

**ASPECTOS JURÍDICOS DA CHAMADA "PICHAÇÃO" E SOBRE A UTILIZAÇÃO
DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO INTERESSE DIFUSO
À PROTEÇÃO DA ESTÉTICA URBANA ***

Rodolfo de Camargo Mancuso

Professor Associado do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Procurador do Município de São Paulo

*"Il processo deve dare per quanto possibile
praticamente a chi ha un diritto tutto quello ch'egli ha
diritto di conseguiri"* (Giuseppe Chiovenda).

*"O processualista (ou o jurista, 'in genere'), antes de
o ser, é membro da comunidade social, comprometido,
queira ou não queira, com as vicissitudes dela, e
gravado perante todos os outros, de responsabilidades a
que não tem como fugir"* (José Carlos Barbosa
Moreira).

Resumo:

O trabalho foi motivado pelo crescimento do lamentável fenômeno da *pichação* nos grandes centros urbanos, sujando e por vezes danificando bens particulares e públicos. O enfoque recaiu nas *pichações* de bens e monumentos públicos, compreendendo, inicialmente, o exame do aspecto terminológico. Em seguida, é examinada a reação da sociedade civil e da comunidade jurídica diante desse fato. O tópico seguinte consiste na caracterização jurídica da *pichação*, a saber: se se trata de conduta civil ou penalmente ilícita, e, neste último caso, se se trataria de crime, de contravenção penal ou de conduta penalmente atípica. Na sequência se analisa a possibilidade da utilização da ação civil pública para proteger o interesse difuso à estética urbana, ameaçado-lesado pela *pichação*, inclusive no que concerne à dificuldade para composição do pólo passivo da ação. O trabalho se encerra com um capítulo de considerações conclusivas.

* março de 1992.

Abstract:

The main motivation for this paper was the ever growing deplorable phenomenon of "pichação" (*) in the big urban centers, which not only pollute but also damage private and public properties. The focus of the analysis was on the "pichações" (*) of monuments and others public properties (buildings, churches, squares). First, the aspect related to the terminology was discussed. Second, the reaction of the civil community and the "juridica intelligentia" to this phenomenon was examined. Third, "pichação" (*) was characterized in his juridic interest, i.e., if it is a civil conduct or a illicit penalty, being the latter a crime. Fourth, it was examined if it shall be a procedure irrelevant for the brasilian law. Following, it is examined the possibility of using the public civil action in order to protect the diffuse interest to urban aesthetics, threatened-damaged by "pichação" (*) Also, difficulties to identify the possible defendants are discussed. Concluding remarks are presented in the last section.

(*) Graffitis making dirty a monument or other public property.

Sumário:**I. Introdução.****I.1. O aspecto terminológico.****I.2. O agravamento atual do problema e algumas de suas causas.****I.3. A reação da sociedade civil e a recepção do tema no meio jurídico nacional:**

- a. a pichação seria conduta penalmente atípica?
- b. configuraria contravenção penal?
- c. sendo menor o infrator, caberia apenas medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade?
- d. tratar-se-ia apenas de ilícito civil?

II. Considerações acerca das colocações jurídicas precedentes.**III. Da possível utilização da ação civil pública em nome do interesse difuso à proteção da estética urbana.****III.1. A composição do pólo passivo dessa ação no caso em exame.****IV. Considerações conclusivas.**

I. Introdução.

Dentre os eventos e fenômenos aterradores e desalentadores que a sociedade brasileira vem sendo constrangida a assistir (violências de todo o tipo, insegurança geral, desmandos administrativos, etc.), vem merecendo destaque a atividade dos chamados *pichadores*. Com vistas a ensejar uma abordagem técnica e desapaixonada do assunto, considerá-lo-emos, neste ítem, sob três ângulos: 1) o aspecto terminológico; 2) o agravamento atual do problema e algumas de suas causas; 3) a reação da sociedade civil e a recepção do tema no meio jurídico nacional.

I.1. O aspecto terminológico.

Os termos *pichação*, *pichador*, na acepção que hoje se lhes dá, são relativamente novos, se considerarmos que, obviamente, provêm da palavra *piche*, e esta se refere a uma substância totalmente diversa daquela utilizada nos *sprays* dos *pichadores*: o que se contém nesses *sprays* é uma tinta, sob pressão, que é liberada como um aerosol quando é pressionada a válvula. Ao passo que, conforme explica mestre Aurélio, o *piche* é "*substância negra, resinosa, muito pegajosa, obtida da destilação do alcatrão ou da terebintina*". Na linguagem coloquial, e por derivação, o termo *pichação* passou a significar a mensagem escrita ou o desenho de cunho pejorativo, adrede lançados em muros ou paredes, e bem assim a mera crítica ferina, feita com o propósito de atingir diretamente pessoa, coisa ou situação. Ainda nesse sentido figurado, lembra-nos Aurélio que a *pichação* pode constituir-se num "*dístico, em geral de caráter político, escrito em muro de via pública*". E que, na gíria, a palavra *pichar* é usada significando "*falar mal, maldizer*".¹

No sentido em que vai usada no presente estudo, a palavra *pichador* refere-se à pessoa que, munida de tinta (geralmente *spray*) lança dizeres ou desenhos em muros e paredes. Tem-se procurado amenizar ou *glamourizar* esse termo, substituindo-o por outros como *grafiteiro* (que mestre Aurélio não registra) ou *artista popular*. Mas há resistências a tais eufemismos

1. Novo dicionário da língua portuguesa, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975.

quando se considera, como Gilberto de Mello Kujawski, que "*o pichador já não escreve, borra as paredes; já pouco utiliza as letras do alfabeto, substituídas pela garatuja cabalística; já não transmite mensagens com sentido político, social ou cultural, mas regride ao caos e à falta de sentido; já não postula a adesão da sociedade à sua causa, mas agride e rejeita a sociedade como um todo; já não contenta em desprezar a propriedade privada ou o patrimônio público, contra o próprio mundo*".²

De todo modo, o piche é uma substância "*negra, resinosa, muito pegajosa*", como esclarece o dicionarista, e assim bem se compreende a *genesis*, na linguagem popular, das expressões *pichação* e *pichador*: elas são bem expressivas e falam por si mesmas quando retratam a triste realidade dos muros e paredes das cidades brasileiras, após receberem o "tratamento estético" por parte dos ditos *pichadores*. A estes não aproveita o argumento histórico, lembrado por Pedro Paulo A. Funari, de que nas cidades antigas, como Pompéia, "*predominavam xingamentos, cartazes eleitorais, anúncios, poesias, praticamente tudo se escrevia nas paredes*":³ a uma, não se há de justificar uma conduta socialmente reprovável em nossos dias, pelo fato de a História registrar comportamentos análogos em outros povos e lugares; a duas, jamais a *pichação* de bens públicos e particulares atingiu proporções epidêmicas como hoje se constata, mormente nas grandes cidades.

De sorte que, a nosso ver, expressões como *pintura, desenho, pop-art, mensagem*, não se prestam para nomear o produto apresentado pelos ditos *pichadores*: aquelas palavras devem, a nosso ver, continuar reservadas para manifestações outras do espírito humano, e bem diversas, tais as verdadeiras representações gráficas ou plásticas do belo, na sua acepção mais aceita: aquilo que deleita nossa inteligência. Não são, pois, objeto do presente estudo as efetivas formas de expressão da alma popular, expostas condignamente, merecedoras, mesmo, de proteção do Poder Público (CF, art. 216, I).

2. A transgressão pela transgressão, *Jornal da Tarde*, São Paulo, 30 nov. 1991, Caderno de Sábado, p. 2.

3. *Ibidem*.

