

# A tutela penal dos grafitos: uma visão nacional e de Direito Comparado e algumas pistas para um modelo mais proporcional<sup>[\*]</sup>

André Lamas Leite

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto  
Investigador integrado do CJS – Centro Interdisciplinar Crime,  
Justiça e Segurança (FDUP)*

[\*] O presente texto integra-se no Projecto "Street Art/Direito à cidade", Investigador Principal: Maria Raquel Guimarães [CJJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica UIDB/00443/2020/FCT]; a publicar sob o título *A arte saiu à rua: a tutela jurídica dos graffiti*, Gestlegal, Coimbra.

---

---

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO E RAZÃO DE ORDEM. II. NOÇÃO LEGAL DE GRAFITOS. III. PÉRIPOLO POR ALGUMAS LEGISLAÇÕES DE OUTROS ESTADOS. IV. O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL ESTRANGEIRO E DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). 1. Alguma jurisprudência de tribunais estrangeiros. 2. Alguma jurisprudência do TEDH. V. PISTAS PARA UM MODELO MAIS PROPORCIONAL.

---

---

*Despite what they say graffiti is not the lowest form of art [...] it's actually one of the more honest art forms available. There is no elitism or hype, it exhibits on the best walls a town has to offer and nobody is put off by the price of admission.*

BANKSY, *Wall and Piece* (2005)

## I. INTRODUÇÃO E RAZÃO DE ORDEM

As relações entre a Arte e o Direito têm sido sempre tumultuosas, o que se justifica, desde logo, atendendo à natureza da primeira, quase sempre subversiva, de crítica aos vários sectores da vida em comunidade, entre eles, certamente, o ordenamento jurídico.

Há, amiúde, algo de anormativo ou anti-normativo na produção artístico-cultural, que não deseja conhecer limites que funcionem como um espartilho à liberdade criadora. Por rectas contas, tudo seria admissível no mundo da Arte, mesmo a prática de actos ilícitos – nos vários ramos do Direito –, por forma a que o artista não visse coarctado o seu direito à livre expressão e manifestação da sua capacidade criadora, disruptiva e geradora de novas realidades ou propostas de realidades. São conhecidos casos concretos em que uma *performance*, por exemplo, que põs em risco a vida de um animal, nos questiona sobre se o pretexto artístico tudo pode justificar. A resposta é claramente negativa, ou seja, nos quadros de um Estado de Direito democrático e social como o nosso (artigos 1.º e 2.º da CRP), não havendo lugar a qualquer censura quanto ao trabalho artístico, ele não pode redundar numa prática ilícita que, para o que aqui releva, se traduza na comissão de um delito ou de uma contra-ordenação. É esse o limite – e apenas esse – que o Direito, como um todo considerado, exige da Arte, certamente de modo sempre criticável e sem fronteiras totalmente definidas quanto a saber onde acaba o terreno do permitido e começa a barreira da proibição legal.

É exactamente neste periclitante equilíbrio que vive a *street art* e, de entre as suas várias manifestações, os grafitos e similares, sobre os quais dedicaremos a nossa atenção. Começaremos por definir o que a Lei entende por eles e, de seguida, partiremos para uma análise de Direito Comparado (legislação e jurisprudência) de Estados que nos são cultural e juridicamente mais próximos, mas também outros mais afastados, da família do *common law*. Interessa-nos, sobretudo, neste périplo, compreender as soluções de continuidade ou diferença entre o que sucede em Portugal e em outros países, tendo por base que, do que conhecemos, se podem, *ab initio*, configurar as seguintes formas de tratamento jurídico-penal dos grafitos, ao menos como hipóteses abstractas: i) *modelo proibitivo*, em

que esta forma de arte é sancionada como crime de dano (*proibitivo puro*) ou como contra-ordenação (*proibitivo impuro*); ii) *modelo permissivo*, em que não existe qualquer controlo sobre a realização de grafitos ou similares, podendo aqui desdobrar-se em permissivo quanto à totalidade das superfícies em que o agente actua – públicas ou privadas: *permissivo puro* – ou somente em relação a algumas delas: *permissivo impuro* (é equacionável, v. g., que a intervenção punitiva do Estado só ocorra em relação a propriedade ou superfícies privadas e já não quanto às públicas, ou vice-versa, o que sempre representaria, na primeira *fattispecie*, uma inconstitucionalidade omissiva por não se dar cumprimento ao mandato jusconstitucional encontrado na grande maioria das Leis Fundamentais, tangente à protecção da propriedade privada<sup>[1]</sup>, sendo esta erigida em direito fundamental – como sucede no nosso artigo 62.º da CRP – ou não); iii) *modelo conciliatório*, em que o legislador, não dispensando embora a tutela penal e/ou contra-ordenacional (aplicável a distintas realidades fácticas, sob pena de violar o *ne bis in idem*), cria margens de permissividade ao comportamento, naquilo que seria um *Rechtsfreier Raum* (“espaço livre de Direito”), quer por via de espaços em que se admite a grafitagem sob controlo de um ente público e sujeito a condições estritas e sanções para o seu incumprimento, ou mesmo por destinação de lugares onde, sem qualquer controlo prévio, essa actividade artística seja desenvolvida, naturalmente sempre e só em espaço público, *rectius*, em espaço cuja propriedade seja do Estado em sentido amplo e não de particulares.

[1] Com razão aponta SUE FARRAN, “Graffiti artists and guerrilla gardeners: challenging our understandings of Property Law”, in *Contributions to Law Philosophy and Ecology: exploring Re-embodiments*, Ruth Thomas Pellier, Vito De Lucia, Sian Sullivan (eds.),

Abingdon: Taylor & Francis, 2016, pp. 192-211 (192), para uma certa transição de uma visão mais individualista deste direito no séc. XIX e nos inícios do séc. XX para uma feição mais comunitária, em que se têm em conta desafios como o ambiente e a qualidade de vida, e em

que estas concepções supra-individuais acabam mesmo por fazer reviver, no Reino Unido, antigas formas comunitárias de aproveitamento da terra.

Por outra banda, é evidente que o problema que nos ocupa traz consigo a harmonização entre direitos fundamentais contrastantes, com assento constitucional e infra-constitucional, para além de variados instrumentos de Direito Internacional Público e da União Europeia (pense-se na Carta de Direitos Fundamentais), sendo que daremos mais relevo à CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) e à jurisprudência do Tribunal que vela pelo seu cumprimento. A liberdade de expressão *tout court* e a particularizada ao nível artístico (que abrange a sua manifestação), por um lado, e o direito de propriedade (em geral público e privado) e, segundo alguns, também a ordem e tranquilidade públicas são os valores em confronto, sempre a solucionar no âmbito do “princípio da concordância prática” (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

Esta mesma abordagem, como se sabe, está muito relacionada, também, com a Criminologia e, em especial, com as teorias que reflectem sobre a importância que a actuação sobre o espaço público pode ou não facilitar ou incentivar a prática de crimes ou de fenómenos menos graves e que, habitualmente, correm sob a designação de “incividades”. É óbvio o relevo da teoria das *broken windows* neste aspecto, a qual surge na década de 1980, pela mão de autores como JAMES WILSON e GEORGE KELLING e que, juntamente com outros argumentos, serviu de fundamentação teórico-científica, p. ex., à “política de tolerância zero” quanto aos grafitos em Nova Iorque, em especial durante os mandatos do *mayor* RUDOLPH GIULIANI (1994-2001).

As dificuldades práticas na detecção e investigação de potenciais crimes é resultado de uma subcultura que preza o anonimato, a surpresa, a intervenção à noite ou de madrugada, isoladamente ou em grupo, amiúde em sítios mais recônditos, pelo que as detenções em flagrante delito são relativamente incomuns e, mesmo aberto inquérito, estas circunstâncias, acrescidas a uma certa cultura de silêncio entre os *graffiters*, irmanados numa mesma “cruzada” contra

o *law enforcement*, o mais provável é o seu arquivamento sem a constituição de ninguém como arguido. O facto de o crime de dano simples, entre nós p. e p. pelo artigo 212.º do Código Penal, assumir natureza semi-pública, não sendo muitas vezes apresentada queixa pelo ofendido (artigos 113.º e 115.º do mesmo diploma) ou sendo-a para além do prazo de caducidade de 6 meses, ajuda ainda a que as estatísticas sobre esta específica modalidade de dano não sejam expressivas. Mesmo no dano qualificado (artigo 213.º), a sua natureza pública esbarra com as dificuldades assinaladas de obtenção de indícios seguros e, mais adiante na marcha processual, de provas para além de toda a dúvida razoável. Uma última nota neste ponto: no caso em que o *graffiter* intervém sobre uma superfície ou local propriedade do Estado, estamos perante o que criminologicamente se designa por “crime sem vítima”, dado o que não se consegue particularizar a titularidade do bem jurídico-penal em uma pessoa ou conjunto de pessoas concretas, sendo virtualmente todos quantos virem e/ou conviverem com essas manifestações artísticas os lesados. Ora, quando existe uma tal rarefacção do prisma das vítimas, apontando para uma marca supra-individual do interesse juridicamente protegido, falamos em um delito “sem vítima”, o que tem por consequência, de entre outras, um certo desinteresse comunitário pelo facto e, sobretudo, pela sua perseguição.

Mudando de azimute, os custos associados à remoção e limpeza de grafitos ilegais são muito elevados, sobretudo em meios de transporte públicos. Assim, de acordo com um estudo da Associação Alemã das Cidades, eles ascendem a cerca de 200 milhões €/ano<sup>[2]</sup>, enquanto em Espanha, a *Renfe* (correspondente à nossa

[2] Informação recolhida em <https://www.newpro.de/en/graffiti-art-vandalism.html>. Todos os sítios de internet indicados estavam disponíveis em Agosto de 2022.

Comboios de Portugal, EPE) destina anualmente 25 milhões de € para a limpeza, remoção ou pintura dos grafitos do material circulante. Em 2017, as pinturas em comboios aumentaram 60%, valor que vem aumentando há mais de uma década, estimando-se que, anualmente, se realizem mais de 7300 pinturas em estações e comboios em toda a Espanha, o que provoca atrasos a cerca de 200 000 passageiros, por ano, devido ao tempo necessário para tratar do material grafitado, que pode chegar a uma semana<sup>[3]</sup>. Apenas na capital espanhola, estimam-se os gastos em 10 000 € diários<sup>[4]</sup>. Já em Camberra, em 2016, os custos ascendem a AUD 500 000 anuais na remoção e pintura dos espaços grafitados<sup>[5]</sup>.

## II. NOÇÃO LEGAL DE GRAFITOS

Na Austrália, mais propriamente no Estado de Vitória, o *Graffiti Prevention Act 2007* define “marcar com grafitos” como «escrever, desenhar, marcar, riscar ou de outra forma desfigurar a propriedade por qualquer meio, de modo que tal desfiguração não seja prontamente removível através da limpeza com um pano seco» (*section 3*). Num Decreto de 2013 a que faremos referência *infra*, em Bogotá, eram definidos como «todas as formas de expressão artística e cultural urbana, temporária, entre elas as inscrições, desenhos, manchas, esboços, ilustrações, riscos ou técnicas similares que se realizem no espaço público da cidade, desde que não contenham mensagens comerciais nem qualquer alusão a marcas, logotipos, produtos ou serviços». É de sublinhar a expressa consagração dos grafitos como forma de arte, o que implica dos poderes públicos um reconhecimento que não é comum.

