

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

ALLESSANDRO DE SOUSA LIMA

O ESTADO COMO GARANTIDOR DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

NATAL-RN

2012

ALLESSANDRO DE SOUSA LIMA

O ESTADO COMO GARANTIDOR DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob a orientação do Professor MsC. Carlos Sérgio Gurgel da Silva.

NATAL- RN

2012

Catálogo da Publicação na Fonte.

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Lima, Alessandro de Sousa

O estado como garantidor do meio ambiente cultural / Alessandro de Sousa Lima – Natal, RN, 2012.

80 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Carlos Sérgio Gurgel da Silva.

Monografia (bacharel). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Faculdade de Direito

1. Direito constitucional – Monografia. 2. Direito ambiental – Meio ambiente. 3. Cultura. I. Silva, Carlos Sérgio Gurgel da. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

ALLESSANDRO DE SOUSA LIMA

O ESTADO COMO GARANTIDOR DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

BANCA EXAMINADORA:

Prof. MsC. Carlos Sérgio Gurgel da Silva
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Profa.Esp.Cláudia Vechi Torres
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof.MsC.Claudio de Oliveira Júnior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: 27/09/2012

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais refúgio impávido de todos os momentos e sentimentos, que sempre me estimularam na busca dos meus objetivos e na defesa dos meus ideais, me mostrando sempre a importância da retidão e a ternura de um afago.

Ao meu irmão que com a sua cumplicidade e carinho nunca me deixou desistir daquilo que julgava importante e me fez nunca perder de vista o quanto se ganha ao perseverar.

Aos meus amigos, irmãos da vida, que são tão importantes nessa caminhada, tornando-a muito mais prazerosa, em especial aqueles do dia-a-dia que acompanharam a labuta da elaboração desta monografia, e sendo sempre uma fonte de compreensão, carinho e estímulo.

Aos mestres, sempre tão importantes na nossa caminhada acadêmica e que nos guiam pelos meandros do mundo jurídico, em especial ao meu orientador Prof. MsC. Carlos Sérgio Gurgel da Silva, que com muita paciência e solicitude me ajudou muitíssimo no desenvolvimento desta monografia.

“Sem a cultura, e a liberdade relativa que ela pressupõe, a sociedade, por mais perfeita que seja, não passa de uma selva. É por isso que toda a criação autêntica é um dom para o futuro”

Alberto Camus

RESUMO

O presente estudo averigua e faz uma análise crítica do Estado como garantidor do meio ambiente cultural. O patrimônio cultural é a identidade de uma sociedade, é aquilo que ela tem de mais legítimo e seu. Dessa forma, o Estado tem a obrigação de tutelar os interesses da coletividade, reconhecendo e protegendo o meio ambiente cultural. Ventila-se questões referentes à atuação do Ministério Público como órgão fiscalizador da lei, e de defensor do interesse da coletividade, no que tange meio ambiente cultural.. Serão feitas também considerações sobre o Estudo de Impacto Ambiental e sua eficácia na tutela do meio ambiente cultural. O Estatuto das Cidades também será abordado, no sentido de avaliarmos a salvaguarda que ele dá ao meio ambiente cultural. Será observado, ainda, a Carta Política de 1988 e como a questão ambiental está inserida no Texto Magno, chegando-se com isso a problemática da eficácia dos mecanismos constitucionais de salvaguarda do meio ambiente cultural material e imaterial, onde debruçaremos-nos sobre a necessidade de revisão de tais mecanismos de defesa e da participação efetiva da sociedade na proteção daquilo que lhe é mais legítimo: a sua cultura, a sua identidade.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Direito Ambiental Meio ambiente, Cultura, Tutela jurisdicional do Meio ambiente

ABSTRACT

The present study investigates and presents a critical analysis of the state as guarantor of the cultural environment. Cultural heritage is the identity of a society, is what it is and its more legitimate. Thus, the State has an obligation to protect the interests of the community, recognizing and protecting the cultural environment. Fans are issues relating to the actions of the prosecutor as watchdog of the law, and advocate the interests of the community, regarding cultural environment. Considerations will be made also on the Environmental Impact Study and its effectiveness in protecting the cultural environment. The Statute of Cities will also be discussed in order to evaluate the protection he gives to the cultural environment. Will also observed the Constitution 1988 and as environmental issues are inserted into the Major Law, coming up with it the problem of efficient mechanisms constitutional safeguard of the environment cultural material and immaterial where we analyze about the need revision of such defense mechanisms and the effective participation of the society in protecting what it is more legitimate: its culture, its identity.

