outras infraestruturas*.¹¹⁵

Esta lei visou essencialmente, incentivar a arte urbana autorizada, seja pelos proprietários ou municípios e censurar administrativamente as não autorizadas¹¹⁶. Segundo o art. 3.º do diploma os interessados devem apresentar os seus projetos às Câmaras Municipais, o que deve ser acompanhado da autorização do proprietário da superfície, sendo que alguns espaços são insuscetíveis de licenciamento, de acordo com o n.º 3 do mesmo art., nomeadamente monumentos, edifícios públicos, religiosos, históricos, artísticos ou sinalização destinada à informação.

Já o art. 6.º estabelece três tipos de contraordenação, leve, grave e muito grave e o art.9.º prevê os seus montantes, sendo que as contraordenações se diferenciam em razão do carácter permanente ou efémero da descaracterização, o que é avaliado consoante a reversibilidade ou dificuldade do restauro.

A publicação deste diploma aparentava a passagem da disciplina da arte urbana para a ilegalidade administrativa, pois tal como temos visto ao longo desta dissertação, tratam-se de comportamentos já punidos a título criminal por via da desfiguração, prevista no crime de dano simples, art. 212.º, ou dano qualificado art. 213.º, ambos do CP.

No entanto, o art. 6.º da Lei n.º 61/2013, prevê além das várias contraordenações, que a aplicação das mesmas só terá lugar *quando não for aplicável sanção mais grave por força de outra disposição legal*. O que veio causar algumas questões no que respeita à coexistência das punições no ornamento jurídico português, se alguma jurisprudência aplicou os regimes consoante o grau da lesão¹¹⁷, outra entendia que por via da Lei 61/2013 teria operado uma revogação tácita e parcial, no que respeita às desfigurações, pelo que estas deveriam ser punidas somente a título contraordenacional.¹¹⁸

¹¹⁵ Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/499057/details/maximized>, consulta: 20-05-2021

¹¹⁶ Cf. CARLA AMADO GOMES «Grafitis: dano estético, dano social, dano à propriedade – ou arte? Reflexões em torno do acórdão do STJ de 26 de Setembro de 2018 (proc. 319/16.9GBPNF.P1-B.S1)», in *Revista do Ministério Público* 158: Abril-Junho 2019, p. 243

¹¹⁷ V. Ac. TRP de 11-10-2017, processo n.º 319/16.9GBPNF.P1

¹¹⁸ Cf. Ac. TRL de 18-02-2015, processo n.º 1593/11.2S6LSB.L1-3

Perante a falta de clareza da lei e conseqüente dispersão de jurisprudência, é proferido pelo STJ acórdão uniformizador de jurisprudência,¹¹⁹ que vem então fixar que *a lei n.º 61/2013, de 23 de Agosto, não descriminalizou qualquer das condutas típicas do crime de dano, nomeadamente a de desfiguração*. Segundo o tribunal enquanto o crime de dano tutela o bem jurídico propriedade, a Lei n.º 61/2013 vem proteger interesses administrativos, nomeadamente o espaço e ambiente urbano. Pelo que na prática, as contraordenações graves e leves continuam a ser punidas a esse título e as contraordenações muito graves são adsorvidas pelo crime de dano, por força da regra de subsidiariedade consagrada no n.º 6 da mesma lei.

Face à complexidade da questão, a decisão uniformizadora registou quatro votos vencidos, sendo que o Conselheiro Souto de Moura apesar de ter voto de vencido à data encontrava-se já jubilado, e contou ainda com uma declaração de voto.

No caso seguimos a opinião do Conselheiro António Pires da Graça contemplada no seu voto vencido, uma vez que a Lei n.º 61/2013 não prevê uma norma revogatória, no que respeita à desfiguração da coisa por via do *graffiti*, apenas se poderá chegar a tal conclusão se se verificar uma impossibilidade de conciliação entre as disposições legais. Tal como *supra* analisado, desfigurar é alterar o exterior ou o aspeto da coisa, ora atendendo à definição de *graffiti*, contante da alínea b) do art. 2.º da lei em causa, em qualquer dos casos há um desfiguramento da superfície onde o *graffiti* tem lugar, os seus efeitos podem variar, mas desfigurará sempre. E se desfigurar por alterar a estética de coisa alheia constitui um dano, o *graffiti* desfigurará sempre, o que nos moldes da decisão uniformizadora, é um caminho para o tribunal aplicar o crime de dano, esvaziando de conteúdo a presente lei.