[3] <https://www.europapress.es/economia/noticia-renfe-gasta-25-millones-euros-ano-evitar-limpiar-grafitis-trenes-20181116140347.html>.

[4] [https://www.eldiario.es/madrid/almeida-endurece-multas-grafiteros-madrid\\_1\\_1059714.html](https://www.eldiario.es/madrid/almeida-endurece-multas-grafiteros-madrid_1_1059714.html).

[5] <https://www.theage.com.au/national/act/new-graffiti-coordinator-in-the-act-aims-to-beat-illegal-tagging-20160205-gmmzgh.html>.

Entre nós, a partir da Lei n.º 61/2013, alvo de atenção no final deste trabalho, nos termos do seu artigo 2.º, al. b), os grafitos são «desenhos, pinturas ou inscrições, designadamente de palavras, frases, símbolos ou códigos, ainda que tenham carácter artístico, decorativo, informativo, ou outro, efectuados 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 e que defrontem com a via pública, sejam elas de acesso público ou de acesso restrito, ou nela se situem». É de sublinhar, tal como sucedeu na capital da Colômbia, que o legislador português admite que estejamos perante manifestações artísticas, bem como que os grafitos tenham algum contacto com a via pública, no sentido de poderem ser dela observados, o que, como se verá no Direito Comparado, é uma preocupação de outros ordenamentos jurídicos. Crê-se que tal se deve à habitual ligação entre estas inscrições e o espaço público, no sentido de que se trate de arte urbana, acessível ou visível pela comunidade em geral, o que comporta a vantagem de poder ser usufruída por um conjunto à partida indeterminado ou indeterminável de sujeitos, mas também a desvantagem de poder contribuir para o seu entendimento como factor de perturbação da paisagem visual pública.

### III. PÉRIPOLO POR ALGUMAS LEGISLAÇÕES DE OUTROS ESTADOS

Da análise empreendida aos ordenamentos jurídicos que nos são mais próximos, detectam-se duas grandes opções político-criminais: a) absoluta proibição de realização de grafitos sem consentimento, sancionando-a por via penal, quase sempre no domínio do delito de dano ou similar, ou contra-ordenacional; b) punição criminal de princípio, mas com admissão, pelo próprio legislador,

de que esta prática artística seja desenvolvida em espaços sujeitos a controlo e a uma específica normação jurídica, sancionando-se o incumprimento destas últimas.

Naturalmente que é bem de ver que a segunda é aquela que visa uma “concordância prática” entre os valores constitucionais em presença: o direito de propriedade e as liberdades de expressão e manifestação da prática artística, sendo, por isso, de saudar que tenha sido esse o caminho seguido pelo legislador português.

Mas vejamos o que se passa em outras latitudes.

Em Espanha, os grafitos são também objecto de sancionamento criminal, por via do dano, para além de, em virtude do regime das autonomias, cada Região poder impor outras medidas que, entre nós, seriam contra-ordenações, seja na forma de sanções principais ou acessórias. Assim, o artigo 263, 1, do Código Penal daquele país sanciona o dano simples com multa entre 6 e 24 meses, sendo que, se o valor do dano não exceder 400 €, a multa oscila entre 1 e 3 meses. Nos termos do n.º 2 do mesmo inciso, pode haver lugar a agravação que, no caso que tratamos, é configurável nas modalidades previstas nas alíneas 3.ª, 4.ª ou 6.ª (respectivamente, uso de substâncias corrosivas; bens de domínio ou uso público ou comunal e danos de especial gravidade ou que afectem interesses gerais). Não está fora de cogitação, embora de verificação prática por certo infrequente, a hipótese de os grafitos ou outras formas de manifestação de *street art* poderem danificar de forma grave instalações ou equipamentos das Forças Armadas ou de segurança, casos naturalmente de dano qualificado, sancionável com prisão de 2 a 4 anos «se o dano exceder 1000 €» (artigo 265 do Código Penal espanhol). A *imprudencia grave*, algo que se aproxima, do prisma dogmático, embora não seja de todo coincidente, da nossa negligência grosseira ou qualificada, é punida com multa de 3 a 9 meses, exigindo-se, contudo, que o valor do dano seja superior a 80 000 € (artigo 267). Nos termos da mesma disposição, ao contrário das



outras modalidades de dano, que configuram crimes públicos, a que se deva a negligência grosseira é um delito semi-público e em que o Ministério Público (*Ministerio Fiscal*) pode representar os menores, os cidadãos portadores de deficiência e aqueles que necessitem de protecção especial na apresentação da queixa enquanto pressuposto processual. Admite-se, por fim, a figura do “perdão de parte”, algo que já não existe entre nós, sendo a figura que lhe é mais próxima, em Portugal, a da desistência de queixa nos crimes semi-públicos, particulares e ainda nos ditos “públicos atípicos” (de que é exemplo o artigo 328.º, *maxime* o n.º 3, do Código Penal português).

Na França, sistematicamente inserido nos «crimes e delitos contra os bens», em especial na secção «das destruições, degradações e deteriorações que não apresentam perigo para as pessoas», o artigo 322-1, § 1.º começa por sancionar o dano simples com prisão até 2 anos e multa de 30 000 €, admitindo, todavia, que se não puna o agente se o dano for “ligeiro”. Todavia, não é esta a norma aplicável aos grafitos e outras manifestações de *street art*, porquanto o § 2.º aplica-se, *expressis verbis*, ao «acto de desenhar inscrições, sinais ou desenhos, sem autorização prévia, em fachadas, veículos, vias públicas ou mobiliário urbano», sendo a sanção de multa de 3750 € e trabalho comunitário (*travail d'intérêt général*) «desde que não resulte mais que um dano ligeiro» (*dommage léger*). Para além de se assinalar a existência de uma incriminação específica para o tipo de manifestação artística em estudo, veja-se que se o juiz considerar que o dano não é menor, cair-se-á no âmbito de tutela do § 1.º do artigo 322-1 do Código Penal gaulês. Por via do artigo 322-2, há lugar a uma agravação, no que aqui importa, se a superfície em causa for «um registo, acta ou acto original da autoridade pública» (al. 2.ª), caso em que a modalidade simples do dano é punida com privação de liberdade até 3 anos e multa de 45 000 € e aquela que se refere aos grafitos, com pena pecuniária de 7500 € e trabalho comunitário. Existe, por fim, uma forma de hiperqualificação do delito

(artigo 322-3) se houver qualquer das formas de participação criminosa (al. 1.<sup>a</sup>); se o dano for praticado «numa habitação ou num local utilizado ou destinado ao armazenamento de dinheiro, valores, bens ou equipamento, penetrando nesses lugares arditosamente, arrombamento ou escalamento» (al. 5.<sup>a</sup>); quando for cometido «contra um lugar classificado como segredo de defesa nacional» (al. 6.<sup>a</sup>); «por uma pessoa que esconde voluntariamente todo ou parte do seu rosto para não ser identificada» (al. 7.<sup>a</sup>); «quando o bem destruído, danificado ou deteriorado se destina a uso ou decoração públicas e pertence a uma pessoa pública ou a uma pessoa encarregada de uma missão de serviço público» (al. 8.<sup>a</sup>); «quando se trata de equipamento destinado a prestar primeiros socorros» (al. 9.<sup>a</sup>) ou «quando o bem destruído, danificado ou deteriorado se destina à vacinação» (al. 10.<sup>a</sup>). Aí, nas hipóteses do § 1.<sup>o</sup> do artigo 322-1 do Código Penal, a pena é de prisão até 5 anos e multa de 75 000 €, abrangendo também, por via do § 2.<sup>o</sup> do artigo 322-3 – o que é de particular interesse para os grafitos –, «estabelecimentos escolares, educativos ou de lazer ou veículo de transporte de crianças»; nas do § 2.<sup>o</sup>, multa de 15 000 € e trabalho a favor da comunidade. Se se verificarem pelo menos duas das circunstâncias qualificativas do § 1.<sup>o</sup> deste artigo 322-3, atingimos a maior severidade punitiva: até 7 anos de prisão e 100 000 € de multa. Uma nota importante para sublinhar que, ao invés do que sucede com a forma de punição da tentativa entre nós, nestes delitos, em França, a sanção para o crime na forma consumada e tentada é a mesma (artigo 322-4 do Código Penal deste último Estado)<sup>[6]</sup>.

Porquanto o Direito Criminal francês conhece ainda a figura das contravenções (aqui, *contraventions de la 5e classe*, o que implica

[6] Para uma panorâmica geral do tratamento da matéria neste Estado, cf. CARINE COPAIN, «Street art et le droit français: entre réprobation et

bienveillance, in: *Les Cahiers de Droit*, 58, 1-2(2017), pp. 279-309, em esp., pp. 291-297.

que o dano seja ligeiro), em casos menos graves, a grafitação pode ser punida com multa até 1500 € ou 3000 € em casos de reincidência (artigo 131-13), prevendo-se ainda, acessoriamente, a suspensão, no máximo até 3 anos, da autorização para conduzir veículos com motor – a qual pode excepcionar aquela que seja essencial ao exercício da actividade profissional, o que não encontra qualquer paralelo com o que se passa em Portugal –, a perda da «coisa que serviu ou estava destinada a servir para a comissão da infracção ou a coisa que foi produzida pela própria infracção ou o trabalho a favor da comunidade com duração entre 20 e 120 horas». Quem facilitar, por qualquer tipo de ajuda, a preparação ou a consumação desta contravenção é punido com as mesmas sanções previstas para o autor. Existe ainda responsabilidade das pessoas colectivas, aplicando-se, para além da multa, a perda dos instrumentos ou produtos.

Na Alemanha, a grafitação é sancionada como crime de dano, aplicável a todos quantos forem imputáveis penalmente, o que neste Estado acontece a partir dos 21 anos (inclusive)<sup>[7]</sup>, ao invés dos nossos 16 (artigo 19.º). Tal como em Portugal, existe a distinção entre o dano simples (§ 303 do *StGB – Strafgesetzbuch*: Código Penal germânico<sup>[8]</sup>), punível com multa ou prisão até 1 ano, sendo a tentativa punível e tratando-se, em regra, de um delito semi-público (§ 303c do *StGB*<sup>[9]</sup>), e o qualificado (§ 304 do mesmo Código<sup>[10]</sup>), punível com multa ou prisão até 3 anos, sendo igualmente sancionável a

[7] Note-se que, nos termos do § 19 do *StGB*, a imputabilidade em razão da idade começa nos 14 anos e não nos nossos 16. Contudo, entre os 14 e os 21 anos, o ordenamento jurídico alemão aplica aquilo que aqui designaríamos por medidas tutelares educativas (*JGG: Jugendgerichtsgesetz*, literalmente “Lei da Justiça Juvenil”) ou o regime especial de jovens adultos vertido no nosso Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro.