Keywords: Constitutional Law, Environmental Law, Environment, Culture, Judicial protection of the Environment

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. NOÇÕES GERAIS DE CONSTITUCIONALISMO E DO MEIO AMBIENTE.....	13
1.1 Constitucionalismo.....	13
1.2 Evolução da tutela às garantias fundamentais.....	17
1.3 Definição jurídico-constitucional de meio ambiente e sua evolução.....	22
2. MEIO AMBIENTE CULTURAL.....	29
2.1 Cultura e sociedade: definição e salvaguarda constitucional.....	29
2.2 Patrimônio Cultural como garantia constitucional.....	35
3. A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE CULTURAL.....	39
3.1 Os entes federativos e suas competências.....	39
3.2 Os órgãos responsáveis pela tutela do meio ambiente cultural	42
3.3 O Ministério Público e a proteção ao meio ambiente cultural.....	46
3.4. O Estudo de Impacto Ambiental: Aspectos Culturais.....	49
4.MEDIDAS PROTETIVAS EM ESPÉCIE.....	54
4.1 Inventário.....	54
4.2 Registros	56
4.3 Tombamento.....	61
4.4 A tutela internacional do patrimônio cultural.....	68
4.5 Outras formas de tutela do patrimônio cultural.....	70
CONCLUSÕES.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

INTRODUÇÃO

O que difere uma sociedade de outra, o que une ou separa os indivíduos da aldeia global é a sua cultura. Para se conhecer uma sociedade é *mister* que se conheçam seus costumes, seus hábitos, seus valores, suas obras arquitetônicas, suas artes, leis, enfim, conhecer os componentes do que se conhece atualmente como cultura.

No século XX houve o advento de uma onda de preocupação com a preservação do meio ambiente. Isso refletiu no seu maior estudo e sistematização. Juridicamente, o meio ambiente é dividido em meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho.

Ao longo do tempo, pode-se observar uma abertura de foco, ele não se concentra apenas no meio ambiente natural, mas também nas suas outras dimensões. Com isso vemos uma nova forma de se enxergar o meio ambiente cultural. Temos hoje a preservação da identidade popular de uma sociedade como obrigação estatal e um dever do grupo social, sendo considerada como direito fundamental.

O Estado, segundo a Carta Democrática de 1988, tem o dever de garantir o meio ambiente cultural, para as atuais e futuras gerações.

Desde o século XX a sociedade tem voltado sua atenção para as questões ambientais. O ser humano começa a perceber que o meio ambiente não é simplesmente um produto que existe em função do homem e que dele se pode extrair tudo e quanto desejar. Começa-se a entender o ambiente como um organismo que deve estar equilibrado para que assim se relacionem harmonicamente os seus variados elementos.

Seguindo a onda ambientalista proclamada pela Conferência de Estocolmo em 1972, em agosto de 1981, através da Lei nº 6.938, surge no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de meio ambiente, o art. 3º, inciso I afirma: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite,abriga e rege a vida em todas as suas formas.”.

Pode-se afirmar que, hodiernamente, o Direito Ambiental é um dos ramos do Direito que mais se desenvolve. Apesar disso ocorrer a passos largos

em um relativo curto espaço de tempo, o Direito Ambiental não atinge de maneira igual e pormenorizada todas as áreas de sua abrangência.

O meio ambiente cultural faz parte do meio ambiente como um todo. No entanto, a cultura, em si, está presente desde a gênese da sociedade, quiçá da humanidade. Apesar disso, os bens culturais vêm se perdendo ao longo do tempo, pela não difusão, não preservação dos mesmos, aliadas a uma massificação cultural que segue os padrões euro-americanizados.

A discussão da questão da tutela do patrimônio cultural é de grande importância para a sociedade, pois não existe nada mais legítimo a um povo do que as suas crenças, costumes, hábitos, seu modo de viver, seus lugares e referências de memória, bem como os seus prédios históricos, conjuntos urbanos, monumentos paisagísticos, enfim tudo aquilo que se entende por patrimônio cultural, sendo ele material ou imaterial.

O debate do tema ora suscitado é relevantíssimo para o ordenamento jurídico como um todo, pois deve observar-se o patrimônio histórico cultural não somente como mais um bem tutelado constitucionalmente, mas também, como o principal caractere da identidade de uma nação.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, traz à baila a referida questão do Estado posto na posição de garante do patrimônio cultural.