Perante o sentido das expressões, “desfigurar” no art. 212.º do CP e “realização (...) de grafito” no art. 6.º da lei em apreço, o facto da Lei n.º 61/2013 posterior e especial, são elementos que parecem apontar para a revogação do art. 212.º/1 do CP no segmento que diz respeito à desfiguração.

Além disso, no sentido do voto de vencido do Conselheiro António da Graça, a lei em apreço apresenta uma regulamentação global do “vandalismo” e no que respeita à previsão da subsidiariedade das contraordenações, esta seria sempre uma segurança

¹¹⁹ V.Ac. do STJ n.º 4/2018, processo n.º 319/16.9GBPNE.P1-B.S1

perante situações em que além da descaracterização, alteração, conspurcação e provocação de manchas, se *atinga a substância da coisa ou impeça a sua função*.¹²⁰

Parece-nos que facilmente se pode concluir que, atendendo à análise realizada *supra* a respeito do desfiguramento e bem assim, às modalidades de ação reprimidas pela Lei 61/2013, que existe uma clara coincidência entre as previsões.

Aqui chegados, retirar a conclusão de que a Lei 61/2013 é de mera aplicação subsidiária face ao crime de dano, retirar-lhe-ia qualquer conteúdo prático, visto que, a sua aplicação ficaria resumida a casos em que a intervenção artística teria sido autorizada pelo proprietário, mas não pela Câmara. Já a ilação de que o legislador quis punir mais severamente o *graffiti*, picotagens e equivalentes, admitindo a cumulação entre crime e contraordenação, também não nos parece ter fundamento. Principalmente porque se as ações subsumíveis à modalidade de desfiguramento, comparativamente com as de destruir, danificar e tornar não utilizável, constituem os únicos casos em que a substância da coisa não é afetada, na medida em que estamos perante práticas que somente alteram a imagem exterior da coisa, a possibilidade de serem punidas a título contraordenacional e cumulativamente criminal, parece-nos excessivo.

Por outro lado, o tribunal para fundamentar a sua decisão, com a qual desde já discordamos, cita a Exposição de Motivos por trás da Lei 61/2013, como argumento a favor da manutenção do crime de dano. Todavia da leitura do excerto extraído da Exposição de Motivos, “*Ao utilizar como suporte paredes de edificações abandonadas, e bem assim quaisquer outras superfícies disponíveis (...) tais práticas merecem uma resposta mais completa por parte do legislador, nomeadamente através de uma censura adequada do ponto de vista contraordenacional, censura adequada do ponto de vista contraordenacional, censura esta que não exclui, evidentemente, a eventual aplicação, nos casos suscetíveis de qualificação como crime, das respetivas disposições da legislação penal*” [sublinhado nosso]. Parece-nos que a vontade do legislador foi exatamente a contrária, nomeadamente pela passagem sublinhada, o que é compatível com a aplicação do crime de dano, visto que nem todas as intervenções artísticas lesão somente a imagem exterior da coisa, aquelas que destruam, danifiquem ou a tornem inadequada as superfícies em que têm lugar, devem ter punidas a título de crime de dano, visto que a punição das restantes modalidades subsiste.

¹²⁰ Cf. Voto de vencido do Conselheiro António Pires Henriques da Graça, in Ac. do STJ n.º 4/2018, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/116768626/details/maximized>

Não só, discordamos da decisão do acórdão uniformizador, como entendemos que a fundamentação nele contida é insuficiente e deixa espaço para várias questões, a título de exemplo, o tribunal ao longo do acórdão argumenta que estamos perante dois bens jurídico distintos, no entanto o art. 6.º n.º1 faz crer na possibilidade de consunção, mais uma vez o que leva a questionar a utilidade da presente lei, seguindo a decisão do tribunal.