[8] «(1) Wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert.

(3) Der Versuch ist strafbar.»

[9] «In den Fällen der §§ 303, 303a Abs. 1 und 2 sowie § 303b Abs. 1 bis 3

wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.»

[10] «(1) Wer rechtswidrig Gegenstände der Verehrung einer im Staat bestehenden Religionsgesellschaft oder Sachen, die dem Gottesdienst gewidmet sind, oder Grabmäler, öffentliche

tentativa e tratando-se, agora, quanto ao princípio da oficialidade, de um delito público. É ainda de configurar a hipótese de os grafitos caírem sob o âmbito de tutela típica do § 305 do *StGB*<sup>[11]</sup>, que pune a destruição, total ou parcial, de «edifícios, navios, pontes, ruas e estradas, linhas de caminho de ferro ou estações ou edifícios de outrem», sancionando tais acções com prisão até 5 anos ou com multa, punindo-se a tentativa. Este último é já um crime público. Repare-se que o que está em causa é a destruição de uma coisa móvel ou imóvel alheia, sem consentimento do titular do direito, ou a sua desfiguração ou alteração, que se exige seja «substancial e permanente», o que é um preenchimento do tipo objectivo mais exigente que o nosso (o artigo 212.º, n.º 1, alude apenas a «desfigurar ou tornar não utilizável»), o que implicará que o número de grafitos que caibam no âmbito de tutela criminal típica seja – ao menos em abstracto – maior no nosso ordenamento jurídico que no alemão. No que tange à forma qualificada, o § 304 do *StGB* protege as coisas objecto de «veneração por uma comunidade religiosa na Alemanha ou a propriedade dedicada ao culto religioso, lápides tumulares, monumentos públicos, monumentos naturais ou objectos de arte, ciência ou artesanato que se encontrem em colecções públicas ou acessíveis ao público, ou objectos que sirvam um interesse público ou acrescentem algo ao ambiente de estradas e caminhos públicos, praças ou parques». Do mesmo modo – o que será em abstracto mais aplicável aos grafitos – se pune a alteração da aparência de um objecto referido na oração anterior.

Denkmäler, Naturdenkmäler, Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, beschädigt oder zerstört, wird

mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt das Erscheinungsbild einer in Absatz 1 bezeichneten Sache oder eines dort bezeichneten Gegenstandes nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert.

(3) Der Versuch ist strafbar.»

[11] «(1) Wer rechtswidrig ein Gebäude, ein Schiff, eine Brücke, einen Damm, eine gebaute Straße, eine Eisenbahn oder ein anderes Bauwerk, welche fremdes Eigentum sind, ganz oder teilweise zerstört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.»

Em Itália, a realização de grafitos sem consentimento do proprietário em cujo espaço ou superfície tal sucede configura um crime de *deturpamento e imbrattamento di cose altrui recita* (artigo 639 do *codice penale*<sup>[12]</sup>), sistematicamente inserido nos crimes contra o património, o que é uma especialização do dano simples, previsto no artigo 635 do mesmo Código, em que se pune a alteração, sobretudo por via da conspurcação (*imbrattamento*) da coisa, assim revelando a particularidade de, logo ao nível do tipo objetivo, por via de uma das modalidades de actuação, existir já uma adscrição legislativa a uma dada concepção valorativa, qual seja a de que a intervenção do agente não melhora o local ou superfície sobre a qual actua, mas prejudica-a. Este é um ponto em que a norma italiana se afasta da nossa, visto que o crime de dano do Código Penal português (artigo 212.º) em momento algum – e bem – toma qualquer posição (naturalmente sempre subjectiva) sobre a qualidade da intervenção. Queira-se ou não, a utilização do vocábulo *imbrattamento* inculca uma conotação negativa, que não cabe ao legislador fazer, tanto mais quanto o desvalor da acção e do resultado já estão formulados na simples existência do tipo legal de delito e na subsunção destas hipóteses fácticas à respectiva aplicação. Veja-se, por outro lado, que a forma agravada do § 2.º, 1.ª parte, do artigo 639 do *codice penale* abrange todo e qualquer imóvel – para além de meios de transporte públicos ou privados, superfícies que, como é sabido, são muito utilizadas pelos *graffiters* e que são aquelas que importam maiores custos anuais na respectiva limpeza e remoção – e não somente os que sejam

[12] «Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'articolo 635, deturpa o imbratta cose mobili altrui è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a euro 103. Se il fatto è commesso su beni immobili o su mezzi di trasporto pubblici o pri-

vati, si applica la pena della reclusione da uno a sei mesi o della multa da 300 a 1.000 euro. Se il fatto è commesso su cose di interesse storico o artistico, si applica la pena della reclusione da tre mesi a un anno e della multa da 1.000 a 3.000 euro.

Nei casi di recidiva per le ipotesi di cui al secondo comma si applica la pena della reclusione da tre mesi a due anni e della multa fino a 10.000 euro. Nei casi previsti dal secondo comma si procede d'ufficio.»

monumentos, tenham uma relevante importância histórica, artística, arquitectónica, cultural ou outra, ou ainda aqueles que, pela sua natureza, finalidade ou vinculação a uma certa actividade, merecem uma protecção mais severa, desde logo do prisma da ilicitude. Quanto a estes últimos existe uma espécie de “dupla agravação” (2.<sup>a</sup> parte do § 2.º do inciso em causa) e aí sem distinção entre coisas móveis e imóveis. Existe ainda a previsão da agravação da moldura penal abstracta por via da circunstância modificativa da reincidência (§ 3.º), o que dista do nosso modo de tratamento desta figura, uma vez que não a prevemos a propósito de singulares tipos legais, mas sim em normas da Parte Geral do Código Penal (artigos 75.º e 76.º), virtualmente aplicáveis a todo e qualquer delito. Por fim, sublinhe-se que o crime é semi-público na modalidade simples do § 1.º do artigo 639 do *codice penale* e público na forma agravada (§ 2.º) – que pode também abranger hipóteses de reincidência em que agora se esteja a julgar um comportamento que pertença ao âmbito de aplicação do dito § 2.º –, o que depõe também a favor da importância que é atribuída ao bem protegido nesta específica hipótese.

Em termos de penas acessórias, o artigo 639, 2, do *codice penale*<sup>[13]</sup> prevê a possibilidade de o juiz impor ao agente a obrigação de *restitutio in integrum* ou por mero equivalente ou ainda, obtido o consentimento do condenado, este prestar trabalho comunitário durante um certo lapso temporal que não pode ser superior ao da suspensão executiva da pena (o que importa que esta última sanção acessória somente logre aplicação nas hipóteses em que o juiz elabora prognóstico favorável a determinar uma sanção substitutiva). Note-se que, ao invés do que sucede no nosso ordenamento

[13] «Con la sentenza di condanna per i reati di cui al secondo e terzo comma il giudice, ai fini di cui all'articolo 165, primo comma, può disporre l'obbligo di ripristino e di ripulitura dei luoghi

ovvero, qualora ciò non sia possibile, l'obbligo a sostenerne le relative spese o a rimborsare quelle a tal fine sostenute, ovvero, se il condannato non si oppone, la prestazione di attività non retribuita

a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate nella sentenza di condanna.»

jurídico, esta pena de prestação de trabalho é sempre de substituição e nunca acessória, sendo ainda discutido se, no âmbito de uma suspensão executiva, ela pode ou não ser imposta (naturalmente que com o consentimento do condenado). Já em outro lugar nos pronunciámos em sentido favorável<sup>[14]</sup>, pelas razões aí expostas, para onde remetemos o leitor.

Na Suíça, grafitar é igualmente um delito p. e p. pelo artigo 144 do Código Penal daquele Estado (*danos à propriedade*)<sup>[15]</sup>, enquadrando-se, como em Itália, nos crimes contra o património, ao passo que, entre nós, o artigo 212.º é um delito contra a propriedade, o que, na economia da nossa codificação, seria a única hipótese admissível. Estamos perante um crime semi-público, excepto se o dano for praticado «por ocasião de uma reunião em público», hipótese em que se torna público, certamente por via de um acréscimo de necessidades preventivas-gerais, punível, em ambos os casos, com prisão até 3 anos ou com pena de multa. Se o dano for “considerável”, o que é um conceito aberto ao preenchimento judicativo, para além de comungar da natureza pública, tendo em consideração o princípio da oficialidade, estamos em face de uma modalidade agravada de dano, punível com prisão de 1 a 5 anos.

Passando para a Escandinávia, mais propriamente para a Noruega, o crime é de vandalismo (artigo 351 do Código Penal), sendo mais adequado aos grafitos a modalidade típica do seu § 2.º, ou seja, «quem, sem autorização, modificar, adicionar, destruir, apagar ou tornar não visíveis dados [informações] pertencentes a terceiro», sendo a

[14] Cf. o nosso “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto da revisão de 2007 do Código Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade et al. (orgs.), II vol., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 583-629.

[15] «1. Celui qui aura endommagé, détruit ou mis hors d'usage une chose appartenant à autrui ou frappée d'un droit d'usage ou d'usufruit au bénéfice d'autrui sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.  
2. Si l'auteur a commis le dommage à

la propriété à l'occasion d'un attroupe-ment formé en public, la poursuite aura lieu d'office.

3. Si l'auteur a causé un dommage considérable, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de un à cinq ans. La poursuite aura lieu d'office.»

pena de prisão até um ano ou sanção pecuniária. Existe ainda o “vandalismo agravado” (artigo 352)<sup>[16]</sup>, em que a prisão pode chegar aos 6 anos, embora se mantenha a multa alternativa, sendo que essa agravação tem por base uma série de aspectos que, assim, funcionam como verdadeiros critérios hermenêuticos que o legislador fornece ao juiz, a saber: *i*) natureza e objecto de acção do delito, dando a lei o exemplo de objectos de utilização ou decoração comunitária, ou de valor histórico, nacional ou religioso; *b*) extensão do dano; *c*) se foi cometido várias vezes, em co-autoria ou se assumiam um carácter sistemático ou organizado. No § 2.º do mesmo inciso, particulariza-se os casos em que o objecto de acção dos grafitos tem significativo valor histórico, nacional ou religioso, ou envolve uma destruição muito considerável da propriedade. A negligência grosseira (§ 4.º), nas hipóteses típicas do artigo 352, § 1.º, é punida com multa ou prisão até 1 ano, sendo que se o objecto de acção for algum dos previstos no § 2.º, a sanção é de prisão até 3 anos ou multa. O vandalismo especialmente agravado, por fim, admite prisão até 15 anos. Pode também suceder que boa parte dos grafitos na Noruega caíam sob a alçada do “vandalismo de menor gravidade” (artigo 353 do Código Penal)<sup>[17]</sup>, e assim sejam apenas sancionados

[16] Na tradução em inglês do original norueguês, por uma questão de comodidade para os leitores:

«§ 1. Aggravated vandalism is punishable by a fine or imprisonment for a term not exceeding six years. In determining whether the vandalism is aggravated, particular weight shall be given to

a) the nature and target of the vandalism, for example whether it targeted objects for common use or decoration, or of historical, national or religious value,

b) whether the damage is extensive,

d) whether it was committed on multiple occasions, by multiple persons acting together, or had a systematic or organised character.

