

A tutela penal dos grafitos: uma visão nacional e de Direito Comparado e algumas pistas para um modelo mais proporcional^[*]

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^[1], 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.