Aqui chegados, e pelo caminho que até aqui fizemos, não podemos ignorar o impacto do *graffiti* a nível social, cultural e até político. A sua institucionalização, comercialização e absorção pelas artes, trouxeram consigo um novo olhar sobre estas práticas, nestes termos exigia-se também uma evolução jurídica a este respeito, evolução esta que entendemos passar pelo tratamento destas práticas somente a nível contraordenacional, pois além da participação da autoridade administrativa que acabaria por descarregar o sistema, também a proteção dos interesses, seja da propriedade ou do espaço e meio urbano seriam na prática mais facilmente tutelados, visto que as reparações ou remoções poderiam ter logo lugar à custa dos responsáveis. Esta questão tem particular importância, senão veja-se que no ano de 2019 a Câmara de Lisboa investiu 1,4 milhões de euros para a remoção de *graffitis*, cartazes e proteção das superfícies tratadas.¹²¹ Pelo que a par de uma regulamentação mais completa, também a criação de políticas públicas adequadas, e aqui o papel das Câmaras é fundamental, para a promoção das influências benéficas do *graffiti*, e ainda assim, garantir o respeito pelos direitos dos proprietários.

¹²¹ Cf. Relatório de Gestão de 2019 da Câmara Municipal de Lisboa, pp. 116 e 163, disponível em https://www.lisboa.pt/fileadmin/municipio/organizacao/financas/relatorios_gestao/Relatorio_Gestao_2019.pdf consulta: 22-04-2021

11. Conclusão

A realização deste trabalho torna evidente que a relação entre o crime de dano e a arte urbana, mais concretamente o *graffiti*, ainda suscita várias questões que estão por resolver pelo legislador.

O âmbito de aplicação do tipo de dano simples inclui qualquer arte urbana independentemente do seu conteúdo, questão que a Lei n.º 61/2013 também não veio alterar, o que perante a importância da arte urbana nos dias que correm exigia uma regulamentação mais proporcional destas matérias, nomeadamente no que respeita à possibilidade de resultar para o ofendido do crime de dano simples, um ganho patrimonial.

Esta análise não visa defender a despenalização do *graffiti*, muito menos negar a proteção penal dos interesses de propriedade, pretendemos antes tecer uma crítica ao processo de criminalização do *graffiti* feito pelo ordenamento jurídico português, que negligenciou a possibilidade de a arte urbana trazer consigo um discurso legítimo, visto que atualmente toda a legislação promove os interesses inerentes à propriedade privada em detrimento mesmo da liberdade de criação artística e da liberdade de expressão.

Mesmo com a generalização do *graffiti* enquanto arte pela sociedade, o que é comprovado pela inflação do preço dos imóveis, pelo turismo e pela publicidade e de certa forma pela crescente institucionalização destas práticas, não há qualquer concretização desta tutela, causando uma enorme insegurança jurídica, o que não se justifica face à crescente importância da arte urbana.

Facto é que, nos dias que correm o exercício de direitos é algo quase unívoco, que se funde, muitas vezes não há uma linha clara que os distinga e cabe aos aplicadores do Direito equilibrar onde é que um destes direitos começa e onde outro termina, perante um desfiguramento, os tribunais não dedicam qualquer atenção a discussões sobre igualdade ou democracia, a tendência é proteger a propriedade sem que haja qualquer interpretação ou avaliação do conteúdo do desfiguramento, seja de um ponto de vista artístico ou da liberdade de expressão.

Analisando a evolução dos direitos fundamentais, na fase do Estado de Direito Liberal, somente uma pequena parte da população era considerada como cidadã e portadora de direitos fundamentais, isto porque o direito mais importante era a propriedade, somente quem tinha propriedade é que podia ser cidadão e toda a construção da sociedade era virada para a proteção da propriedade.