I.2. O agravamento atual do problema e algumas de suas causas.

É bem possível que, em sua origem, o que hoje chamamos *pichação* se justificasse por uma compreensível necessidade de expressão do pensamento e dos anseios de certo segmento da população, geralmente privado de fazê-lo de outro modo. Eram chistes, desenhos, representações gráficas diversas, expressando o que seria uma pintura ingênua, de estética popular. Tal atividade, ainda que pudesse merecer algum senão (na medida em que não se colhia o prévio assentimento do proprietário do muro ou do imóvel), tinha a seu favor o fato de que a intenção do agente não era anti-social, nem propositadamente prejudicial, consistindo antes num extravasamento gráfico da alma popular.

Na seqüência, porém, parece ter ocorrido um desvirtuamento exacerbado do quadro inicial, porque os chamados *grafites* perderam sua graça e originalidade, para se tornarem, em alguns casos, simplesmente agressivos; em outros, de extremo mau gosto; noutros ainda, reunindo ambas essas características. Seja o exemplo conhecido do metrô de Nova Iorque: embora os vagões em si não constituíssem um primor estético, o fato é que de todo modo serviam à finalidade do transporte de massa, integrando, ao demais, o patrimônio público. Por certo, deve ser absolutamente mínima a porcentagem dos usuários que se *deleitam* em apreciar a obra dos que *grafitaram* esses vagões; e aqui merece destaque um aspecto muita vez esquecido na análise do tema em estudo: u'a manifestação artística, para merecer esse nome, deve resultar do livre arbítrio do artista, mas igualmente, a sua recepção pelo público-alvo também deve ser livre. Ou seja, é inconcebível que um produto do espírito humano seja imposto coativamente às pessoas, recusando-se a estas o direito de declinarem da obra oferecida. Assim, voltando ao exemplo das pichações no metrô novaiorquino, os usuários se vêm obrigados a apreciar os chamados *grafites*, já que estes estão por toda parte. Se refletirmos sobre a estética urbana, veremos que também não é justo que o morador de uma cidade seja compelido a ver muros e fachadas pichados; e, *a fortiori*, o proprietário de um terreno murado não pode ser obrigado a receber as inscrições, dísticos e congêneres que, outrem, por auto-recreação, ali haja por bem em lançar. O ora afirmado em nada colide com a "*livre manifestação do pensamento*" (CF, art. 5º, IV): essa liberdade pública,

como de resto as demais liberdades, não pode ser exercida *à outrance*, sem limites, atritando garantias constitucionais outras, mormente a que garante o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), em sua conotação clássica: uso e disposição do bem objeto do domínio, segundo o critério exclusivo de seu proprietário (Código Civil, art. 527: "*O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário*").

A crônica jornalística brasileira nos dá bem uma idéia do estágio atual do problema. O dr. Argemiro João Razera, magistrado em São Paulo, relata: "*Recentemente, um metalúrgico aposentado fez dois disparos contra um adolescente, que pretendia usar um pincel atômico para pichar o muro da casa do metalúrgico. Um dos disparos atingiu o adolescente, causando-lhe ferimento grave, com perigo de vida, enquanto o autor dos disparos suicidou-se a seguir*" ("Falta lei mais severa contra os pichadores", *O Estado de S. Paulo*, 23.11.91, Caderno Justiça, p. 6). Esse mesmo jornal dá notícia, em 08.01.92, de que "*dezoito túmulos do Cemitério do Araçá, na Avenida Dr. Arnaldo, foram pichados na madrugada de segunda-feira (...) as famílias dos mortos terão que arcar com os custos dos que exigirem limpeza especial*". Ainda em *O Estado*, de 05.02.92, p. 4, lê-se que indivíduos pertencentes "*à gangue de pichadores Malvinas, do município de Taboão da Serra (...) sem saber que se tratava de uma Vila Militar, passaram a escrever com tinta spray o nome da gangue nos muros da residência do 3º sargento do Exército (...)*". E que dizer do Teatro Municipal de São Paulo, agora tutelado diuturnamente pela milícia paulistana, ante a ameaça de que grupos de pichadores disputam a primazia de pichá-lo? E o Monumento às Bandeiras, de Victor Brecheret, tão caro aos paulistanos, que foi pichado tempos atrás, levando a Municipalidade a arcar com os custos de sua limpeza? E, mais recentemente, o episódio do pichamento do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro?! Como diz Gilberto de Mello Kujawski, "*a furiosa e iconoclasta compulsão pichatória a que hoje assistimos, não só em São Paulo ou no Rio, não só no Brasil ou na América Latina, mas no mundo inteiro, nada tem a ver com forma coletiva de expressão, de crítica ou de 'protesto'. A pichação será modalidade de transgressão tolerável enquanto forma de expressão coletiva, de crítica ou de protesto, mesmo porque sua frequência será sempre ocasional. Mas a pichação se transforma em atitude intolerável quando degenera na transgressão pela transgressão, que é hoje o que se passa*" (grifo no original).

As causas ou a motivação subjacentes à *pichação* podem ser as mais diversas: desde a mera brincadeira sem a intenção dolosa de lesar terceiro ou prejudicar a estética urbana, até o dolo específico de afrontar, de chocar, o prazer sádico de obrigar pessoas e instituições a investir tempo e dinheiro nas sucessivas limpezas dos lugares pichados; passando, por vezes, até por ameaças no sentido de que é inútil pintar ou limpar, porque novas pichações se sucederão... Todo esse triste painel é conhecido de quantos habitam as grandes cidades. Causas e motivação à parte, porém, o fato é que em todos os casos, há um panorama comum: um direito de propriedade é afrontado, já que uma acessão física alteada em um terreno é igualmente objeto de tutela jurídica no que concerne à preservação de sua estética exterior; corolariamente, um prejuízo real é provocado, ante a necessidade da reposição das coisas no *statu quo ante*, com os custos a serem incorridos; esse custo, se conspurcado foi um prédio público, recai naturalmente sobre os cidadãos pagadores de impostos.

A questão que se põe, portanto, mais e além do que a especulação sociológica pode sugerir, consiste em saber até quando e até que limite a sociedade brasileira conseguirá suportar esse quadro. O passo seguinte consistirá no exame das alternativas que pareçam idôneas para, ao menos, desestimular o avanço dessa conduta anti-social, dita *pichação*: exacerbação das medidas repressivas, campanhas cívicas de orientação, medidas de ordem legislativa, etc.

I.3. A reação da sociedade civil e a recepção do tema no meio jurídico nacional.

Quer-nos parecer que a sociedade civil está pasma, perplexa, estarrecida ante o vulto do fenômeno da pichação. Essa reação da sociedade é informada pelos seguintes componentes: de um lado, temos o descarte das antigas explicações que buscavam de algum modo "legitimar" socialmente a pichação (ato lúdico, expressão da alma popular, arte de grafiteiros, etc.), ante a agressividade da conduta e os prejuízos cada vez mais elevados, impostos ao Poder Público e aos particulares; de outro lado, temos o descrédito nas Autoridades e na própria ordem estabelecida, na medida em que o cidadão fica inconformado, vendo que uma conduta claramente anti-social não sofre a repressão devida, ou esta ocorre episodicamente. Tudo a contribuir para a idéia já impregnada no "inconsciente coletivo" brasileiro, da chamada "impunidade

geral", ou, como diz o resignado homem das ruas: "*é inútil; aqui, nada dá em nada ...*".