§ 2. Vandalism involving the destruction of an object of significant historical, national or religious value, or which involves very extensive destruction of property, is considered especially aggravated vandalism. § 3. The same applies to vandalism which leads to such destruction, loss of life or considerable harm to someone's body or health, or an obvious risk of such consequences. Especially aggravated vandalism is punishable by imprisonment for a term not exceeding 15 years.

§ 4. Vandalism as specified in the first paragraph and which was perpetrated by gross negligence is punishable by a fine or imprisonment for a term not

exceeding one year. Grossly negligent vandalism as specified in the second paragraph is punishable by a fine or imprisonment for a term not exceeding three years.»

[17] «Minor vandalism is punishable by a fine. In determining whether the vandalism is minor, particular weight shall be given to its nature and target, the extent of the damage, and the consequences it had or the offender ought to have realized it could have.

The penalty for minor vandalism also applies to any person who soils an object which belongs to someone else.»



com uma pena de multa, de novo tendo-se em conta a natureza e o objecto em que os mesmos são realizados, a extensão do dano e as consequências derivadas do comportamento ou com as quais o agente deveria contar. O simples acto não consentido de sujar um objecto de outrem é igualmente abrangido pelo artigo 353.

Na Suécia, o tratamento penal dos grafitos faz-se também por via do crime de dano simples (cap. 12, § 1.º, do Código Penal), punível com prisão até 2 anos; o § 2.º, atendendo a aspectos muito similares aos da normaçoão norueguesa, admite o dano de menor gravidade, que sanciona com multa ou privação de liberdade até 6 meses; o § 3.º trata das hipóteses contrárias, em que o dano é tido por “considerável”, a que corresponde uma pena de prisão entre 6 meses e 6 anos, dando-se ênfase aos casos em que o objecto de acção é uma coisa de grande importância cultural ou económica; o § 6.º admite a punição de danos de menor gravidade apenas se somente estiver em causa o direito de uma pessoa e as condições para a existência de um processo-crime exijam que haja um «interesse público baseado em razões especiais».

Ainda no Velho Continente, no Reino Unido, a legislação convocada para a temática que vimos abordando consiste no *Antisocial Behaviour Act 2003*<sup>[18]</sup>, aplicável a agentes de idade igual ou superior a 16 anos, o *Crime and Disorder Act 1998*<sup>[19]</sup> e o subsequente *Anti-social Behaviour Act 2003*<sup>[20]</sup>, em que o principal enfoque, de início, era a prevenção. Deste modo, em *R c. Charan Verdi*, o arguido, que assumiu ter grafitado nove vezes comboios londrinos, foi condenado em prisão de 2 anos e colocado em regime próximo da *probation* durante 10 anos. Em *R c. Michael Holmes*, o facto de o agente se ter limitado a fotografar um amigo a grafitar, fez com que ficasse sujeito a um regime de acompanhamento pelo período de 3 anos.

[18] Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/38/notes/division/2>.

[19] Consultável em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/>

[20] Cf. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/38/notes/division/2>.

O *Anti-social Behaviour Act* foi depois modificado pelo *Clean Neighbourhoods and Environments Act 2005*<sup>[21]</sup>, o qual confiou às autoridades locais a aplicação de uma (entre nós) coima (em geral no valor de 75 £) a quem fosse detectado em flagrante delito a grafitar, embora se não preveja sancionamento para quem seja encontrado na posse de instrumentos que, usualmente, se destinam a tal finalidade (ao invés do que sucede em alguns Estados da Austrália, como veremos *infra*). Existe agravação se o acto for praticado em superfícies como antigos monumentos ou estátuas e, de acordo com o *Criminal Damage Act 1971*<sup>[22]</sup>, o agente pode ser punido com multa até 5000 £ se o dano causado for inferior a esse valor; se superior, pode o processo ser remetido para o *Crown Court*. Em alternativa, sempre existe o trabalho comunitário. Inexistem, no Reino Unido, poderes conferidos às polícias para buscas e revistas em hipóteses como estas<sup>[23]</sup>.

Mudando de continente, na Austrália, a forma de combater os grafitos e similares é distinta daquele que impera na Europa, porquanto, não deixando de constituir um crime<sup>[24]</sup>, são criados locais em que os *graffiters* podem, licitamente e sem qualquer tipo de exigência de autorização prévia, realizar a sua arte, havendo informação disponível para os interessados onde esses locais se encontram, sendo certo que a tendência é que os mesmos vão aumentando à medida que vai havendo uma consciencialização comunitária e dos poderes públicos de que estamos em face de uma forma de arte que em muito pode contribuir para a qualidade do espaço que pode ser fruído por todos. A prática tem demonstrado tratar-se de um método eficaz para desviar os agentes de eventuais crimes da sua comissão<sup>[25]</sup>, embora,

[21] Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/16/contents>.

[22] Acessível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/48/contents>.

[23] ALISON YOUNG, "Criminal images: the affective judgment of graffiti and street art", in *Crime Media Culture*, 8, 3, 2012, p. 304.

[24] No Estado de Vitória, a principal legislação a aplicar em sede criminal é

o *Crimes Act 1958* ([http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol\\_act/ca195882/](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/ca195882/)) e o *Summary Offences Act 1966* ([http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol\\_act/soa1966189/](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/soa1966189/)).

[25] ALISON YOUNG, "Criminal images..."

como é óbvio, a sua realização ilícita nunca será totalmente eliminada, não apenas devido às características intrínsecas do crime, mas também visto que a arte em geral e, aqui, a *street art*, em particular, apresentam uma forte componente subversiva e de anti-normatividade. Dito de outra forma, muito destes agentes (que outros vêem como artistas) não querem empreender qualquer forma de intervenção artística em espaços lícitos, pelo *statement* que a ilicitude representa.

No entanto, atenta a forma de organização deste Estado, alguns existem que são particularmente severos quanto aos grafitos. Assim, em Vitória, foi aprovado o *Graffiti Prevention Act 2007*<sup>[26]</sup>, o qual será objecto de uma atenção particular da nossa parte, atentas as especificidades que encerra. Este instrumento legislativo visa, assumidamente, reduzir os custos financeiros e sociais desta forma de expressão artística, funcionar como instrumento de forte prevenção geral e promover a efectiva punição dos seus agentes e, conseqüentemente, reduzir a incidência dos grafitos no Estado de Vitória<sup>[27]</sup>. Para tal, criou-se um conjunto de *graffiti-related offences*, alargaram-se os poderes de busca, revista e apreensão da polícia e atribuiu-se a faculdade ao correspondente aos nossos municípios para entrarem em propriedade privada com o objectivo de removerem os grafitos. O escopo deste *Act* de 2007 deve ser conciliado com o *Summary Offences Act 1966*, em especial no que concerne à definição de “espaço público” abrangido pelo sancionamento e que se retira deste último diploma. O de 2007 alarga-o ainda para os

[26] Disponível em [http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol\\_act/gp2007217/](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/gp2007217/).

[27] Como salienta ALISON YOUNG, “Criminal images...”, aquando da aprovação do *Act*, o sítio do Victorian Department of Justice justificava-o

como forma de responder às «preocupações comunitárias com os grafitos», os quais provocavam danos estimados, a preços de 2003, em AUD 300 milhões, para além de aumentarem também o prémio dos seguros, os custos para os municípios e serem um prejuízo ambiental. De acordo com

um estudo conduzido pelo Australian Bureau of Statistics, a percepção da comunidade de Vitória quanto aos grafitos era o terceiro maior problema nas relações de vizinhança, depois da condução perigosa e dos assaltos.

«lugares públicos adjacentes», i. é, aqueles que «estejam perto de e sejam visíveis a partir de comboios operados como propriedade de uma empresa de transportes, estações de comboio ou de autocarro relativamente a qualquer parte dos vagões ou autocarros em que sejam operados».

De entre os crimes aí prescritos, o inicial (*section 5*) é, naturalmente, o da própria realização de grafitos, os quais «têm de ser visíveis a partir de um local público», o que parece inculcar a ideia de que não é apenas a propriedade o bem jurídico protegido, mas também a qualidade do espaço público, no sentido da qualidade de vida, não deixando de ser curioso que não configure um delito um grafito que, dado o local onde foi realizado, mais escondido, não possa, de alguma forma, afectar a estética de uma cidade, vila ou aldeia. Há aqui uma certa margem de tratamento diferenciado que, pelo menos entre nós, não teria justificação do prisma do interesse juridicamente protegido e que podia mesmo contender com o princípio da igualdade, visto que, para o proprietário, a eventual lesão sofrida pela coisa de que é proprietário em nada tem que ver com a capacidade dessa forma de *street art* poder ou não ser vista por uma multiplicidade de pessoas. Por outras palavras, e usando terminologia da nossa dogmática – bastante díspar da anglo-saxónica de que faz parte o ordenamento jurídico australiano –, constrói-se um tipo legal de crime pluriofensivo e que, exactamente por sê-lo, deixa – ou pode deixar – de fora do âmbito de tutela típica um conjunto de comportamentos que, na materialidade das coisas, são iguais, mas que, por não contenderem com uma vertente mais supra-individual (a qualidade de vida ou do espaço público), pelo menos ao nível deste tipo legal, não merecem, sem explicação que nos convença, censura jurídico-penal. Nem se diga que a *ratio legis* é a de permitir que, num espaço privado e não confinante ou visível com o espaço público, o respectivo titular do direito de propriedade possa grafitar ou semelhante, pois

aí nunca haverá qualquer crime de dano, por se tratar de uma coisa do próprio e que, por definição, está na sua livre disposição, inclusive destruir totalmente.