Somente após a 1ª Guerra Mundial é que a propriedade deixou de ter carácter absoluto com a introdução do Estado Democrático e Social de Direito e os direitos sociais passaram a ser considerados para quem tinha ou não propriedade, apesar de continuar a ser um direito fundamental essencial, todavia esta herança cultural mantém-se.

Desde crianças que somos ensinados a não pintar ou sujar as paredes de casa ou qualquer superfície que não seja o papel, embora haja quase uma tendência humana e normal para se experienciar essa fase. Isto porque também a estética das coisas é importante para os humanos, não obstante a resposta repressiva do Direito esta é uma opção civilizacional e cultural, senão veja-se que um dos povos mais encantadores da história humana, o povo egípcio, tinham como costume cravar nas paredes os seus feitos, mais recentemente em várias zonas da Índia, nomeadamente em Rajastão é comum as paredes serem decoradas com representações de Ganesha e outros deuses do hinduísmo.

Nestes termos entendemos que a arte urbana e mais concretamente o *graffiti*, pode ser um valioso instrumento para aqueles que se encontram na periferia do poder e com menos poder de decisão, ele não só permite cravar uma voz marginal, como concede um poder que está diretamente ligado à sua existência física e visual. Cria-se com estas práticas uma possibilidade a indivíduos sub-representados de reivindicarem a sua identidade e resistirem perante normas ou princípios culturais e sociais que silenciam as suas vozes.

O *graffiti* carrega um carácter de *outsider* que comporta um potencial para introduzir uma voz que é previamente excluída dos meios de comunicação tradicionais, embora estas vozes nem sempre possam ser dignas de proteção, são certamente sempre dignas de consideração. O que se pode comprovar pelos exemplos de obras *supra* que decidimos individualizar entre tantas outras igualmente importantes, seja por revestir uma mensagem política, em prol dos direitos humanos, dos animais, da igualdade de género, racismo ou sobre políticas ambientais, a arte urbana pode e é frequentemente democracia.

Pelo que, cabendo ao Direito acompanhar a evolução da sociedade civil e dada a importância e quantidade de expressões artísticas que materializam verdadeiros exercícios do direito fundamental à liberdade de expressão, a inclusão destes desfiguramentos no crime de dano é a nosso ver desadequada, além de uma regulamentação adequada, talvez se justificasse a punição destas práticas no âmbito contraordenacional, como inicialmente sugeria a Lei n.º 61/2013.

12. Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a edição, Lisboa, Universidade Católica, 2015;

ALMEIDA, Carlota *et al.* – *Código Penal Anotado*, Coimbra, Almedina Editora, 2003.
BARREIROS, José António – *Crimes contra o Património*, Lisboa, Universidade Lusíada, 1996;

ALMEIDA, Costa - «Art. 217º (Burla)» in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial II*, dir. de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;

ANDRADE, Costa - «Art. 212º (Dano)» in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial II*, dir. de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;

ASCENSÃO, José Oliveira - *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

BARREIROS, José António - *Crimes Contra o Património*, Lisboa, Universidade Lusíada, 1996;

BELEZA, Teresa - «Os crimes contra a propriedade no Código Penal de 1982» In *Coletânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*, Lisboa, AAFDL Editora, 2008;

CAMPOS, Ricardo e CÂMARA, Sílvia - *Arte(s) Urbana(s)*, Edições Húmus, 2019;

CAMPOS, Ricardo e SEQUEIRA, Ágata - «Entre VHILS e os Jerónimos: arte urbana de Lisboa enquanto objeto turístico» in *Horizontes Antropológicos*, Vol. 25, 2019;

CAMPOS, Ricardo - *Porque Pintamos a Cidade? Uma Abordagem Etnográfica do Graffiti Urbano*, Fim do Século Editora, 2007;

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I e II, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

CARROLL, Jenny E. - *Graffiti, Speech and Crime*, Minnesota Law Review, 2019;

CORDEIRO, António – *Tratado de Direito Civil*, VIII, Direito das Obrigações, Lisboa, Almedina, 2014;

COSTA, Faria - «Art. 203.º (Furto)» in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial II, dir. de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999;

COSTA, Faria - *Direito Penal Especial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