Cremos caber aos profissionais do Direito dar cada qual sua contribuição para o correto equacionamento do problema, oferecendo as sugestões que se afigurem mais idôneas para solucioná-lo ou ao menos amenizá-lo. Na verdade, a inteligência jurídica nacional, em artigos publicados em jornais e em revistas especializadas, e bem assim em pareceres, sentenças e acórdãos, tem mostrado preocupação e uma crescente apreensão com o vulto que o fenômeno da *pichação* está tomando. Essa recepção do tema no cenário jurídico nacional tem resultado na formulação de várias tentativas de tipificação ou de enquadramento da conduta em análise, nos quadrantes do direito positivo:

a) A *pichação* seria *penalmente atípica*: os arts. 163, seu parágrafo único e 165 do Código Penal prevêem condutas que não se acomodam confortavelmente à *pichação*, a saber, os verbos *destruir*, *inutilizar*, *deteriorar*, configuradores do crime de dano. Diz o magistrado paulista Argemiro João Razera: "*No caso da pichação, pode ocorrer a deterioração da coisa alheia, mas, na verdade, ocorre a conspurcação, que não se confunde com deterioração*" E cita o saudoso Nelson Hungria: "*Com a deterioração, não se confunde a simples conspurcação desde que, bem entendido, não afete a individualidade ou substância da coisa. Quem borra a fachada de uma casa, atirando-lhe 'estercora', ou piche, não comete dano (senão, conforme o caso, injúria real, infração de postura municipal ou simples ilícito civil); já o mesmo, porém, não acontece se, por exemplo, é enodoada uma tela artística, ou poluído o vinho de uma pipa. Desde que indenes a substância e utilidade, não constitui dano, como entidade criminal, a simples ofensa à estética da coisa*" (Comentários ao Código Penal, 4ª. ed., Forense, 1967, v. 7, p. 106).⁴ No sentido dessa tese decidiu, em 2 de agosto de

4. Falta lei mais severa contra pichadores, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 23 nov. 1991, Caderno Justiça, p. 6.

A *pichação* para fins de propaganda eleitoral pode configurar o crime previsto no art. 328 do Código Eleitoral (Lei 4.737/65): "*Escrever, assinalar ou fazer pinturas em muros, fachadas ou qualquer logradouro público, para fins de propaganda eleitoral, empregando qualquer tipo de tinta, piche, cal ou produto semelhante: Pena - detenção até 6 (seis) meses e pagamento de 40 (quarenta) a 90 (noventa) dias-multa*". § único - "*Se a inscrição for realizada em qualquer monumento, ou em coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou*

1990, o TACrim-SP: "*A pichação de muros e paredes não altera a substância da coisa, nem prejudica sua utilidade, e, por isso, em princípio, não constitui nenhum crime patrimonial*" (tratava-se de uma pichação lançada num pontilhão estadual): RT 662/306, rel. Silva Pinto. Na mesma senda, julgado mais antigo desse mesmo E. TACrim-SP: "*O crime de dano não se consuma se a substância ou a utilidade da coisa permanecerem indenés, embora sua aparência possa resultar conspurcada*" (J. 28.3.78, rel. Fernando Prado, ap. 181.611, Poá, SP).

b) A pichação configuraria a contravenção penal prevista no art. 65 do Dec.-lei n. 3.688/41 (*perturbação da tranqüilidade*), ou no art. 59 desse texto (*vadiagem*). Assim entende o promotor de Justiça de São Paulo, Carlos Ernani Constantino, sustentando que para se enquadrar a pichação no crime de dano seria preciso alteração legislativa nesse tipo penal, acrescentando-se-lhe o verbo conspurcar, "*que significa sujar, macular, enodoar (...) cremos que a ação dos pichadores se enquadre no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, nos elementos: 'perturbar a tranqüilidade de alguém, por motivo reprovável': não há dúvida de que o dono da casa ou terreno (alguém) é aborrecido pela conduta dos pichadores e que esta lhe causa distúrbios, e que o motivo de tal ação é reprovável, fútil, frívolo (...) Subsidiariamente, poder-se-ia pensar, também, na aplicação do art. 59 da mesma Lei das Contravenções Penais - Vadiagem: 'Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência, mediante ocupação ilícita' (...) Isso porque, via de regra, os indivíduos que se entregam a essa atividade de pichação, normalmente o fazem à noite ou pelas madrugadas afora, não tendo, no dia seguinte, ocupação lícita nenhuma e não dispõem de meios idôneos de subsistência*". O autor acena, ainda, em favor dessa tese, com a vantagem de a ação penal, no caso das contravenções penais ser pública (art. 17 da Lei das Contravenções): "*deve o delegado instaurar o inquérito 'ex officio', quando tomar conhecimento do fato contravencional, e o promotor deve ingressar com a denúncia, independentemente de qualquer manifestação do ofendido, dentro do prazo legal*". Ao passo que, explica, enquadrar-se a pichação em crime de dano, implica, além da duvidosa tipicidade, no óbice de cuidar-se de

histórico: Pena detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 40 (quarenta) a 90 (noventa) dias-multa."

ação penal privada: *"depende de requerimento do ofendido, para que a autoridade policial inicie o inquérito, não podendo o delegado de Polícia iniciá-lo de ofício: quando concluído o inquérito, o ofendido deverá constituir um advogado e ingressar em juízo com uma queixa"*.⁵ A propósito do delito de *vadiagem*, lembrado pelo nobre promotor, é mesmo uma figura que só acudir à mente dos estudiosos, quando se interrogam: pode-se, razoavelmente, imaginar que vivam de rendimento ou que desempenhem ocupação normal, indivíduos que gastam horas e horas observando a movimentação da milícia que protege um prédio ou monumento, com o só propósito de fazer o cálculo dosimétrico dos segundos que terão para, furtando-se à ação da guarda, correrem até o alvo, pichá-lo e fugir em desabalada carreira? (Recorde-se o sucedido na Av. 23 de Maio, em São Paulo, com o monumento que celebra a imigração japonesa, conforme noticiado à época).

c) A pichação deveria ser reparada com a prestação de serviços para a comunidade, segundo propõe Paulo José da Costa Júnior. A colocação do ilustre penalista funda-se no seguinte: não se trata, propriamente, de uma atipicidade da conduta do pichador em face do crime de dano, porque a doutrina de Nelson Hungria, antes citada (alínea a, *supra*) onde o saudoso jurista dizia que sujar uma parede (=conspurcar) não se identifica com os três verbos previstos no art. 163 do CP para o crime de dano não pode hoje, essa doutrina, ser tomada ao pé da letra, escrita que foi numa época em que o fenômeno da *pichação* estava longe do caráter *epidêmico* de hoje. Anota Paulo José da Costa Júnior que naquele tempo *"as quadrilhas de pichadores ainda não se haviam organizado, emporcalhando e deteriorando prédios, monumentos, residências e muros. Sem poupar objeto algum. Numa agressividade incontida e recriminável, numa falsa demonstração de coragem ou de destemor, que procura revelar-se ao atingir as partes mais altas dos prédios"* Prossegue o jurista, lembrando que, como a maioria dos pichadores é constituída por menores de idade, não se lhes aplica, naturalmente, o Código Penal, restando o recurso ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Nesse texto, destaca as medidas previstas nos arts. 112, II e III, 116 e 117: obrigação de reparar o dano e a prestação de

5. Natureza jurídica de infração divide estudiosos da pena, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 jan. 1992, Caderno Justiça, p. 5.