No mesmo sentido vai a *section 6*, mas agora dirigindo-se a grafitos que possam «ofender uma pessoa razoável», excepto se se tratar de «comentário político razoável», numa clara mescla entre a tutela da propriedade e da honra ou eventualmente da liberdade sexual, no que entre nós não teria, neste último caso, qualquer protecção criminal, dado que o artigo 170.º do Código Penal, por não estarmos perante «actos de carácter exibicionista». Assim, existe aqui uma mundividência diferente da prevalecente na grande maioria dos países europeus, apelando-se, na Austrália, a uma certa ideia de decência, moralidade pública ou bons costumes, de que não encontramos rasto nas nossas legislações. Por outro lado, o critério do chamado “ser humano médio” é aqui posto em prática, por via da concepção de “razoabilidade”, o que, sendo um conceito indeterminado, coloca os mesmos problemas de preenchimento casuístico que também enfrentamos no *civil law*. É o velho problema do *ius aequum*, tão indesejável – por restringir a certeza e segurança jurídicas – quanto indispensável. A *section 7* contende com o que, entre nós, seria um crime de perigo abstracto, por punir a mera posse de instrumentos que possam ser usados para grafitar e que se encontrem em lugares onde, com maior probabilidade, seja mais normal a sua utilização: propriedade de empresas de transportes, locais públicos adjacentes ou aqueles em que o agente entrou sem autorização. Admite-se, como causa de atipicidade, que a dita posse exista mediante uma *lawful excuse*, definida como o uso de tais instrumentos que, de algum modo, se relacionem com o emprego, ocupação, negócios ou profissão do agente. A posse de um destes instrumento (*section 8*) «com a intenção de violar as *sections 5 e 6*» configura também um crime, embora de prova muito difícil, por se punir uma “intenção” que, no mundo do Direito Penal, não é objecto de qualquer punição enquanto se não materializar em actos concretos

do mundo físico, seja na forma excepcional de actos preparatórios ou de actos de execução (respectivamente, artigos 21.º e 22.º do Código Penal), sendo suficiente invocar o secular brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*. No seguimento desta protecção de largo espectro, a mera publicidade a instrumentos que possam ser usados para grafitar é sancionada pelas *sections* 8 e 9 do *Act* que vimos referindo, «se a publicidade for apta a incitar ou promover grafitos ilegais e o agente pretender que essa publicidade» atinja esse desiderato. É claramente a criminalização de um acto preparatório que, entre nós, careceria de todo de sentido, como em geral sucede com a punição dos actos preparatórios (artigo 21.º do Código Penal), pela circunstância de se confundir muito facilmente com actos da vida corrente lícitos e por estarmos ainda muito longe da consumação delituosa. Acresce, no caso, a enorme dificuldade – para não dizer impossibilidade prática – de provar o elemento subjectivo do tipo-de-ilícito. A venda a menor de 18 anos de um aerosol com tinta é também criminalizada, excepto se este estiver munido de uma declaração de um maior em que ateste que o menor dele necessita no seu trabalho, sendo que também se exige que o primeiro «tome as precauções razoáveis a evitar» o incumprimento da norma, o que é um verdadeiro crime por omissão pura, de novo usando um conceito indeterminado que em nada depõe a favor da certeza e segurança jurídicas que se exigem em todo o Direito e, particularmente, no Penal. A *section* 11 atribui competência às forças policiais para levantarem auto de notícia a pessoas em relação às quais «tenham razões para acreditar» que grafitaram naquele local ou na vizinhança, o que, entre nós, seria uma norma inconstitucional por violar o princípio da determinabilidade ou taxatividade criminal<sup>[28]</sup>. A *section* 11 trata dos meios de obtenção da

[28] Entre tantos, para este conceito que é um precipitado do de legalidade criminal, v. o nosso, *As «posições de garantia» na omissão impura*. Em

*especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, passim.

prova das revistas e buscas, as quais podem ocorrer, com mandado, em lugares onde «a polícia considere, tendo em conta fundamentos razoáveis, que existe uma coisa particular que possa servir de prova à comissão de algum dos crimes previstos neste *Act*». Ainda que sem mandado, há um conjunto de factuais prescritas na *section 12* em que estes meios de obtenção da prova são admissíveis, desde logo, *inter alia*, se o suspeito for menor de 14 anos. A apreensão pelos órgãos policiais de instrumentos usados para grafitar encontra guarida na *section 17A*.

Por fim, de modo coerente com a perspectiva de que os grafitos em propriedade privada só merecem tutela penal se e na medida em que puderem ser vistos de um lugar público, a *section 18* do *Graffiti Prevention Act 2007* autoriza o correspondente às nossas autoridades municipais a entrarem em propriedade privada e eliminarem esta manifestação de *street art*, usando-se mesmo o termo *obliterate*, desde que os proprietários sejam notificados da intenção de remover e nisso consistam. Em termos das concretas sanções aplicáveis, existem multas e períodos de prisão de até 7 anos, sendo que as primeiras são tramitadas e aplicadas pela polícia, como forma de retirar estes casos dos tribunais.

Passando a outros Estados da Austrália, verifica-se que esta estratégia de Vitória não é única. Destarte, em Nova Gales do Sul, existe legislação que remete as infracções relacionadas com os grafitos para os tribunais, mesmo em relação a jovens, sendo aplicável o trabalho a favor da comunidade, a inibição de conduzir veículos com motor e multas. No caso de reincidência, existe notícia da aplicação de pena privativa da liberdade [cf. o *Graffiti Control Act 2008*<sup>[29]</sup> e o *Graffiti Control (Amendment) Act 2009*<sup>[30]</sup>].

[29] Acessível em <https://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-2008-100>.

[30] Disponível em <https://legislation.nsw.gov.au/view/html/repealed/current/act-2009-094/lh>.

Algo de similar acontece na Austrália Ocidental, em que o *Criminal Code Amendment (Graffiti) Act 2009*<sup>[31]</sup>, para além de neocriminalizações, aumenta as sanções em geral para «actos de vandalismo por meio de grafitos» (puníveis com prisão até 2 anos ou multas até AUD 24 000), sendo que quem for encontrado na posse de um instrumento para grafitar arrisca uma multa até AUD 6000, o mesmo se aplicando para objectos que, de algum modo, estejam “disfarçados”. Em todos estes Estados australianos criminalizou-se a venda de *sprays* ou aerossóis a, em regra, menores de 18 anos.

Finalmente, terminemos a nossa visita a vários ordenamentos jurídicos na cidade de Bogotá, capital da Colômbia, por forma a analisar uma experiência legislativa resultante do *Decreto 75*, do correspondente ao nosso presidente daquela câmara municipal que, de modo inovador, procurou ultrapassar o binário maniqueísta lícito/ilícito nesta matéria, apelando para um uso “responsável e artístico” dos grafitos e, em geral, da *street art*, também para apoiar mensagens ideológicas de propaganda que lhe fossem favoráveis, como vem sendo hábito em diversas cidades latino-americanas<sup>[32]</sup>.

Assim, o Decreto 75/2013, de 22 de Fevereiro<sup>[33]</sup>, durante o tempo em que vigorou, proibia (artigo 3.º) a realização de grafitos em certas «superfícies naturais ou construídas dos elementos constitutivos ou complementares do espaço público da cidade», de entre eles tudo quanto constituísse o sistema viário, equipamentos, mobiliário ou sinalização do sistema de transportes, a sinalização de trânsito, semáforo ou sinalética institucional, quiosques de venda ambulante, bebedouros e telefones públicos, equipamentos destinados à prestação de cuidados de saúde, educação e

[31] Vide [https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/law\\_a146724.html](https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/law_a146724.html).

[32] Para uma análise, cf. GABRIEL ORTIZ VAN MEERBEKE / BJØRN SLETTØ, “Graffiti takes its own space”, in *City*, 23, 3, 2019, pp. 366-387.

[33] Disponível em [https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/sites/default/files/decreto\\_075\\_de\\_2013\\_o.pdf](https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/sites/default/files/decreto_075_de_2013_o.pdf).



bem-estar social, cemitérios, parques desportivos, infantis ou de jogos, bem como os elementos «da estrutura ecológica principal da cidade», como as árvores, bens de interesse cultural como esculturas e monumentos e bens imóveis de entidades públicas em que se prestem serviços destinados à comunidade. De modo temporário, mesmo nestes lugares à partida vedados, admitia-se (artigo 5.º) a autorização para grafitar, «sempre e quando se trate de um imóvel ou superfície específica» e esteja ligada ao desenvolvimento de uma «estratégia pedagógica ou de fomento». Nos imóveis privados «que integrem o espaço público», o artigo 8.º do Decreto permitia os grafitos, obtido o acordo prévio e escrito do proprietário. De entre as sanções (artigo 12.º), importa salientar a obrigação de frequentar «programas pedagógicos de convívio cidadão», «expulsão de lugar público ou aberto ao público», trabalho comunitário, restituição do espaço público ao *statu quo ante* no prazo máximo de 72 horas e, se este não fosse cumprido, multa de até metade do salário mínimo nacional, sendo que mesmo a liquidação da sanção pecuniária não obstava a que o agente tivesse de, mais tarde, operar essa reparação.

#### IV. O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL ESTRANGEIRO E DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH)

##### 1. ALGUMA JURISPRUDÊNCIA DE TRIBUNAIS ESTRANGEIROS

O primeiro dado a assinalar é o de que, ao menos na pesquisa que empreendemos, são poucos os espécimes jurisprudenciais sobre a matéria dos grafitos e da *street art* em geral, o que está ligado a vários factores a que aludimos, em síntese, na introdução. Donde, na Alemanha, o tratamento jurisprudencial dos grafitos, em especial na colisão entre o bem jurídico-penal propriedade e a liberdade

de expressão e manifestação artísticas, não tem sido muito extenso. Todavia, o *BVerfG* (*Bundesverfassungsgericht*: Tribunal Constitucional Federal germânico), em Agosto de 2020<sup>[34]</sup>, acabou por não admitir o recurso em que se discutia da conformidade à *GG* (*Grundgesetz*: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha) da punição de uma organização de extrema-direita por ter realizado 62 grafitos em paredes de quatro escolas, tendo o tribunal recordado que mais importante que o dano em si mesmo considerado à propriedade é a mensagem que os grafitos encerravam, não sendo admissível que os estudantes apenas tenham contacto com uma visão ideológica e do espectro político. Um processo com factualidade quase decalcada encontra-se em outro aresto do *BVerfG*, de Maio de 2016<sup>[35]</sup>, também em relação a uma organização neo-nazi (*Kameradschaft Autonome Nationalisten Gö*) que usava grafitos, *posters*, autocolantes e cartazes. Um outro<sup>[36]</sup>, já no domínio do Direito Civil, contendia com a circunstância de um *graffiter* (K.) ter visto a sua obra oferecida, em 2002, ao então Secretário-Geral da ONU, KOFI ANNAN, sendo que esta forma de *street art* foi realizada em 1995 num muro de Berlim propriedade desse *Land*, mais precisamente na Leipziger Platz. Porém, é já matéria que extravasa o objecto do nosso estudo, contendo com a complexa questão de saber se os direitos de autor e conexos também abrangem as obras de arte que tenham sido realizadas em superfícies ou espaços de modo ilegal.

Na Itália, *Manu Invisible*, em 1.ª instância, viu o acto de grafitar (em 2011) de que vinha acusado ser julgado atípico, na medida em que o tribunal entendeu que a parede em causa estava já suja e com outros grafitos, pelo que o agente *actuara com o intuito de*

[34] 3 StR 40/20, de 20 de Agosto de 2020 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bc781c3751f6ffc5253af9f709e9bca5&nr=110342&pos=1&anz=10>).

[35] 3 StR 86/16, de 31 de Maio de 2016 (<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=31.05.2016&Aktenzeichen=3%20StR%2086%2F16>).