É sabido que a Carta Constitucional traz mecanismos para a proteção do meio ambiente cultural, porém é *mister* que se processe uma análise científica, sem paixões, uma análise pautada na racionalidade, das eficácias das ações estatais e dos mecanismos que o mesmo coloca à disposição da comunidade.

Nesse contexto, será o foco deste trabalho monográfico analisar se o Estado, na figura de garantidor do meio ambiente cultural, desempenha sua função de maneira satisfatória, bem como auxiliar de subsídios para a sociedade participar da referida tutela.

Objetiva-se ainda: a) indagar se o estudo do meio ambiente cultural é preterido em detrimento dos estudos do meio ambiente natural; b) investigar se ocorre um choque de interesses na proteção dos bens culturais em face dos bens naturais; c) analisar se a difusão e valorização das culturas nacionais e regionais ocorrem de maneira eficaz; d) averiguar se os instrumentos protetivos do patrimônio cultural trazidos na Constituição são meros enumeradores de

bens culturais ou trazem proteção de fato, e por fim, e) questionar se a comunidade participa de forma ativa na tutela dos bens culturais.

Para tanto, utilizaremos como metodologia principal a pesquisa bibliográfica, visto que se baseará em construções doutrinárias que versem a respeito da proteção do patrimônio cultural, onde deverá abranger o seu conceito, seus mecanismos de defesa e a sua importância jurídico-social.

Será ainda de suma importância para este trabalho acadêmico a pesquisa documental, onde serão consultadas as Leis do nosso ordenamento jurídico pátrio, tais como a Constituição Federal, as leis específicas que tratem do tema base do trabalho, tais como o Estatuto das Cidades, as leis que regem o licenciamento ambiental e sua necessidade para tutelar bens culturais, ou seja, todos os diplomas legais que possam trazer embasamento para o desenvolvimento do presente trabalho acadêmico.

Os métodos de abordagem que serão aplicados serão o dedutivo e dialético, para que se consiga chegar aos almejados objetivos.

Para a normatização do trabalho de conclusão de curso serão seguidas as normas e diretrizes estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

O referido trabalho se coaduna com as diretrizes do Projeto Político pedagógico do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, pois traduz uma abordagem ético-política preocupada com o desenvolvimento e perpetuação da cultura local/nacional, através de medidas protetivas eficazes, sendo tal componente peça obrigatória para a formação do bacharel em Direito.

A monografia conterà no seu total quatro capítulos. No primeiro capítulo tratar-se-á da noção geral de constitucionalismo e de meio ambiente, transpassando pelos seus conceitos e sua evolução histórica e conceitual. Será observado ainda à alocação do meio ambiente como Direito Fundamental e a sua posição constitucional como bem jurídico de grande relevância.

Após uma noção geral dos temas supra, o capítulo segundo abordará especificamente o meio ambiente cultural, definindo-o, abordando a relação cultural na sociedade e finalmente estabelecendo o meio ambiente cultural como garantia constitucional.

Em um terceiro momento será abordado de maneira específica a tutela jurídica ao meio ambiente cultural, como é dada sua divisão perante os entes federativos, a atuação e competência de cada um deles. No final do capítulo tratar-se-á dos órgãos que são responsáveis pela gestão e proteção do meio ambiente cultural, observando a atuação do Ministério Público, e, finalmente, considerações acerca do Estudo de Impacto Ambiental e seus aspectos atinentes ao patrimônio cultural.

No quarto e último capítulo, o foco do presente estudo será a análise dos instrumentos de tutela do meio ambiente cultural, abordando as medidas protetivas em espécie e fazendo um juízo crítico sobre a sua eficácia.

1.0 – NOÇÕES GERAIS DE CONSTITUCIONALISMO E DO MEIO AMBIENTE

1.1 Constitucionalismo

Para que se vislumbre o meio ambiente como Direito Fundamental é de grande relevância que se faça uma conceituação inicial do constitucionalismo, visando assim uma melhor observância da questão, de maneira abrangente, situando-a em um macrocosmo constitucional.