serviços à comunidade. E explica: *"a medida sócio-educativa de reparar o dano (arts. 112, II e 116 do Estatuto) se aplica somente ao adolescente, que é o menor que tenha entre 12 anos completos e 18 incompletos. Observe-se que em se tratando de menor de 16 anos de idade, a responsabilidade pela reparação do dano cabe aos pais exclusivamente ou, na falta destes, ao tutor e curador. É o que dispõe o Código Civil, em seu art. 1.521. O menor com idade entre 16 e 21 anos responde solidariamente com o pai (art. 156, CC) (...) A prestação de serviços à comunidade acha-se prevista nos arts. 112, III e 117, que a define como a 'realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais'. Nada melhor que exigir do pichador, pilhado em flagrante, reparar o dano, prestando um serviço indiscutível à comunidade, limpando a imundície a que deu causa. Seria esta, em nosso modo de ver, a melhor maneira de regenerar o menor infrator e de limpar a cidade imunda. Foi essa medida justamente aplicada pelo juiz de menores, aos pichadores do Cristo".⁶*

d) A pichação, à míngua de perfeita tipificação penal (*"nullum crimen, nulla poena sine praevia lege"*), constituir-se-ia apenas num ilícito civil, a ensejar reparação do dano. Como se sabe, uma mesma conduta pode ensejar mais de um tipo de responsabilidade, por exemplo: o agente cruzando o farol vermelho, atropela e mata um cidadão; responderá penalmente (homicídio), civilmente (ressarcimento à família da vítima) e administrativamente (multa pela infração de trânsito). Aliás, um dos títulos executórios, no processo civil, é justamente, a sentença penal condenatória (CPC, art. 584, II) e não se pode mais discutir, no cível, sobre autoria e materialidade, quando essas questões se acharem decididas em definitivo na instância penal (art. 1.525, do CC). A proposição ora enfocada vê na pichação apenas o ilícito civil, que leva à chamada responsabilidade aquiliana (=não contratual), versada no art. 159 do Código Civil: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano"* Como diz Argemiro João Razera, no artigo antes citado (alínea a, *supra*): *"O pichador*

6. Crime de dano deve ser reparado com serviços para a comunidade, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 jan. 1992, Caderno Justiça, p. 4.

estaria sujeito a uma ação civil para reparar o dano causado à propriedade alheia e ao patrimônio público e, no caso, ainda sujeito a uma penalidade administrativa, existindo lei municipal disciplinando a matéria". No exclusivo ilícito civil, pensamos, recairiam os casos em que a pichação não se tenha revelado particularmente agressiva, não implicando em deterioração, destruição ou inutilização da coisa. Naturalmente, em sendo menor o causador do dano, responderão os responsáveis por ele (pais, tutores, curadores), exclusiva ou solidariamente, conforme as regras dos arts. 1.521, I, II e 156 do Código Civil.

II. Considerações acerca das colocações jurídicas precedentes.

Passando em revista as precedentes colocações, expendaremos a seguir nosso ponto de vista, procurando, no limite do possível, atermo-nos a uma visão global do problema.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, sendo o pichador um menor de idade (é a hipótese mais ocorrente), naturalmente se desvanece a discussão acerca da exegese dos arts. 163 e 165 do Código Penal (crime de dano). O art. 27 do Estatuto Penal declara: *"Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial"* Em tais casos, a solução há de ser buscada no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme explicado por Paulo José da Costa Júnior, no artigo antes mencionado (*supra*, item 1.c). Importante ressaltar, lembra o citado jurista, que *"os atos infracionais praticados por menores serão reprimidos levando-se em conta a idade de seus autores. Assim, aqueles que contarem com 17 anos, idade limite da inimputabilidade penal, receberão sanção mais elevada"* E, cuidando-se de menores, seres em formação, é claro que a par dessa aplicação da lei que lhes é própria, é necessário que o Poder Público promova, nas escolas, associações comunitárias, clubes, etc., campanhas de esclarecimento e de conscientização cívica, explicando, por exemplo, o que significa para os paulistanos o seu Teatro Municipal, ou o Monumento às Bandeiras, postado no Parque Ibirapuera, ou o seu Museu de Arte, na Avenida Paulista; explicando, também, o custo da reparação das paredes emporcalhadas, e que não é justo que esse custo saia do bolso dos contribuintes; explicando os rudimentos da estética urbana: que é um

direito do cidadão e um dever do Estado preservar a beleza visual da cidade que a todos pertence, poder-dever esse que é de base constitucional (art. 216).

Supondo, agora, que a pichação tenha sido feita por cidadão maior de idade, parece-nos, tal seja a hipótese, que ela poderá enquadrar-se num dos três verbos caracterizadores do crime de dano *destruir, inutilizar, deteriorar* dependendo da intensidade do dolo e do dano produzido. Primeiro, é preciso considerar que o Código Penal é velho de cinquenta anos e, nesse período, os costumes e os valores na sociedade brasileira foram fortemente modificados (por exemplo, hoje se cogita de descriminalizar-se o adultério). Em segundo lugar, a conduta *pichação* não podia, mesmo, estar nas cogitações do legislador penal, pois sequer existia com a conotação e intensidade de hoje, mas sim como um ato anti-social, episódico (*"quem borra a fachada de uma casa, atirando-lhe estercora ou piche"*, dizia a clássica lição de Nelson Hungria). Em nossos dias, casos haverá por sua intensidade dolosa e a exacerbada agressividade que poderão implicar na inutilização ou na deterioração da coisa, como, segundo nos foi relatado, deu-se com certo edifício em São Paulo cujo material de revestimento da fachada não suportou a abrasão dos materiais empregados na limpeza da pichação. Figure-se, por exemplo, o Prédio Martinelli, cuja argamassa de revestimento apresenta uma cor rósea (parece-nos que decorrente de certa sílica empregada na composição): a limpeza, em caso de pichação, restituiria a beleza original? Portanto, em alguns casos, cremos que a pichação poderá caracterizar a deterioração da coisa, entendida essa palavra, diz Magalhães Noronha, no senso de *"alterar, adulterar, estragar, arruinar, e tornar degenerado (...)* A deterioração implica em especial a idéia de adulteração. A coisa não é destruída, não se lhe tira a existência, porém, torna-se menos própria ao fim a que é destinada, piora-se ou altera-se sua condição ou estado".⁷ Como diz Damásio Evangelista de Jesus: *"Na deterioração, a coisa perde parte de sua utilidade específica. Ex.: lançar tinta num quadro artístico"*⁸ Recorde-se, a propósito desse exemplo, o ocorrido há algum tempo com um precioso quadro exposto no Museu de Arte de São Paulo, o qual recebeu uma carga de tinta, lançada por um visitante. Caso não fosse possível a

7. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1967, v. 2, p. 361.

8. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 2, p. 410.

limpeza, ou se desta resultasse aquela seqüela, parece-nos claro que se teria configurado o crime de dano, sob a rubrica da *deterioração*.