[36] I ZR 42/04, de 24 de Maio de 2007 (<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.05.2007&Aktenzeichen=I%20ZR%2042%2F04>).

efectuar uma intervenção reparadora, realizando uma obra de objectivo valor artístico (realizzando un'opera di oggettivo valore artistico), tendo esses dotes artísticos sido reconhecidos pela *Comune di Milano*. Não se verificava, por isso, qualquer *imbrattamento del mure, bensì l'esecuzione di un'iniziativa di valore artistico*. Em sede de recurso para a *Corte d'appello di Milano*, o arguido foi também absolvido do crime p. e p. pelo artigo 131-bis do *codice penale*<sup>[37]</sup>. No entanto, na 2.ª instância o fundamento jurídico foi diverso: embora a conduta do arguido fosse, em abstracto, enquadrável no crime de dano, *in concreto*, tal não se verificou em virtude da *particolare tenuità* das consequências do facto ilícito, tendo em conta as condições em que o muro já se encontrava. Por fim, em 2016, houve ainda recurso para a *Corte Suprema di Cassazione* que, no entanto, dele não conheceu por estarem em causa questões de facto e este tribunal supremo é um órgão jurisdicional de revista<sup>[38]</sup>. Sorte diferente teve a artista ALICE PASQUINI, a qual foi condenada a uma pena de multa de 800 €<sup>[39]</sup>, em circunstâncias em tudo similares ao caso anterior, o que demonstra uma falta de certeza jurídica neste domínio.

[37] Em nossa tradução livre, este inciso, no seu § 1, diz o seguinte: «[n]os crimes para os quais se encontra prevista pena de prisão não superior ao máximo de 5 anos ou pena de multa alternativa ou conjunta, a punibilidade é excluída quando, em virtude da modalidade da conduta e da exiguidade do dano ou do perigo, aferido nos termos do artigo 131bis, § 1, a ofensa é particularmente insignificante (*Ioffesa è di particolare tenuità*) e o comportamento do agente não é habitual.». É ainda importante notar que o legislador considera expressamente que aqui não há violação do princípio da proibição da dupla valoração (previsto, entre nós, no artigo

71.º, n.º 1, do Código Penal), dado que, no último parágrafo deste artigo 131-bis do *codice penale*, se pode ler: «[o] previsto no primeiro parágrafo aplica-se ainda que a lei preveja a particular insignificância do dano ou do perigo como circunstância agravante». A *ratio legis* é, pois, no sentido de considerar que a atenuação prevista em outra norma penal não contende com a justificação dogmática e político-criminal em que se baseia o dito artigo 133bis da codificação italiana. Porquanto toda esta questão se centra, em termos da teoria do facto punível, no elemento de fechamento do conceito material de crime, veja-se, por todos e entre nós, FREDERICO DE

LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, II vols, Coimbra: Almedina, 2020.

[38] Informação recolhida em <https://amp.google.info.com/6028778/1/manu-invisible.html>, em <http://www.scuolabaskettsound.com/news/431490502150/alla-scoperta-di-manu-invisible> e em [https://www.ansa.it/sardegna/notizie/2016/04/06/cassazione-writer-sardo-prosciolto\\_a8f79c34-fbd9-403f-88e5-62314f08c5b5.html](https://www.ansa.it/sardegna/notizie/2016/04/06/cassazione-writer-sardo-prosciolto_a8f79c34-fbd9-403f-88e5-62314f08c5b5.html).

[39] <https://www.diregiovani.it/2016/02/20/20159-alice-pasquini-condannata-per-la-sua-arte.dg/>.

Na Austrália<sup>[40]</sup>, no caso *Cheyenne Back*, em Sydney, 2009, uma jovem de 18 anos de idade foi condenada, em 1.ª instância, pelo *Sydney Local Court*, a 3 meses de prisão por ter «destruído ou danificado propriedade dolosamente», ao escrever o seu *tag* na parede de um café de um parque. Em recurso para o *District Court*, foi o mesmo julgado parcialmente procedente, tendo a pena sido reduzida para uma sanção próxima da *probation*, durante o período de 12 meses, sem que a condenação fosse inscrita no registo criminal, tendo em conta o carácter de *ultima ratio* da pena privativa de liberdade e que a sentença sob escrutínio era inusual em uma arguida sem condenações anteriores, mesmo que «o caso seja indubitavelmente grave», valorando a favor de Back a sua idade e a inexistência de anteriores condenações.

## 2. ALGUMA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Guardião da CEDH, tal como sucede nos ordenamentos jurídicos nacionais, o Tribunal tem-se confrontado com alguns casos em que estão em colisão o direito à liberdade de expressão (artigo 10.º da CEDH) e o direito de propriedade (artigo 1.º do Protocolo Adicional à CEDH, de 20/3/1952). O n.º 2 do primeiro inciso admite algumas restrições, como é natural, dado que nenhum dos dois é um direito absoluto, de entre as quais, no tema que nos ocupa, são cogitáveis as seguintes: «[o] exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a [...] segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, [...] a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais

[40] ALISON YOUNG, "Criminal images...", p. 305.

[...]». De facto, os grafitos e outras formas de *street art* podem contender com a segurança pública, na medida em que incitem à prática de crimes ou de outros actos violentos, à discriminação, ao ódio de qualquer espécie, o que está igualmente ligado à protecção da ordem, no sentido de que a paz pública pode estar em causa se e na medida em que a realização destas manifestações artísticas provoquem tumultos, rixas, ofensas à integridade física, ameaças ou outros delitos deste jaez. Pode ainda haver a tentação de ligar estas duas restrições expressamente admitidas a uma ideia de “ordenação social”, ligada à teoria das *broken windows* e à prevenção situacional, no sentido de, quanto mais sujo e deteriorado se encontrar um dado local, maior é a probabilidade de aí se cometerem crimes, não apenas por via de eliminação de barreiras físicas, como a iluminação ou qualquer sistema de segurança, mas sobretudo pela percepção societal de que, estando o lugar em causa conspurcado, pouca ou nenhuma é a resistência ao comportamento anti-normativo. Não é este, contudo, o desiderato das excepções à liberdade de expressão a que vimos de nos referir. Conexionado com isto, é óbvio que a matéria sob escrutínio pode importar a criação de frases, expressões ou palavras de conteúdo injurioso e/ou difamatório, bem como a revelação de “informações confidenciais”. Logo, estas são as excepções admissíveis ao princípio geral consagrado no artigo 10.º, n.º 1, da CEDH.

Quanto ao direito de propriedade, o mesmo conhece somente como restrição a necessidade do seu uso em virtude de «utilidade pública», o que aqui se não vislumbra (n.º 1 do artigo 1.º do Protocolo), bem como a «regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral».

Ora, dependendo da organização económico-financeira, desde logo constitucional, de cada Estado, nada impede, em abstracto, que se entenda que, mesmo em relação a propriedade privada, se o colectivo entender que tal é essencial para fins do próprio Estado,

de entre os quais julgue estar a liberdade de manifestação artística, possam ser impostos limites ao direito de propriedade privada, suportando a realização de grafitos ou outros modos de *street art*. Entre nós e na grande generalidade – quase unanimidade – dos Estados, todavia, um entendimento como este seria materialmente inconstitucional, por ferir de forma inapelável o núcleo fundamental do artigo 62.º da CRP, inexistindo qualquer respeito pelo princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental). Assim, não se encontra, na verdade, razão suficiente para limitar a protecção à propriedade privada, tal como consignada na CEDH. Coisa diferente se diga quanto à propriedade pública, uma vez que essa pode ser objecto das restrições que os órgãos competentes do Estado entendam, por certo dentro dos limites normativos que esta forma de organização político-social se dá a si mesmo. Assim, é perfeitamente admissível que qualquer dos níveis da Administração Pública (directa, indirecta, autónoma, independente) permita a realização de grafitos ou de outras manifestações de *street art* em edifícios ou quaisquer superfícies na órbita da propriedade do Estado, a título temporário ou permanente. Dito de outra forma: não apenas em relação a espaços públicos é concebível a autorização expressa para grafitar, como a criação de espaços dedicados somente a esse fim, como a sua proibição absoluta. Trata-se, na verdade, mais de uma opção política pura e de política criminal saber até que ponto o Estado pretende mobilizar o seu braço armado que é o Penal para proteger o seu próprio direito de propriedade. Já quanto à propriedade privada, entendemos que do artigo 62.º da CRP deriva uma obrigação sancionatória para os poderes públicos. Contudo, tal não significa que tenha de o ser através de um ilícito penal, sendo plausível que se considere que a tutela de mera ordenação social é adequada e suficiente à protecção da propriedade privada. Ora, dito por outras palavras, abordamos a temática clássica de saber se existem ou não imposições de incriminação

derivadas do texto constitucional. Prevalece, entre nós, a resposta negativa. Não alinhamos por esse diapasão, dando uma resposta mitigada à pergunta. Julgamos que ninguém questiona que bens como a vida, a saúde, a integridade física, demandam sempre, de qualquer legislador infra-constitucional que se não fique por um sancionamento meramente civil ou contra-ordenacional, p. ex., dado que os bens jurídicos nunca seriam protegidos de forma adequada por esta via. E seria mesmo materialmente inconstitucional, por omissão, a inexistência, por absurdo, da punição criminal da vida ou da integridade física. Donde, entendemos que aqueles bens jurídico-penais que se retiram, de jeito precípua, da escala axiológico-valorativa da Lei Fundamental nunca podem deixar de ter cobertura pelo nosso ramo de Direito.

Feito este excursus, volvamos a nossa atenção para os específicos arestos do TEDH que para este fim relevam.

No caso *Yefimov e Youth Human Rights Group c. Federação Russa*<sup>[41]</sup>, a questão do tratamento jurídico (em geral) dos grafitos não é abordada directamente, mas o seu interesse é relevante, por forma a estudar os requisitos do artigo 10.º em conjugação com os do artigo 11.º, ambos da CEDH (liberdade de associação). Estava em causa a extinção de associações, pelo Estado, por meras razões políticas, que, na visão do TEDH, nem sequer estavam «previstas na lei», o que o dispensou de analisar se a dita extinção era «necessária numa sociedade democrática». A conclusão foi, pois, de violação do artigo 11.º em conjugação do artigo 10.º da CEDH, o que nos permite trazer uma linha quanto ao relevo que a liberdade de expressão vem ganhando, sempre de jeito crescente, na jurisprudência do Tribunal.

No aresto *Shvydra c. Ucrânia*<sup>[42]</sup>, a queixosa, numa cerimónia de deposição de uma coroa de flores junto a uma estátua de um

[41] De 7/12/2021, queixas n.ºs 12385/15 e 51619/15.