Ao se falar de constitucionalismo convém inicialmente, entender a origem do termo, tanto etimológica quanto epistemologicamente. Nesse sentido, André Ramos Tavares¹ assevera:

Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

O constitucionalismo deverá ser tomado aqui como sendo os propósitos mais latentes e atuais de uma sociedade. No entendimento de Dromi², o constitucionalismo deve ser produto de uma influência constante das necessidades do corpo social. É imperioso que se tenha um ideário de continuidade, um desenvolvimento lógico do constitucionalismo, tendo como norte os anseios, propósitos e necessidades sociais.

Nesse contexto, a tutela ao meio ambiente se enquadra então em uma moderna visão de constitucionalismo, onde é retomada uma concepção constitucionalista com o desenvolvimento de novos ideais.

Não se deve interpretar, contudo, que os propósitos de limitação de poder, e dos ideais defendidos em outrora, não estejam presentes no cerne

1 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pág.1

2 DROMI, José Roberto APUD TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.pág.14

constitucionalista, mas, agora o foco é a proteção dos direitos fundamentais de 3ª dimensão, especificamente o Direito a um meio ambiente equilibrado.

O florescer constitucionalista, como hoje o compreendemos, pautado nos ideais racionalistas do século XVIII, ocorre após o nascimento do Estado Moderno, que traz para si a soberania e a detenção do poder. Antes disso, o que se tinha, eram formas incipientes de leis fundamentais. Podemos alocar como forma embrionária de leis fundamentais, os pactos medievais, a *Magna Charta Lebertarum*, entre outros.

Não podíamos falar ainda em Constituição, pois seu traço primordial, o poder concentrado no aparelho estatal, ainda não era presente, não havia um Estado de Direito, não encontrávamos um arcabouço legal que fosse imposto a toda a coletividade social. O que se conhece como Constituição atualmente, é fruto de inúmeras influências, de ideias e ideais, assim assevera o Prof. Nelson Saldanha.³

Das discussões inglesas dos séculos XVI e XVII resultaram temas tornados essenciais para o debate político, tais como a competência do Parlamento e do Judiciário, a validade das leis e da autoridade obtida através do consentimento do povo, a Constituição como um sistema de poderes em equilíbrio. Das discussões francesas, basicamente as do século XVIII, tomaram corpo outros temas, como sejam a Constituição como um sistema de poderes divididos, o poder constituinte como atributo do povo, a soberania nacional como alicerce de todos os poderes. Certamente todas estas questões estavam alimentadas por ideias fundamentais, uma delas a do contrato social.

O traço distintivo do movimento constitucional é inicialmente a limitação legal do poder estatal. É, portanto, um traço de caráter negativo, onde as condutas da sociedade estão regidas por normas, as quais têm sua validade encontrada na Lei Maior.

É nesse diapasão que, historicamente, surge à ideia de Constituição, objetivando inicialmente o afastamento do modelo absolutista vigente até então na Europa. Daí as primeiras Cartas Magnas serem repletas de liberdades, no tocante a direitos civis e políticos. Porém fazendo-se uma análise crítica, as Constituições iniciais eram de caráter utópico, posto que não traziam

3 SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pág.115

mecanismos para que fossem efetivados os direitos libertários por ela garantidos.

Segundo a doutrina, a conceituação atual de constituição foi dada por Sieyès, nesse sentido afirma Walber de Moura Agra⁴

Foi o Abade Sieyès o formulador da moderna conceituação de Constituição que conhecemos. A importância de Sieyès se deve ao deslocamento do eixo de legitimidade do poder político – que antes era calcado em fundamentos teocráticos, sustentados pela revelação divina – para um substrato de legitimidade alicerçado na soberania da nação, ou seja, a justificativa de poder que fora imputados a fatos transcendentais, à vontade de Deus, a partir de Sieyès passou a se basear na vontade humana, personificada na soberania da nação.

Com as ideias de Sieyès podemos observar o começo da formação da estrutura do Estado como o conhecemos, fundado na soberania do povo, e sendo ele o único detentor, de fato, do Poder social.

Ao observar-se a questão por uma óptica mais ampla e globalista, pode-se afirmar que o constitucionalismo é a expressão maior do fenômeno da globalização. Mesmo atentando para os questionamentos e divergências que permeiam o tema deve-se reconhecer a grandeza e a presença sempre mais constante da integração econômica e cultural dos povos, gerando assim a tendência a um constitucionalismo supranacional.