Ainda no que concerne à pichação feita por maior de idade, cremos que há necessidade de desfazer-se o que nos parece um equívoco, a saber: que não se configuraria o crime de dano porque o agente não quis o resultado - prejuízo - mas apenas intentava a pichação, *tout court*. Com a devida vênia dos que entendem diferentemente, cremos que a melhor exegese é a que considera suficiente o dolo genérico, não havendo necessidade de dolo específico, até porque o art. 18, I, do Código Penal, considera doloso o crime "*quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*". Como diz Magalhães Noronha, comentando o crime de dano: "*Só há lugar aí ao dolo genérico, pelo princípio firmado na parte geral do Código, pelo pressuposto de que o agente teve vontade de praticar o fato e quis o resultado (...) Essa intenção de prejudicar não é dolo específico, porque está compreendida na própria ação criminosa. Quem destrói uma coisa, sabe que prejudica seu dono ou possuidor. O prejuízo está ínsito no dano. Se destruir é desfazer, desmanchar; se inutilizar é tirar a utilidade; e se deteriorar é piorar: quem destrói, inutiliza ou deteriora a coisa alheia não pode deixar de prejudicar a outrem. Esse prejuízo é, pois, inseparável da destruição, da inutilização e da deterioração, que são os resultados do crime*".⁹ Damásio Evangelista de Jesus, reconhecendo que grassa certa controvérsia a esse respeito, inclina-se, porém, para o entendimento de que "*a consciência e vontade de causar um dano à propriedade alheia está ínsita nos verbos destruir, inutilizar e deteriorar. Dolo é a vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo. Assim, o dolo do dano está na simples voluntariedade de o sujeito praticar uma conduta que subverte, torna inútil ou deteriora o objeto material da vítima*"¹⁰ Correta nos parece, assim, a vertente jurisprudencial perfilhada pelo TACrim-SP neste v. acórdão: "*Embora se reconheça que a matéria é controvertida, a verdade é que o crime de dano não exige dolo específico, bastando o dolo genérico, visto que a noção de prejudicar já se encontra ínsita na própria idéia e ato de causar dano.*

9. Ob. cit., p. 365.

10. Ob. cit., p. 410-411. Aliás, o dano é conduta penal típica, e se a pichação é resultado da ação das chamadas *ganges*, isto, por si só configura outro crime: a formação de quadrilha ou bando "*para o fim de cometer crimes*" (art. 288 do Código Penal).

Quem destrói, inutiliza ou deteriora coisa alheia sabe, tem consciência de que tais atos causam prejuízo" (J. 20.12.90, RT 667/301. No mesmo senso: RT 546/376; Julgados do TACrim, 71/389).

Revisando a seqüência lógica da exposição, temos então até agora nos pronunciado no sentido de que: a) tratando-se de pichador maior de idade, e tal seja a intensidade e gravidade da pichação, poderá configurar-se o crime de dano, na rubrica da *deterioração* da coisa ou, em casos mais raros, até mesmo da sua *inutilização*; b) não se há de exigir o dolo específico a demonstração de que o agente quis o prejuízo do dono ou do possuidor porque esse evento é *imane*nte à conduta da pichação: quem está pichando *sabe* que está prejudicando; ou, ao menos, assume o risco de fazê-lo.

III. Da possível utilização da ação civil pública em nome do interesse difuso à proteção da estética urbana.

A lesão ou a ameaça a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico podem ensejar a propositura, pelo Ministério Público, associações ou entes políticos, de uma ação civil pública onde se pleiteie a cominação de uma obrigação de fazer ou não fazer (prestar ato ou cessar a atividade nociva), consoante os arts. 1º, III, 3º, 4º, 5º e 11 da Lei n. 7.347/85.¹¹

Não temos dúvida de que há um interesse difuso (=esparso pela sociedade como um todo) a que seja preservada a estética urbana: e não há dúvida de que esse valor jurídico vem sendo diuturnamente ameaçado em alguns casos e afrontado em outros, em razão das pichações "prometidas" ou concretizadas. Por exemplo, edifícios de grande interesse estético, histórico e até turístico, como os nossos Teatro Municipal e Museu de Arte, são alvo constante da "atenção" dos pichadores, sempre à espreita de uma oportunidade para mostrarem sua "arte". Recorde-se o que se deu recentemente com a pichação do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro. E, do que se lê nos jornais, as "ganges" soem disputar entre si o *privilégio* das pichações mais arriscadas e acrobáticas!

Estamos, assim, diante de um interesse socialmente relevante e de natureza difusa, a prosperar a conceituação que, em sede doutrinária, já

11. V. o nosso *Ação civil pública*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1992, p. 26.

oferecemos: "interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (vg., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (vg., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço".¹² (Notar que no recente Código de Defesa do Consumidor Lei n. 8.078/90¹³ os interesses difusos aparecem assim conceituados: "interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (art. 81, I).

Paulo Affonso Leme Machado, após lembrar que a Lei n. 7.347/85 não exige que os bens e direitos nela mencionados sejam "memoráveis", "de excepcional valor" ou tenham "feição notável", como é "exigido para o tombamento no âmbito federal, conforme o Dec.-lei n. 25, de 30.11.37", dá alguns exemplos de proteção, pela ação civil pública, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, destacando-se esta passagem: "A estética urbana está protegida pela Lei n. 7.347/85. As posturas municipais existentes indicarão regras e ajudarão a apontar a necessidade de serem impedidos ou removidos cartazes, anúncios, etc. Inexistentes essas posturas, restará ao julgador colher subsídios noutras fontes para que se possa estabelecer o valor estético urbano a ser observado. A conservação de um documento histórico ou de determinada casa (importante pelo estilo ou por quem nela tenha morado) são matérias cabíveis na ação civil pública. O valor turístico de um local ou de uma área poderá ser mensurado pelo número de visitantes já atraídos para o bem a defender ou pela função educativa ou de lazer que o local possa vir a oferecer. A paisagem merecerá

12. V. o nosso *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1991, p. 109.

13. Cf. nossas considerações a respeito desse dispositivo, in *Comentários ao código de proteção do consumidor*, Toshio Mukai et alii, São Paulo, Saraiva, 1991.

*ser protegida, em muitos casos, pelo seu próprio conteúdo ou pela sua beleza cênica".*¹⁴

Não infirma a possibilidade de propositura da ação civil pública para defesa da estética urbana o fato de, porventura, inexistir no município uma legislação específica a respeito. Primeiro, o art. 129, III, da CF, ao atribuir ao MP a função institucional de defender, mediante inquérito civil e ação civil pública, o patrimônio público, social e meio ambiente, ressaltou ainda os "*outros interesses difusos e coletivos*"; segundo, conquanto haja certa polêmica quanto a saber se os interesses assim tuteláveis são apenas os já recepcionados nominalmente numa norma jurídica ou também os demais, desde que socialmente relevantes,¹⁵ parece-nos que razão assiste aos que, como Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz vêem naquele dispositivo constitucional uma "norma aberta ou de extensão", explicando que ela "*existe precisamente para que não seja necessária a edição de nova lei para colocar sob a proteção do Direito uma determinada situação jurídica. Fosse intenção do legislador constitucional restringir a atuação do MP, tê-lo-ia feito expressamente, dizendo 'outros interesses difusos e coletivos previstos em lei'*"¹⁶ Também para José Raul Gavião de Almeida essa parece a senda mais correta: "*O problema da identificação da natureza do interesse deflui da realidade social. Dela, ante o emergente conflito, nasce o direito de ação. Não pode, conseqüentemente, esse direito ficar condicionado só ao critério do legislador processual em reconhecê-lo, quando confere legitimidade ao Ministério Público para agir, como que a 'autorizar' o direito de ação. Se assim fosse, esse direito perderia a fonte constitucional e restaria reduzido ao critério do legislador*".¹⁷ Em resumo: prevendo a norma processual extravagante inciso III do art. 1º da Lei n. 7.347/85 os "*bens e direitos de valor (...) estético*" dentre os que podem ser objeto da ação civil pública; sendo certo que a estética urbana é um valor jurídico relevante, e como tal tutelável

14. *Ação civil pública e tombamento*, 1ª ed., São Paulo, RT, p. 16.

15. Cf. o nosso *Ação civil...* ob. cit., p. 77-78.

16. *Constituição e defesa dos interesses difusos*, O Estado de S. Paulo, São Paulo, 31 jul. 1991.