[42] Decisão de 30/10/2014, queixa n.º 17888/12.

conhecido poeta ucraniano, nas comemorações do Dia da Independência daquele país, retirou uma fita da coroa, assim visando demonstrar a sua opinião política, na medida em que o acto foi presidido por VÍKTOR YANUKÓVYTCH, à época Chefe de Estado da Ucrânia, que SHVYDRA considerava não o ser democraticamente – ela integrava um partido político da oposição (*Batkivshchyna*), cuja líder, TYMOSHENKO, se encontrava, à época, presa. Foi-lhe aplicada uma pena de 10 dias de detenção administrativa (num máximo legal de 15 dias), por actos de vandalismo de menor gravidade. Recorreu e a decisão foi mantida. Nos termos do artigo 173 do Código de Infracções Administrativas daquele país, sob a epígrafe de «holiganismo de menor gravidade», punem-se «comportamentos ofensivos, praguejar em público [...] ou outras acções similares que se traduzam em uma perturbação da paz ou da ordem públicas». A parte *in fine* da norma, segundo entendimento que se tem por consensual na doutrina e jurisprudência ucranianas, abrange actos como cantar, falar alto à noite, aparecer nu em público, pintar grafitos indecentes, destruir ou danificar propriedade alheia (se o dano não for significativo), mas também dar notícia da morte de um familiar, sabendo que tal não corresponde à verdade<sup>[43]</sup>. Como o TEDH recorda sempre a propósito do artigo 10.º da Convenção, «a liberdade de expressão [...] constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso e para o desenvolvimento de cada ser humano». Mais se sublinha que essa liberdade «é aplicável não apenas a “informação” ou “ideias” que são recebidas [pela comunidade] de modo favorável ou consideradas inofensivas ou com indiferença, mas também a aquelas que ofendem, chocam ou perturbam; aqui se incluem as exigências de pluralismo,

[43] Como se lê no acórdão, tudo o que se escreveu em texto é retirado do *Theoretical and Practical Commentary to the Code* (P. A. Kalyuzhnyi, A.

T. Komzjuk, O. O. Pogrebnyi et al. [R. A. Kalyuzhnyi, A. T. Komzjuk, O. O. Pogrebnyi et al.] Kiev, Всеукраїнська асоціація видавців Правова єдність

[All-Ukrainian Association of Publishers Legal Unity], 2008, pp. 404-405).



tolerância e abertura de espírito, sem as quais não existe uma “sociedade democrática”. Acresce que o artigo 10.º da CEDH protege não apenas a substância das ideias, como ainda a forma através da qual elas são transmitidas»<sup>[44]</sup> (§ 31). As exceções a esta liberdade devem ser «interpretadas com rigor, e a necessidade de quaisquer restrições deve ser estabelecida de forma convincente»<sup>[45]</sup> (§ 32), «estar prevista na lei”, visar algum dos objectivos indicados no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH e ser “necessária numa sociedade democrática”, ou seja, proporcional ao fim a que se destina» (§ 33). Em conclusão, o TEDH julgou tratar-se da manifestação de uma opinião política lícita que não deveria ter sido punida, tanto mais que a redacção da norma acima vista é demasiado vaga (§§ 38-39 e 42), para além de, em função do próprio ordenamento jurídico ucraniano, a privação da liberdade ser uma sanção de último recurso, desproporcionada no caso, pois aplicada a uma mulher de 63 anos sem qualquer inscrição prévia no registo criminal (§ 41). Mais longe foi o juiz maltês DE GAETANO, com quem concordamos, que, em *separate opinion*, escreveu (§ 2) que o artigo 10.º da CEDH exige que a restrição à liberdade de expressão tem de estar “prescrita na lei”, o que não acontece no caso *sub judice*, atenta a indeterminabilidade da norma do Código Administrativo sancionatório ucraniano (ela tem de ser previsível, o que aqui de todo sucede), bem como da interpretação que dela é feita, sobretudo o segmento atinente a “outros comportamentos” que em nada contendem com o bem jurídico protegido, não se percebendo de que forma a acção da queixosa tivesse colocado em questão a paz pública (§ 3). Em conclusão, para DE GAETANO, a *fatis specie* nem sequer preenchia o teste de se tratar de uma restrição “prescrita por lei”, pelo que não se devia ter passado à sua conformidade com a restrição de ser “necessária numa sociedade democrática” (§ 4).

[44] Referindo-se a um case-law que, de entre muitos outros arestos, abrange *Oberschlick c. Austria*, de 23 de Maio de

1991, § 57 e *Women On Waves e outros c. Portugal*, de 3 de Fevereiro de 2009, §§ 29 e 30.

[45] Cf., de entre uma plêiade, *Stoll c. Suíça* [Grand Chamber], de 10 de Dezembro de 2007, § 101.

Por fim, nesta breve incursão, no caso *Taranenko c. Federação Russa*<sup>[46]</sup>, uma série de manifestantes ocupou uma parte da administração presidencial, exigindo reunir com Putin e outros elementos e empunhando cartazes com o *slogan* “Putin, demita-se!”, sem destruir nada, tendo entregado panfletos com alguns dos motivos pelos quais o Presidente russo falhara, até que chegou a polícia, não tendo oferecido resistência. Ora, o que mais nos interessa neste estudo, o Tribunal entendeu que, mesmo que alguém participe numa reunião pública de manifestação contra algo e haja destruição de propriedade alheia, *também com grafitos considerados insultuosos*<sup>[47]</sup>, não é pelo simples facto de se ter participado que se poderia sancionar, tanto mais que as autoridades nacionais não conseguiram estabelecer o nexo de imputação objectiva exigível para qualquer condenação, violando-se, assim, o artigo 11.º da CEDH, o qual serviu de luz à interpretação da vulneração, também considerada, do artigo 10.º da Convenção (de entre outros, veja-se o caso *Ezelin c. França*<sup>[48]</sup>). Nas palavras do Tribunal, «reitera-se que qualquer medida que interfira com a liberdade [...] de expressão, excepto no caso de incitamento à violência ou rejeição dos princípios democráticos, presta um mau serviço à democracia e coloca-a em perigo» (§ 67), entendendo-se que a detenção de protestantes constitui uma interferência com o direito à liberdade de expressão (§ 70). Algo que também nos interessa a propósito da tutela criminal dos grafitos, é a falta de decorrência que o Tribunal fez neste processo da criação de direitos a entrar em propriedade privada ou pública que decorram da liberdade de expressão, visto que, amiúde, é um dos *modus operandi* mais usados pelos *graffiters*, valorizando, claramente, o direito de propriedade, o que, aliás, não tem que ver com a realização dos grafitos *de per se* (§ 78).

[46] Ac. de 15/5/2014, queixa n.º 19554/05.

[48] De 26/4/1991, queixa n.º 11800/85.

[47] Nossos itálicos.

Em suma, não encontramos propriamente nenhum aresto que tratasse de saber se grafitar ou empreender outras modalidades de *street art* devia ou não ser punido, se o sancionamento previsto em dado ordenamento jurídico era ou não desproporcionado, em especial por se preverem penas ou sanções correspondentes às nossas contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeiten*), discutindo-se se a primeira ou a segunda forma de punir um dado comportamento é aquela que representa um ponto óptimo entre os interesses em jogo. O mais próximo da específica matéria aqui tratada foi no sentido de que os grafitos (referidos *expressis verbis* em pelo menos um aresto, como vimos *supra*) integram o conjunto de manifestações em que se desdobra o direito à liberdade de expressão. Ora, o que significa que, se um dia a questão for levantada perante o TEDH, tudo indica que o balanceamento a fazer será entre o direito à propriedade (privada) e a liberdade de expressão, o que, de facto, em nada se antevê que contenda com o significado dos grafitos em si mesmos.

## V. PISTAS PARA UM MODELO MAIS PROPORCIONAL

«Eles dizem que os grafitos assustam as pessoas e são simbólicos do declínio da sociedade, mas eles só são perigosos na cabeça de três tipos de pessoas: políticos, publicitários e escritores de grafitos. As pessoas que verdadeiramente desfiguram os nossos bairros são as empresas que colocam *slogans* gigantes nos edifícios e nos autocarros, tentando fazer-nos sentir inadaptados se não comprarmos as coisas deles. Eles esperam ser capazes de gritar a sua mensagem na tua cara através de qualquer superfície disponível, mas nunca te dão a hipótese de lhes responderes»<sup>[49]</sup>.

[49] BANKSY, *Wall and Piece*, London: Century, 2005, p. 8.

Guiados por estas palavras de BANKSY, cientes de que, em Portugal, como nos ordenamentos jurídicos que nos são mais próximos, a realização de grafitos e outras manifestações similares constituem um crime de dano simples ou qualificado (artigos 212.º e 213.º do Código Penal), porquanto importam – ou podem importar – a destruição total ou parcial, a mera desfiguração ou mesmo tornar a coisa imprestável para a sua função (veja-se o caso de um grafito que tapa completamente um sinal de trânsito), tudo em função dos materiais utilizados pelo agente. Fazer aqui uma análise exaustiva deste tipo legal de crime seria tarefa ociosa, nesta sede, porquanto existem vários estudos que o fazem em todas as suas vertentes<sup>[50]</sup>: bem jurídico, tipo objectivo, tipo subjectivo, culpa, pena e formas especiais de surgimento do crime – tentativa, concurso e comparticipação –, pelo que o que aqui releva é a cobertura por estes incisos, no seu âmbito de aplicação, dos grafitos e similares. Sublinha-se apenas que o dano simples, como regra, ocorre quanto a propriedade privada, ao passo que o qualificado contende com a propriedade pública, a qual pode assumir as formas de monumento, estátua, edifícios em que funcionem serviços da Administração Pública ou simplesmente tudo quanto tem uma finalidade societal, como caixotes do lixo, bancos de jardim ou o dito “mobiliário urbano”.

Até 2013, o regime era único. A partir da entrada em vigor da Lei n.º 61/2013, de 23 de Agosto, passou a ser possível que as câmaras municipais autorizem a realização de «grafitos, afixações, picotagens e outras formas de alteração, ainda que temporária, das características originais das superfícies exteriores de edifícios,

[50] De entre outros, MANUEL DA COSTA ANDRADE, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 212 ss.

pavimentos, passeios, muros e outras infra-estruturas» em locais autorizados, em propriedade privada, se submetido um projecto da intervenção a levar a cabo, devidamente acompanhado pela declaração escrita do acordo do proprietário. Do mesmo passo, as próprias câmaras podem promover temporariamente a realização destas actividades no espaço público, desde que, como é óbvio, esteja sob a sua tutela. Tratando-se de um edifício ou estrutura detidos por outras formas de Administração Pública, qualquer autorização da câmara é nula e de nenhum efeito. Se assim o entenderem, esses organismos, porquanto o dano só existe quando falte o consentimento ou acordo (em função de se seguir ou não a teoria que distingue as duas figuras – “paradigma dualista”, em especial de COSTA ANDRADE), retirarão o cariz típico ou ilícito à conduta, em função da sua concordância quanto aos grafitos em tais lugares. No entanto, há um conjunto de superfícies ou locais em que nunca poderá existir tal autorização camarária, por contenderem, em regra, com espaços públicos como monumentos, edifícios públicos ou de interesse público e valor artístico ou tudo o que sejam locais de prestação de informação. Este artigo 3.º, n.º 3, da Lei, apesar de não ser tão claro como outra legislação analisada – o que é criticável –, proíbe ainda a realização destes grafitos em transportes públicos. Sendo este um dos principais alvos dos *graffiters* e que mais danos económicos são reportados, exigir-se-ia uma redacção muito mais clara.