Dentro deste contexto globalizante constitucional, encontra-se uma nova visão de constitucionalismo, uma maneira moderna de se vislumbrar a questão constitucional, se está, por fim, diante do que hodiernamente é conhecido por neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado ou paradigma argumentativo, tem como uma das suas principais características a falência do padrão normativo, que era fundado essencialmente na positividade descritiva. Estamos diante agora, de um padrão fundado na axiologia, na valoração em si, o Direito é, portanto, um anexo a dimensão moral.

Fazendo uma oposição entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo tradicional, observamos que existem conflitos em pontos nodais entre os modelos constitucionais. O positivismo clássico defende ser o

4 AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010 Pg. 33.

direito posto obedecido simplesmente porque é válido, entende o neoconstitucionalismo, que a sua validade se funda na esfera axiológica. Temos ainda uma divergência no que tange a rígida separação entre Direito e moral professada pelo modelo constitucional pretérito, no novel entendimento, moral e Direito devem caminhar em simbiose. No entender de Lenio Streck⁵ temos:

Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma “ideologia política” menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como ideologia, porque este separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico. Tal separação, e a consequente afirmação de que o direito pode ser estudado simplesmente como fato social por um observador neutro, determinaria a incompatibilidade, já que o direito do Estado constitucional necessitaria, para ser estudado e compreendido, de uma tomada de postura moral, enfim, requereria uma atitude ética. Já o direito constitucional carregado de princípios morais positivados, que haviam reconduzido ao interior do discurso jurídico as problemáticas morais.

Diferentemente do constitucionalismo tradicional, temos como vertente neoconstitucionalista, não mais o foco de limitação do poder estatal, temos sim, como alvo, a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido se posiciona o professor Walber de Moura Agra⁶

Os direitos fundamentais, na atualidade, representam o mesmo papel que antes era função dos direitos naturais. Contudo, sua acepção não tem nenhum tipo de ligação com qualquer jusnaturalismo ou voluntarismo. Devem ser estabelecidos dentro da dialética das relações sociais, sendo fruto de injunções específicas de natureza sociopolítico-econômicas.

5 STRECK, Lenio L. A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: **Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág 153.

6 AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Pág. 44.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais assumem um papel duplo, no âmbito interno e externo. Internamente, são as referências para as normas infraconstitucionais, podendo estas serem declaradas inconstitucionais quando de encontro aos direitos fundamentais, e, externamente como pilar extrajurídico do sistema normativo. Isso posto, há um rompimento com a antiga visão. Agora, a validade formal-positiva não serve mais como validadora dos parâmetros jurídicos, sendo imperiosa que haja a reestruturação dos critérios validativos através dos requisitos materiais.

1.2 Evolução da tutela às garantias fundamentais.

Para entender a tutela constitucional dos direitos fundamentais, e assim, por conseguinte, entender a proteção ao meio ambiente cultural, é importante que nos situemos no espaço-tempo. Para tanto é primordial que façamos uma observância da evolução do tema, fazendo o seu resgate histórico.

A história dos direitos fundamentais se confunde com a própria evolução do Estado Moderno.

O Estado Moderno ao se desenvolver e conseqüentemente se positivar, através do surgimento e fortalecimento das constituições escritas, foi protegendo em seu bojo cada vez mais o que o corpo social considerava fundamental. Foi-se reconhecendo através do tempo novas necessidades básicas, em virtude da própria evolução do Estado de Direito. Ainda agindo como forma de pressão de mudança social tinha-se o processo de industrialização e todos os meandros sociais que ele trazia à tona, a partir do próprio impacto tecnológico e científico, além do processo de descolonização entre outros quesitos que viriam a interferir direta ou indiretamente no contexto da evolução do Estado Moderno.

O entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet⁷ é:

Assim, fica desde já subentendida a ideia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal. Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K.Stern,

7 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Pág. 37

conhecido mestre da Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Pode-se observar que os direitos fundamentais passam por um processo de maturação jurídico-constitucional, aonde as necessidades tuteladas vão mudando, mudanças estas não no sentido de substituição, mas no sentido de aumento do corpo tutelado, partindo da proteção da liberdade, e chegando a modernas teorias de tutela e proteção a paz.

Fazendo uma análise histórica da evolução dos direitos fundamentais depara-se inicialmente com a já referida fase pré-histórica. Tem-se nesse estágio de desenvolvimento o início da formação do arcabouço filosófico do jusnaturalismo, principalmente através da filosofia clássica e da religião.