17. *Da legitimação na ação civil pública*, São Paulo, J.R.G. de Almeida, 1985 (dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, 1985).

judicialmente; considerando, ainda, que a CF manda o Poder Público promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, aí inseridos os "*conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*" (art. 216, V), parece lógica a conclusão pela viabilidade técnico-processual da ação civil pública na hipótese de ameaça ou lesão à estética urbana, em virtude da chamada *pichação*.

O objeto da ação será, conforme o caso, a cominação de um *facere* (por exemplo, restituição da coisa ao *statu quo ante*), de um *non facere* (eximir-se de tentar a pichação), ou de um ressarcimento pecuniário do dano (arts. 11 e 13 da Lei n. 7.347/85). Há possibilidade de tutela cautelar, em havendo o justo temor da pichação, para salvaguardar, por exemplo, a integridade do bem público ameaçado (art. 4º dessa Lei). Poderá haver a cominação de multa diária (art. 11 da Lei *supra*), como uma *astreinte* (CPC, art. 287), visando obter-se o cumprimento específico do julgado. O Poder Público é co-legitimado ativo pela ação, mas, eventualmente, pode figurar no pólo passivo, quando, por omissão ou ineficiência, esteja dando ensejo à ocorrência da pichação (por exemplo, não toma providência eficaz e tempestiva para proteger o bem ameaçado), ou ainda, se o dano já se efetivou, em virtude da omissão ou da *faute du service*.¹⁸

III.1. A composição do pólo passivo dessa ação no caso em exame.

Essa possibilidade de o Poder Público vir a figurar no pólo passivo da ação civil pública contribui, também, para a superação de uma dificuldade prática na ação em causa, qual seja a circunstância de, usualmente, os pichadores serem desconhecidos. Ocorrendo a pichação de prédio ou monumento público, ter-se-á um responsável direto (o pichador) e um responsável indireto (o Poder Público), por omissão ou ineficiência administrativa (a vigilância não funcionou ou não se fez a contento). Assim se dá, lembra Paulo Affonso Leme Machado, em face dos imóveis tombados ("*Não só o proprietário da coisa tombada é responsável pela conservação e reparação. Invocável a co-responsabilidade do Poder Público que tenha tombado a coisa...*"),¹⁹ como também em face dos outros

18. Cf. o nosso *Ação civil...* ob. cit., p. 115 e ss.

19. Ob. cit., p. 73.

bens públicos integrantes do patrimônio estético-histórico-turístico-paisagístico de uma cidade: o art. 216, V, da CF, manda o Poder Público promover e proteger o patrimônio cultural; logo, a falha, por ação ou omissão, desse dever, gera responsabilidade. Essa responsabilidade estatal, a nosso ver, é objetiva: a uma, porque se insere no gênero *responsabilidade civil do Estado*, regulada no § 6º do art. 37 da CF; a duas porque, no limite, a pichação não deixa de ser uma forma de poluição da estética urbana. Aliás, o art. 3º, III, da Lei n. 6.938/81 considera poluição "*a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: (...) d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente*". O inciso IV desse artigo considera poluidor "*a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental*". E o § 1º do art. 14 dessa Lei obriga o poluidor, "*independente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente (...)*".

Desse modo, em havendo a iminência de uma pichação (justo temor) ou se ela já ocorreu, com efeitos deletéreos para o patrimônio público, em sendo conhecidos os pichadores (surpreendidos no ato, por exemplo), estes (ou seus pais, responsáveis) formarão no pólo passivo da cautelar ou da ação principal, ao lado do Poder Público a quem cabia o poder-dever de guarda-tutela daquele bem. Não sendo conhecidos os pichadores, haverá um fator complicador, mas não insolúvel: primeiro, poderá figurar o Poder Público como co-réu, o que confere razoável concreção à legitimação passiva; segundo, o art. 231 do CPC já prevê a citação por edital "*quando desconhecido ou incerto o réu*". O fato de serem desconhecidos os pichadores, embora constitua um ponto processualmente preocupante, não pode ser erigido em óbice intransponível, caso contrário chegaríamos a um paradoxo, a saber: haveria um direito subjetivo público (à tutela da estética urbana) a que não corresponderia uma ação judicial, em face da dificuldade na identificação dos agentes causadores do dano. E daí adviriam graves consequências: desrespeito ao princípio da ubiquidade da justiça (CF, art. 5º, XXXV), pelo qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída à apreciação do Judiciário; esvaziamento do art. 75 do Código Civil, pelo qual "*a cada direito corresponde uma ação que o assegura*"; e, ainda, significaria um retrocesso em face da desejada instrumentalidade-efetividade do processo, lembrando Cândido Rangel Dinamarco que este "*deve ser apto a*

*cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais".*²⁰ E José Carlos Barbosa Moreira, ao alinhar os pontos configuradores da "*problemática essencial da efetividade*" destaca a capacidade de tutela a todos os direitos ("*e outras situações jurídicas de vantagem*"), haja ou não norma específica a respeito, a par da necessidade de um arsenal processual utilizável "*inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos*"²¹

Dando aplicação prática à instrumentalidade-efetividade do processo, o STF, certa feita, admitiu a citação-edital de quatrocentos litisconsortes, sendo a maioria de endereço ignorado e espalhados por todo o país, ao fundamento de que "*as normas processuais não podem ser interpretadas no sentido de impossibilitar o andamento da causa*" (RTJ 84/1.042).²² Na mesma senda posicionou-se o magistrado paulista, dr. Ciro Antonio Facchini Ribeiro de Souza, ao conceder liminar em medida cautelar satisfativa requerida pelo MP, em certa hipótese em que uma greve dos funcionários de um zoológico colocava em risco a sobrevivência dos animais; a não indicação nominal dos integrantes do pólo passivo não constituiu óbice à concessão da liminar que permitiu salvar os animais ameaçados, num reconhecimento de que o processo é meio e não fim!²³ Também não constitui, por certo, óbice à proteção possessória em caso de invasão de terra, a circunstância de serem numerosos e nominalmente desconhecidos os invasores.

Esse é o caminho que o processo civil está hoje trilhando, dando ênfase à necessidade de o processo atuar como um instrumento para solução do problema posto, e não que ele mesmo, o processo, constitua um problema a mais, a impedir ou dificultar a aplicação da norma de regência ao caso concreto.

20. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, RT, 1987, p. 385.

21. Notas sobre o problema da efetividade do processo, *AJURIS*, Porto Alegre, v. 29, 1983.

22. Reportando-se a esse v. acórdão, Moniz de Aragão diz que nele estava "*em jogo a efetividade do exercício do direito de ação, assegurado pelo preceito constitucional*." (*Comentários ao código de processo civil*, São Paulo, Forense, v. 2, p. 285).

23. 1ª Vara Cível do Forum Regional do Jabaquara, São Paulo, petição inicial firmada por Edis Milaré, procurador de Justiça e coordenador das Curadorias Especializadas de Proteção ao Meio Ambiente.