COSTA, Faria - “Les crimes informatiques et d’autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal” in *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998;

CUNHA, Damião da - *Direito Penal Patrimonial – Sistema e estrutura fundamental*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017;

DANYSZ, Magda - *From Style Writing to Art: A Street Art Anthology*, Drago, 2011

DIAS, Augusto Silva, et al - *Coletânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*, Lisboa, AAFDL Editora, 2008;

DIAS, Jorge Figueiredo – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999;

DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012;

DIÓGENES, Glória - «Artes e intervenções urbanas entre esferas materiais e digitais: tensões legal-ilegal», in *Análise Social*, Lisboa, 2015, Vol.50, nº 217

GARCIA, M. e RIO, J. – *Código Penal Parte geral e especial* – notas e comentários, Lisboa, Almedina, 2014;

GOMES, Carla Amado - «Grafitis: dano estético, dano social, dano à propriedade – ou arte?», In *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público Editora, N.º 158: Abril/Junho de 2019.

GONÇALVES, M. Maia – *Código Penal Português*, Anotado e comentado, 17.ª Edição, Lisboa, Almedina, 2005.

HARCOURT, Bernard - *Reflecting on the Subject: A Critique of the Social Influence Conception of Deterrence, the Broken Windows Theory, and Order Maintenance Policing New York Style*, Michigan Law Review, 1998

HERNÁNDEZ, Celia - *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, 1ª edição, 1991

HUNGRIA, Nélon - *Comentários ao Código Penal*, Volume VII, 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1980;

LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, Manuel – *Código Penal Anotado*, II Volume, 3.ª Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2000;

LEITÃO, Menezes Leitão - *Direitos Reais*, 6ª Edição, Lisboa, Almedina, 2017;

LEWISOHN, Cedar - *Street Art: The Graffiti Revolution*, London: Tate Publishing;

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes - «Anotação ao art. 473.º», in *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

LUCIE-SMITH, Edward - *The Thames & Hudson dictionary of art terms*, London: Thames & Hudson Ltd;

MANCO, Tristan - *Street Logos*, Thames & Hudson Editora, 2004;

MARTINS, José – *O Crime de Dano e o Património Cultural (A criminalidade patrimonial e os bens culturais)*, Lisboa, Petrony Editora, 2003;

MARTINS, Luís - *O graffiti como expressão da delinquência juvenil*, Relatório de estágio de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009

MCCORMICK, Carlo - *Trespass: A History of Uncommissioned Urban Art*, Taschen Editora, 2010;

MENDES, João Castro – *Do conceito jurídico de prejuízo*, Lisboa: Jornal do Fôro, 1953;

MONTOVANI, Ferrando - *Danneggiamento e deturpamento di cose altrui* in DDP III, reimp. Torino: UTET 1994;

MOURÃO, Helena - «Justiça restaurativa e crimes patrimoniais na Reforma Penal de 2007», in COSTA ANDRADE *et al.*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*” III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

NOVAIS, Jorge - *Uma Constituição, Dois Sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição portuguesa*, Lisboa, Almedina Editora, 2020;

PESSOA, Jorge - *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina Editora, 1995;

PEREIRA, Alexandre - *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Boletim da Faculdade de Direito - *Studia Iuridica* 55, Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

PINTO, Frederico da Costa - «Delitos de bagatela (The de *minimus* doctrine in criminal cases)» in *Revista Penal* N.º 35, Janeiro 2015;

SHAPIRO, Roberta - «O que é Artificação?» in *Sociedade e Estado*, vol. 22 jan/abr. Brasília, 2007

SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral I – Introdução e Teoria da Lei Penal*, Lisboa, 2.ª Edição, Lisboa, Editora Verbo, 2001;

VARELA, Antunes – *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª edição, Lisboa, Almedina Editora, 2000;

VIEIRA, José Alberto - *Direitos Reais*, Lisboa, Almedina, 2016;

XAVIER, Rita - «Tutela penal dos bens comuns e crimes contra a propriedade: São nossos, por isso, façó-lhes o que eu quiser?» In *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Volume IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020.