É inegável a contribuição da filosofia Greco-romana para a estruturação do jusnaturalismo, que enxergava no homem, pela sua simples condição humana, como sendo detentor de direitos naturais, que eram por sua vez, inalienáveis. O ser humano é observado aqui, por uma própria necessidade político-democrática, como ser livre e individual. Tal posicionamento filosófico era essencial para o desenvolvimento do modelo político das Cidades-Estados Gregas, especificamente a ateniense, onde podia ver-se uma democracia direta.

Ao passo que a filosofia traz o início da observância do homem como ser livre, é no cristianismo que se pode enxergá-lo como parte integrante de um todo, de uma comunidade, devendo portanto haver um juízo de igualdade entre os mesmo.

Seguindo ainda a classificação anterior, se tem uma fase intermediária, onde é elaborada uma doutrina jusnatural que, paulatinamente, é afirmada com os direitos naturais do homem. Um dos grandes alicerces deste período foi Santo Tomás de Aquino e suas teorias jusnaturalistas. Para ele haviam duas ordens distintas formadas pela corrente do direito natural, que era a exteriorização da natureza racional humana, e a corrente do direito positivo.

O pensamento de Santo Tomás de Aquino foi fundamental para que a dignidade da pessoa humana ganhasse expressão na doutrina jusnaturalista. No período renascentista houve a inserção da ideia de que a personalidade

humana se caracterizaria por ter um valor próprio, inato, onde tem sua expressão máxima na ideia de dignidade de ser humano, que surge na qualidade de valor natural.

Partindo do século XVI e seguindo pelo século XVII e XVIII ocorre um avanço nas doutrinas jusnaturalistas com o advento das teorias contratualistas.

Ainda nesse contexto, tem o iluminismo de fundamentação jusnaturalista, grande relevância, onde os direitos naturais do homem são reconhecidos e tidos como expressão da dignidade da pessoa humana.

Dando fechamento ao ciclo histórico dos Direitos Fundamentais, chega-se ao pensamento de Kant, quando afirmava que a totalidade dos Direitos poderia ser abarcados pelo direito de liberdade.

Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet⁸ afirma:

É o pensamento kantiano, nas palavras de Norberto Bobbio, contudo, o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. Conforme ensina Bobbio, Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico.

Após um resgate histórico deve-se atentar para a divisão evolutiva das chamadas gerações ou dimensões dos Direitos Fundamentais. Antes de adentrar no tema é interessante que se observe a celeuma que envolve a terminologia do vocábulo. Existe uma imprecisão terminológica ao se referir a Direitos Fundamentais como detentor de gerações, pois ocorre uma falsa impressão de alternância, de uma substituição gradativa de uma geração por outra, quando na verdade ocorre um processo cumulativo, com o reconhecimento de novos Direitos Básicos.

Adentrando especificamente nas dimensões dos direitos fundamentais tem-se a chamada primeira dimensão. Tal fase surge com o advento da burguesia, onde se detinha o poderio econômico, porém o político estava adstrito a uma minoria nobre. Na ocasião surge a busca por uma constituição

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Pág. 40

escrita lastreada do pensamento liberal-burguês do século XVIII. É uma geração que se caracteriza por direitos negativos, direitos de defesa perante o Estado, são direitos marcadamente de cunho individualista, onde há uma forte afirmação dos direitos do indivíduo frente ao Estado.

Assevera Paulo Gustavo Gonet Branco⁹ sobre as dimensões dos direitos fundamentais que:

A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista.

Dando sequencia a análise das dimensões dos direitos fundamentais, parte-se então para a análise dos direitos de segunda dimensão. Esta dimensão surge a partir da industrialização e os avanços tecnológicos advindos desde então. O referido processo trouxe consigo uma grande mudança na estrutura social vigente.

Nesse contexto, a problemática social e econômica surgiu à tona, e junto com ela as doutrinas socialistas e a observância de que apesar da consagração formal na Constituição dos princípios de igualdade entre os homens, não se verifica a sua efetiva fruição.

O ideário absenteísta do Estado passa a não mais servir para a estrutura social vigente. É ansiada aqui uma nova forma de atuação estatal, é necessário agora, que o Poder Público aja no sentido de equilibrar a estrutura social. Temos com isso, uma dimensão positiva dos direitos fundamentais, o Estado deve adquirir uma postura ativa na realização da justiça social.