Assim, no regime das *class actions*, a legitimidade é resolvida em termos da *adequacy of representation* (idoneidade de quem se apresenta em nome do interesse coletivo ou difuso), não cabendo a indagação quanto à titularidade do interesse, aliás, irrelevante, em se tratando de interesses metaindividuais (cf. a regra nº 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*). Comentando, diz José Rogério Cruz e Tucci que a alínea *a* daquela regra nº 23 se traduz no sentido de que *"um ou mais membros da classe podem demandar, ou serem demandados, como representantes, no interesse de todos, se a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os membros se torne impraticável"*. Esclarece o autor que no caso *Richland v. Cheatham*, *"em razão do elevadíssimo número de integrantes da categoria, a corte permitiu que a notificação fosse feita pelo correio, sobretudo para conceder-lhes uma 'chance to avoid being bound by the judgement'"*. E, de fato, a ação coletiva, envolvendo interesses difusos e coletivos ficaria impraticável se exigida a citação de todos os interessados, como se dá num conflito intersubjetivo de tipo *Tício versus Caio*. Cruz e Tucci lembra casos como o *Feinstein v. Firestone Tire & Rubber Co.*, *"no qual se alegou a produção de 40.000 pneus imperfeitos e inseguros"*; *Mullins v. Ford Motor Co.*, *em que se afirmou que a Ford vendeu 3.800.000 carros com o sistema de lubrificação inadequada"*²⁴ Está bem de ver que em hipóteses desse jaez, onde se entrecrocavam grandes interesses de massa, o esquema tradicional de legitimação processual resta inaplicável, cabendo ser substituído pelo conceito da adequada representação. Como resume Vincenzo Vigoriti, *"l'adeguatezza dei class representatives sostituisce le garanzie individuali"*.²⁵

Recentemente, dentre nós, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor acolheu essa nova diretriz, seja onde admitiu a figura do *autor ideológico* (art. 82 e incisos), seja onde se previu uma *"condenação genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados"* (art. 95), seja, enfim, onde permitiu que os beneficiários do julgado se apresentem na fase executória (arts. 97 e 98). Cremos que o processo civil brasileiro deve continuar a seguir essa linha renovadora, por modo a servir como instrumento hábil e eficaz a uma

24. *Class action e mandado de segurança coletivo*, São Paulo, RT, 1990, p. 25 e ss.

25. *Interessi collettivi e processo*, Milão, Giuffrè, 1979, p. 283.

efetiva tutela judicial dos interesses difusos e coletivos e dos direitos subjetivos públicos recepcionados na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Por certo, não ficará desprovido de proteção judicial o relevantíssimo interesse difuso à proteção da estética urbana, pelo só fato de haver uma dificuldade no que concerne à identificação nominal dos causadores da pichação no prédio ou monumento públicos. O momento é de coragem e criatividade, ou, como lembra Vincenzo Vigoriti: *inventiveness, "e cioè coraggio e fantasia"*.²⁶

A dificuldade representada pelo fato de que os autores da pichação geralmente são desconhecidos - o que poderia trazer entraves ao cumprimento do julgado - é, no caso da ação civil pública, amenizada pela circunstância bem lembrada por Kazuo Watanabe, de que o conteúdo cominatório das sentenças aí proferidas reveste-se de marcante força mandamental. Disso resulta, explica o autor, que o cumprimento do julgado nessas ações *"não reclama uma ação de execução 'ex intervallo', pois é o próprio juiz que, através de expedição de ordens, que se descumpridas farão configurar o crime de desobediência, e de realização pelo juiz de atos materiais como (...) a retirada do mercado, com uso de força policial, se necessário, de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores -, faz com que o comando da sentença seja cumprido de modo específico"*. Afirma o autor que a ação civil pública pode assumir a natureza de ação mandamental, *"conforme o tipo de provimento nela reclamado cf. art. 11 da Lei n. 7.347/85"*.²⁷ Quer dizer: sob esse enfoque, a sentença na ação civil pública seria das que se cumprem em atendimento a uma ordem judicial - lembrando a *injunction* e o *contempt of Court* do sistema anglo-saxão - o que deixaria o autor-exeqüente em posição mais confortável e segura do que se tivesse ele que dar início a uma *actio iudicati* propriamente dita, com citação para cumprimento do julgado, sob pena de (...) penhora, alienação da coisa depositada, realização da obra por terceiro, etc., como se dá, de ordinário, nas execuções. De todo modo,

26. Ob. cit., p. 287.

27. V. Comentários ao código brasileiro de defesa do consumidor, Ada Pellegrini Grinover et alii, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 524, 526, *passim*. Do mesmo autor, *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*, 1992 (artigo ainda não publicado).

são idéias, perspectivas novas que se abrem, merecendo funda reflexão dos processualistas.

Em remate, pois, a presente proposta de utilização da ação civil pública em nome do interesse difuso à proteção da estética urbana não nos parece infirmada pelo fato de, usualmente, serem desconhecidos os agentes da pichação. O interesse, no caso, é de ser visto em sua dimensão coletiva, e, conquanto a regra geral no CPC seja a citação pessoal, essa mesma regra, como é sabido, sofre alguns temperamentos no próprio CPC (cf. incisos do art. 231). Moniz de Aragão, forte em Tornaghi (*"a incerteza pode decorrer do número indeterminado - 'propter multitudinem citandorum'"*) e ainda em Pontes, (*"serem muitos, sem individuação possível ou extremamente difícil"*), lembra que para tais juristas *"poderá o autor promover a citação por editais"*.²⁸ De tudo resulta que, com *coraggio e fantasia*, como quer Vigoriti, se haverá de suplantar na prática a dificuldade processual em causa, a fim de que a ação civil pública, na hipótese objeto deste estudo, chegue a bom termo e cumpra sua elevada finalidade jurídico-social. Exemplo disso ocorre no Canadá, onde o interesse na propositura de uma ação coletiva é aferido a partir da finalidade que se quer alcançar, como explica Cruz e Tucci, invocando o caso *Duke of Bedford v. Ellis*: *"Dado um interesse e um gravame comuns, uma ação coletiva estará adequada se a pretensão deduzida for em sua natureza benéfica para todos aqueles que o demandante se propõe a representar"*.²⁹ Estaríamos, aí, diante de um interesse processual *in utilibus*, vindo a pêlo lembrar que o nosso Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), albergou uma coisa julgada *in utilibus* (*"apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores"* art. 103, III), o que dá bem uma idéia da modernidade desse texto legal.

Por fim, cabe lembrar que, em se resolvendo a lide numa reparação pecuniária (embora não seja a finalidade precípua da ação civil pública), a solução será a prevista no art. 13 da Lei n. 7.347/85, ou seja: a reversão do dinheiro a um Fundo, cujos recursos destinam-se *"à reconstituição dos bens lesados"*. No Estado de São Paulo, rege a matéria a Lei n. 6.536/89, onde se lê

28. Ob. cit., p. 285.

29. Ob. cit., p. 32.

que esse Fundo é gerido por um Conselho, a quem compete, dentre outras atribuições, “*zelar pela utilização prioritária dos recursos do Fundo no próprio local onde o dano ocorrer ou possa vir a ocorrer*” (arts. 5º e 6º, I).

Essas as considerações que pretendíamos expender, como um subsídio para outros e mais densos aprofundamentos que se estejam fazendo sobre esse momentoso tema. Excusado dizer que, a par das medidas de ordem jurídica lembradas neste trabalho, é absolutamente necessário que o Poder Público, através de programas de esclarecimento e conscientização da população, promova a difusão de idéias elevadas de civismo, de amor à cidade, traduzindo em palavras simples a diferença existente entre *res nullius* (coisa de ninguém) e *res communes omnium* (coisa de todos), que é fundamental para a compreensão de que um bem público integra esta última categoria, e por isso a todos incumbe sua preservação.

IV. Considerações Conclusivas.

1. Os termos *pichação* e *pichador* apresentam inequívoca conotação pejorativa, indicando a frase, dístico, desenho ou representação gráfica de gosto duvidoso, geralmente lançados em muros e paredes com tinta *spray*, à revelia ou mesmo contra a vontade do possuidor ou proprietário.

2. Desvirtuamento, na seqüência, do panorama inicial, convertendo-se a pichação no *leitmotiv* expressional de vasta camada da população, caracterizando-se em verdadeira disputa pela primazia da pichação em lugares de difícil acesso ou em monumentos públicos particularmente reverenciados pela comunidade, passando pela pichação sistemática e recorrente de muros e paredes de prédios e terrenos particulares.