Web:

<https://www.bverwg.de/gebaeude/geschichte-des-gebaeudes> (consulta: 26/06/2021);

<https://indianexpress.com/article/explained/banksy-artwork-bristol-property-prices-7108348/> (consulta: 29/05/2021);

<https://www.readingchronicle.co.uk/news/19128601.much-value-banksy-murals-add-home/> (consulta: 29/05/2021);

<https://www.widewalls.ch/magazine/street-art-for-sale-ownership-copyright> (consulta: 21/06/2021);

<https://www.visitportugal.com/pt-pt/content/arte-urbana-em-lisboa> (consulta: 23/05/2021);

https://www.esmadrid.com/pt/arte-urbana-em-madrid?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (consulta: 23/05/2021);

<https://www.streetarttourparis.com/> (consulta: 23/05/2021);

<https://www.upfest.co.uk/page/upfest-festival> (consulta: 23/05/21);

<https://www.standard.co.uk/homesandproperty/interiors/brits-are-willing-to-pay-an-average-of-ps8-500-extra-for-a-home-in-an-area-with-colourful-street-art-than-one-without-a113086.html> (consulta: 23/05/21);

<https://expresso.pt/economia/2018-01-21-Como-a-arte-urbana-ajuda-o-mercado-a-bater-recordes> (consulta: 23/05/21);

<http://www.bocc.ubi.pt/pag/bacelar-jorge-notas-mais-velha-arte-mundo.pdf> (consulta: 11/07/21);

<https://www.widewalls.ch/magazine/is-graffiti-art-or-vandalism> (consulta: 11/07/21);

<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>
(consulta: 18/05/2021);

<https://www.researchgate.net/publication/23487060> (consulta: 04/06/21);

<https://www.npr.org/2016/11/01/500104506/broken-windows-policing-and-the-origins-of-stop-and-frisk-and-how-it-went-wrong?t=1622720934386> (consulta: 03/06/2021);

<https://www.newyorker.com/books/page-turner/the-other-side-of-broken-windows>
(consulta: 06/07/2021);

<https://bmchealthservres.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12913-020-05974-0>
(consulta: 06/07/2021);

https://www.canr.msu.edu/news/street_murals_add_vibrancy_and_vitality_to_communities
(consulta: 06/07/21);

<https://www.conexaolusofona.org/bairro-problematico-na-periferia-de-lisboa-vira-galeria-de-arte/> (consulta: 06/07/21);

<https://urbact.eu/street-art-murals-urban-renewal> (consulta: 06/07/21);

<https://www.globalcitizen.org/en/content/how-street-art-can-transform-communities/?template=next> (consulta: 06/07/21);

<https://dicionario.priberam.org/gentrificação> (consulta: 15/06/21);

http://julgar.pt/julgar_em_papel/julgar-n-o-10/ (consulta: 25/01/2021);

https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jrn_ma_8782.doc. (consulta: 14/07/2021);

<https://www.thenationalnews.com/arts-culture/art/banksy-in-palestine-a-look-at-the-street-artist-s-work-in-gaza-and-the-west-bank-1.1031618#16> (consulta: 03/06/2021);

<https://edition.cnn.com/style/article/shepard-fairey-trump-inauguration-posters-trnd/index.html> (consulta: 03/06/2021);

<https://ashekman.com/portfolio-item/operation-salam/> (consulta: 03/06/2021);

<https://edition.cnn.com/style/article/her-panmela-castro/index.html> (consulta: 03/06/2021);

<https://www.dw.com/en/remembering-george-floyd-through-street-art/g-57047589> (consulta: 03/06/2021);

<https://dre.pt/home/-/dre/499057/details/maximized> (consulta: 20/05/21);

<https://dre.pt/home/-/dre/116768626/details/maximized> (consulta: 20/05/21);

https://www.lisboa.pt/fileadmin/municipio/organizacao/financas/relatorios_gestao/Relatorio_Gestao_2019.pdf (consulta: 22/04/21);

<http://www.dgsi.pt/> (consulta: 15/07/31).