Importante ainda nesta lei que descriminaliza os grafitos em certos lugares autorizados pela câmara municipal respectiva é o disposto no n.º 4 do citado artigo 4.º, uma vez que determina que não pode ser feita qualquer valoração «do conteúdo temático ou da expressão criativa da alteração em causa». Donde, estaremos perante um poder vinculado deste órgão do município, que se limita a verificar se estão preenchidos os requisitos formais exigidos, ou seja, a junção da documentação, não lhe cabendo qualquer

consideração quanto à matéria. Todavia, na parte *in fine* desse artigo, permite-se o indeferimento do pedido se a intervenção anunciada «consubstanciar a prática de um crime», *i. e.*, se o grafito for ofensivo da honra e consideração devidas a uma pessoa singular ou colectiva, representar algum tipo de acto exibicionista ou apelar à prática de crimes, for discriminatório, implicar uma coacção ou ameaça a alguém (incluindo um órgão constitucional), para dar alguns exemplos. Tal nunca poderá ser deferido, o que é de todo compreensível.

Do âmbito aplicativo da Lei em estudo está expressamente afastado o regime jurídico atinente «[à] afixação e à inscrição de mensagens de publicidade e de propaganda, nomeadamente política» (artigo 1.º, n.º 2), constante da Lei n.º 97/88, de 17 de Agosto. Este regime especial, em regra sujeito a licenciamento camarário, no caso da propaganda política, também só é permitido em locais devidamente estabelecidos e, de entre esse material, faz-se expressa referência a murais políticos, que ainda existem em várias cidades e que se tornaram icónicos. Certo é que, se realizados em espaço privado, o artigo 8.º da Lei n.º 97/88 admite que os proprietários ou possuidores possam apagar tais conteúdos, sendo ainda contra-ordenação a afixação de material de propaganda em lugares privados (artigos 3.º, n.º 2, e 10.º, n.º 1), sendo dos poucos casos em que o diploma não estabelece directamente o valor das coimas aplicáveis, o que nos remete para o artigo 17.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra-Ordenações: RGCO (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro), ou seja, para as pessoas singulares que tenham actuado dolosamente a moldura oscila entre 3,74 € e 3740,98 €. Ora, a distinção entre o que é propaganda política ou mensagens publicitárias admitidas desde que cumpram a legislação mencionada e o que são grafitos ilegais é, muitas vezes, ténue, pelo que, em caso de dúvida, a proposta de direito a constituir que avançamos *infra* abrangeria igualmente hipóteses como esta.

Outro aspecto relevante na Lei n.º 61/2013 é a perda de instrumentos usados nestas formas de *street art* ou o seu valor em dinheiro (artigo 7.º), se o primeiro não for possível por dolo do agente, bem como a decisão de perda ainda que se não determine quem realizou o grafito, sendo isto aplicável somente àqueles que incumpriram o plano aprovado pela câmara municipal, o que, em princípio, não será difícil, atenta a identificação do requerente que se vai presumir ter sido o agente da contra-ordenação, excepto se ele provar o contrário (no que é uma aplicação do RGCO). Por fim, previu-se um regime para os *graffiters* menores, em que entrará em funcionamento a Lei Tutelar Educativa ou a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro), em função das idades dos agentes. Mesmo nestas hipóteses, os custos da remoção ou reparação (artigo 13.º) correm por conta dos representantes legais dos menores (penalmente, ou seja, se à data dos factos o agente material ainda não tivesse completado 16 anos) ou dos próprios agentes, se imputáveis criminalmente.

Por via da presente Lei não se instituiu um regime contra-ordenacional em matéria de grafitos fora da específica situação que constitui o seu âmbito de aplicação, pelo que, fora disso, não há um regime penal e de mera ordenação social concorrentes. A grafitação é um crime de dano e só o não é quando abrangida pelas hipóteses da Lei n.º 61/2013, sendo que, nesta última, o incumprimento dos mandatos da legislação não configura uma conduta lícita, mas sim ilícita, embora se não justifique a penal, bastando a contra-ordenacional. É exactamente por isto que estamos em perfeita harmonia com o acórdão uniformizador de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2018, de 26 de Setembro de 2018, de acordo com o qual «[a] Lei n.º 61/2013, de 23 de Agosto, não descriminalizou qualquer das condutas típicas do crime de dano, nomeadamente a de desfiguração». Poder-se-ia pensar que o dispositivo deveria ter ido mais longe, ao tornar

claro que, nos espaços admitidos, nos termos do mesmo diploma, se cumpridos todos os requisitos, inexistente qualquer delito de dano. Todavia, isto acabaria por ser uma redundância, uma vez que sempre que existe consentimento do lesado (*conditio sine qua non* para o deferimento à luz da Lei n.º 61/2013), pura e simplesmente nem sequer se entra na configuração típica da conduta (e daí que o consentimento, na forma como está redigido nos artigos 212.º e 213.º, do nosso Código Penal, é uma verdadeira hipótese de acordo).

CARLA AMADO GOMES<sup>[51]</sup>, divergindo no essencial da fundamentação do aresto sob análise e não da jurisprudência uniformizada tirada pelo Supremo, coloca as seguintes hipóteses, para as quais oferece soluções. Assim, *a*) «a intervenção artística é punível apenas como contra-ordenação – quando autorizada pelo seu proprietário mas não pela Câmara Municipal»: merece a nossa concordância, pois apesar de se haver o acordo do titular do bem jurídico, passa a introduzir-se um sistema de licenciamento prévio obrigatório e a ilicitude penal não afasta a ilicitude contra-ordenacional, diversas que são no seu sentido e modo de funcionamento; *b*) «a intervenção artística é abstractamente punível a título de crime de dano ou de contra-ordenação – quando não autorizada nem pelo seu proprietário nem pela Câmara Municipal e dependendo da latitude do grau de desfiguração»: discordamos, pois a relação entre o Direito Penal e o de Mera Ordenação Social sempre implica que a punição se faça apenas e tão-só no domínio criminal, cuja ilicitude, por mais grave, abrange a contra-ordenacional, não ficando espaço para o aplicador decidir se aplica uma pena ou uma coima, o que, aliás, introduziria uma margem de discricionariedade que temos por insuportável; *c*) «a intervenção artística é sempre punível a título de crime de dano e de contra-ordenação – quando

[51] “Grafitis: dano estético, dano social, dano à propriedade – ou arte? Reflexões em torno do acórdão do

STJ de 26 de Setembro de 2018 (proc. 319/16.9GBPNEP1-B.S1”, in *Revista do Ministério Público*, 158, 2019, p. 250.



não autorizada nem pelo seu proprietário nem pela Câmara Municipal, independentemente da latitude do grau de desfiguração»: discordamos em absoluto, pois não se pode punir o mesmo comportamento com pena e coima, sendo uma violação grosseira do *ne bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5, da CRP), com expressa consagração, aliás, também a nível infra-constitucional, no artigo 20.º do RGCO (destarte, uma hermenêutica materialmente inconstitucional); d) «a intervenção artística é punível tanto a título de contra-ordenação (ainda que tenha sido autorizada pelo seu proprietário, mas não pela Câmara Municipal) como de crime, independentemente da gravidade da ofensa – registando-se apenas a primeira, caso o proprietário haja dado o consentimento à intervenção mas a Câmara não tenha autorizado»: pelas razões anteriores, a solução é, para nós, inaceitável, incorrendo nos mesmos inultrapassáveis problemas de solvabilidade em face da Lei Fundamental.

Outro ponto: a limpeza e remoção dos grafitos em espaço público que não coberto pelo âmbito da Lei n.º 61/2013 é competência da câmara municipal, que até pode prestar esse serviço, mediante uma taxa (ou de forma gratuita, dependendo se estamos numa cidade ou vila mais *graffiter friendly* ou não), a um particular seu munícipe. A remoção não pode ser selectiva, ou seja, não se pode apagar somente aquilo que possa ou não ser do agrado do presidente da câmara ou do seu executivo. A prática diz-nos, porém, que, muitas vezes, tal não sucede, permanecendo os grafitos que são de algum modo favoráveis a quem está no poder. Trata-se de uma prática totalmente ilegal, desde logo por violar os mais elementares princípios da Administração Pública, como os da igualdade, da não diferenciação (entre munícipes), da prossecução do interesse público e da equidistância, isenção e imparcialidade. Porquanto tal nem sempre é possível, seria aconselhável, na nossa opinião, *de iure condendo*, a criação de uma comissão autónoma em relação à câmara municipal, a qual não apenas fiscalizasse se,

efectivamente, há um tratamento igual, pelos serviços sob a direcção do executivo, para todas as formas de *street art* e as mensagens que elas contêm, bem como concluísse pela manutenção daquelas que podem ser consideradas, porque em espaço público, como de algum ponto interessantes para a decoração ou melhoria desse mesmo espaço. Visto que, neste particular, já estaríamos a entrar, necessariamente, em uma avaliação material da intervenção artística, esta comissão seria essencial, até para não se vulnerar o que, para nós, é um princípio geral que se extrai para toda esta temática do artigo 3.º, n.º 4, da Lei n.º 61/2007, único que é compatível com um verdadeiro Estado de Direito democrático e que não faz “censura encapotada” quanto a manifestações de arte, o que seria inadmissível à luz das traves-mestras de toda a nossa organização jurídico-política. A composição dessa comissão, para além de incluir um jurista – que não podia ter celebrado qualquer contrato de trabalho ou de prestação de serviço para com o município –, deveria ser maioritariamente composta por artistas plásticos, curadores ou docentes de Belas-Artes ou Arquitectura, de igual forma sem qualquer impedimento legal quanto ao município (nos termos do Código do Procedimento Administrativo) e mais do que isso, ou seja, não trabalhando, directa ou indirectamente para a edilidade, por forma a que não sentissem qualquer tipo de constrangimentos na hora de decidir. A comissão integraria também um *graffiter* ou representante de outra forma de arte urbana que não tivesse, pelo menos nos últimos 5 anos, trabalhado, directa ou indirectamente para o município, sendo a mais simples forma de nomeação a cooptação pelos demais membros, atenta a dificuldade prática de encontrar representantes da “classe” e, mesmo que se conseguisse, escolher um método concreto para o/a escolher. A presidência da comissão seria determinada por votação de todos os seus membros, embora só pudessem ser eleitos os representantes da “classe artística”, exceptuado o *graffiter*. Tratar-se-ia, nesta

nossa proposta, de uma comissão de cinco elementos: um jurista, um *graffiter* e três artistas plásticos, curadores ou docentes de Belas-Artes ou Arquitectura.

«Imaginem uma cidade onde os grafitos não fossem ilegais, uma cidade onde todos pudessem desenhar onde quisessem, onde cada rua estivesse inundada por um milhão de cores e pequenas frases. Onde esperar numa paragem de autocarro nunca fosse aborrecido. Uma cidade em que nos sentíssemos numa festa para a qual todos são convidados, não apenas os agentes imobiliários e os barões dos grandes negócios. Imaginem uma cidade assim e deixem de se encostar à parede – está a secar»<sup>[52]</sup>.

[52] BANKSY, *Wall and Piece*, p. 97.