3. As causas do fenômeno *pichação* são de diversa ordem, resumindo-se, ao que parece, numa necessidade de extravasamento e comunicação de certas mensagens, cujo conteúdo, no mais das vezes, permanece oculto em símbolos ou linguagem cifrada. De todo modo, há um núcleo comum nas pichações: o não-consentimento do proprietário do muro ou do imóvel; a irritabilidade da população ante as sucessivas agressões à estética urbana; o prejuízo representado pelo custo da reparação (raspagem, pintura, etc.); o custo

social, no caso de serem atingidos monumentos e imóveis públicos, visto que as despesas com a limpeza e restauração acabam repassadas aos contribuintes.

4. A inteligência jurídica nacional, na doutrina e na jurisprudência, tem procurado tipificar a pichação, registrando-se posições diversas, desde a que considera tal conduta penalmente atípica, passando por proposições no sentido de que, sendo menor o infrator, este deveria reparar o dano com prestação de serviços à comunidade; ou ainda, que dita conduta poderia enquadrar-se nas contravenções penais de *vadiagem* ou *perturbação da tranqüilidade*, chegando-se à proposta que reduz a pichação à causa de uma singela reparação civil. No campo penal, há dissensão quanto a saber se o crime de dano, em que se enquadraria a pichação praticada por agente maior de idade, exige dolo específico (a intenção de causar prejuízo) ou se basta o genérico (sendo o prejuízo imanente à conduta); ainda nessa sede, há discussão quanto a saber se a pichação se enquadra em algum dos verbos do tipo penal em questão (*destruir, inutilizar, deteriorar*), parecendo a alguns que seria necessária a inserção do verbo *conspurcar*, e, a outros, que a conduta pode desde logo enquadrar-se nos verbos *deteriorar* ou até mesmo *inutilizar*, conforme a gravidade do dano.

5. Sendo menor o pichador, não vislumbramos outra solução que não seja a aplicação das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Tratando-se de adulto, cremos que o panorama jurídico assim se descortina: tal seja o vulto da pichação, a intensidade do dolo e a importância do prejuízo resultante poderá configurar-se o crime de dano (arts. 163, § único e 165 do CP), tipificando as condutas *deteriorar* ou até mesmo *inutilizar* coisa alheia, parecendo-nos suficiente o dolo genérico, já que o prejuízo resultante está imanente à conduta, sendo dela indissociável. O *animus jocandi* que porventura anime a pichação não desnatura o delito, porque isso é a motivação e não o resultado final, valendo o exemplo expressivo, lembrado por Damásio Evangelista de Jesus, "*do sujeito que corta a gravata do amigo para lhe pregar uma peça: existe crime, uma vez que tem consciência de que com sua conduta está causando um prejuízo patrimonial à vítima*" Para o penalista, "*o dolo do dano está na simples voluntariedade de o sujeito praticar uma conduta que subverte, torna inútil ou deteriora o objeto material da vítima*" (*Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 2, p. 411). Sem embargo, para espancar dúvidas, seria

louvável a iniciativa parlamentar de que resultasse alteração nos artigos antes mencionados, acrescentando-se o verbo *conspurar*, como aliás sugerido pelo promotor de justiça em São Paulo, Carlos Ernani Constantino (art. cit., *O Estado de S. Paulo*, 11.1.92, Caderno Justiça, p. 5).

6. A par da imputação penal ou da imposição de medida sócio-educativa, conforme o caso, subsiste a responsabilidade civil, calcada no art. 159 do Código Civil (culpa aquiliana), resolvendo-se, nos termos dos arts. 156 e 1.521 desse texto, a responsabilidade dos pais e responsáveis pela infração praticada pelo filho menor ou tutelado. De recordar-se que a sentença penal condenatória é título executório no cível (CPC, art. 584, II) e que a fixação definitiva, na instância criminal, quanto à autoria e materialidade da infração se traslada para o âmbito da ação civil (CC, art. 1.525).

7. Além das responsabilidades penal e civil, poderá também ocorrer a administrativa, em havendo (como sói acontecer) postura municipal vedando a conduta atentatória à estética urbana e impondo multa. De recordar que, pela Constituição Federal, é poder-dever do Estado defender "*os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*" (art. 216, V). *A latere*, é de se ter presente que a pichação a bem público tombado "*em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico*" pode configurar o crime de dano previsto no art. 165 do CP, caso em que a ação penal é pública (cf. art. 167, *contrario sensu*), como também o é no tipo *dano qualificado* (art. 163, III), quando a afronta é cometida "*contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista*". Tratando-se de ação penal pública, a *notitia criminis* pode ser dada à Autoridade Policial por "*qualquer pessoa do povo*" (CPP, art. 5º, § 3º; arts. 165 e 167 do CP), o mesmo se dando em face do Ministério Público (CPP, art. 27). Outrossim, pode configurar-se o crime previsto no art. 328 do Código Eleitoral.

8. Tendo em vista haver, notoriamente, um interesse difuso na preservação do patrimônio público ameaçado pelas recorrentes pichações, assim como na repressão a esse tipo de atividade e no ressarcimento dos prejuízos daí decorrentes, há ensejo para o ajuizamento da ação civil pública (Lei n. 7.347/85)

por qualquer dos legitimados indicados no art. 5º dessa Lei, para proteção da estética urbana: o inciso II do art. 1º dessa Lei prevê o ajuizamento dessa ação em caso de danos "*a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*". A ação visará, conforme o caso, à cominação de um *facere* (por exemplo, restituição da coisa ao *statu quo ante*), a um *non facere* (eximir-se de tentar a pichação), ou ao ressarcimento pecuniário do dano (arts. 11 e 13 da Lei n. 7.347/85). Há possibilidade de tutela cautelar, em havendo o justo temor da pichação, para salvaguardar, por exemplo, a integridade do bem público ameaçado (art. 4º dessa Lei). Poderá haver a cominação de multa diária (art. 11 da Lei *supra*), como uma *astreinte* (CPC, art. 287), visando obter-se o cumprimento específico do julgado. O Poder Público é legitimado ativo para a ação, mas, eventualmente, pode ser legitimado passivo, quando, por omissão ou ineficiência, esteja dando ensejo à ocorrência da pichação (por exemplo, não toma providência eficaz e tempestiva para proteger o bem ameaçado) ou ainda, se o dano já aconteceu, em virtude da omissão ou da *faute du service*.

9. Há uma dificuldade técnico-processual representada pelo fato de que, usualmente, os autores da pichação são desconhecidos. Sem embargo, a moderna ciência processual, secundada por uma jurisprudência progressista e renovadora, tem indicado meios de contornar aquele óbice, invocando a instrumentalidade-efetividade do processo e ressaltando a premissa de que em matéria de tutela a valores em dimensão coletiva, o interesse processual deve ser posto na tônica da relevância-utilidade social do objeto da ação, enquanto que a legitimação deve ser deslocada para a idoneidade-adequação de quem figura como representante do interesse cuja proteção se busca. Em alguns casos de litisconsortes passivos, nominalmente desconhecidos e numerosos, tem sido autorizada a citação-edital, como meio de resolver o impasse e possibilitar o prosseguimento da ação. De outra parte, a possível inserção do Poder Público como co-réu (por omissão ou ineficiência administrativa), contribuirá para conferir maior concreção ao pólo passivo da ação, em sendo o caso. A configuração, como mandamental, da natureza da ação civil pública, proposta em doutrina, contribui para facilitar o equacionamento da execução nessas ações.