Tais preceitos fundamentais podem ser vistos em diversas constituições a partir do século XX, especialmente após o primeiro pós-guerra, pode-se enxergar os novos direitos fundamentais inclusive em pactos internacionais.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pág. 309

Como ápices desse novo ideário não poderiam deixar de serem mencionadas a Constituição Mexicana de 1917 e a constituição de Weimar de 1919.

A segunda dimensão abrange então direitos positivos e as liberdades individuais, objetivando a liberdade real, fruto de ações de caráter corretivas por parte do Estado, tendo como metas a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, entre outros. Nesse sentido temos a explanação de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰:

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

É importante que se frise que assim como os direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais se reportam à pessoa individual, não podendo ser portanto confundidos com os direitos coletivos e difusos da terceira dimensão.

Adentra-se então no ápice da presente explanação, quais sejam: os direitos fundamentais de solidariedade e de fraternidade ou os de terceira dimensão, onde estão situados o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão têm como nota distintiva das demais dimensões, a descaracterização do homem-indivíduo como detentor dos mesmos. O que se tem aqui é a proteção de grupos humanos, ou seja, a titularidade desses direitos fundamentais é a coletividade.

Como exemplo de direitos de terceira geração temos o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico cultural, entre outros.

No âmbito do Direito Internacional, é de grande importância os direitos fundamentais de terceira dimensão. Os destinatários desses direitos não são mais o cidadão-indivíduo ou o cidadão-Estado. Os detentores deles é a coletividade, o gênero humano como um todo. Assim, tais direitos ultrapassam os limites territoriais do país. Aloca-se aqui, a ideia de globalização de direitos

10 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pág. 311

fundamentais, sendo considerada para alguns doutrinadores como condição para a sua eficaz fruição, o empenho transnacional.

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹¹

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela a título de exemplo, especialmente ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual. Em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Observando a abrangência dos direitos fundamentais de terceira dimensão pode-se enxergar que sua positivação ainda não é eficaz na seara constitucional, temos uma gama de positivação de direitos, porém não encontramos maneiras eficiente de exercê-los. Todavia, está a caminho da efetivação no que tange o direito internacional, pois está positivado em um grande número de tratados e documentos transnacionais.

1.3 Definição jurídico-constitucional de meio ambiente e sua evolução

Uma definição jurídica precisa e confiável deve passar antes de tudo por uma análise lexical e axiológica. Para parte da doutrina a terminologia “meio ambiente” é redundante, pois ambiente já traz em seu bojo axiológico a ideia de meio, se refere à esfera, o âmbito que cerca o ser humano. O próprio legislador constitucional pátrio é redundante a tratar do meio ambiente.

O meio ambiente é de fato um conjunto de elementos culturais e naturais, que interagem entre si constituindo assim o meio em que se vive. A expressão “meio ambiente”, se levada em consideração à interconexão de valores, culturais, naturais e humanos, se torna mais rica que simplesmente “ambiente”, além do mais é plenamente aceito pela doutrina, jurisprudência e na legislação em geral.

Segundo José Afonso da Silva¹²

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Pág. 49

12 SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 7º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. Pág. 20

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

Com a definição de meio ambiente supra, podemos perceber que não se trata somente de dimensões separadas e sim um conjunto dinâmico de interações das diversas formas de meio ambiente.

Partindo para uma conceituação jurídica do meio ambiente, podemos entendê-lo de duas maneiras distintas. Estritamente, o meio ambiente nada é além da expressão do patrimônio natural e a sua relação com os seres vivos. Essa visão é de caráter extremamente simplista e despreza todas as esferas que não estejam ligadas aos recursos naturais. Essa concepção reducionista é observada na Ecologia tradicional, e não se coaduna com as atuais teorias ambientalistas.

Analisando a questão através de uma concepção mais ampla, o meio ambiente diz respeito a toda a natureza original e toda aquela artificial, além dos bens culturais ligados a essas esferas.

Uma conceituação legal do meio ambiente é de extrema importância para o atual entendimento da questão, pois nos dá bases sólidas para definição do objeto ora estudado.

No ordenamento jurídico pátrio o conceito de meio ambiente foi introduzido pela Lei 6.938/1981 – que instituiu a - Política Nacional do Meio Ambiente- que o conceituava como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Sobre essa conceituação Jair Lima Gevaerd Filho¹³ afirma que a conceituação peca por não fazer nenhuma referência as variantes econômicas e sociais, que estão presentes de maneira determinante nas relações e interações do meio ambiente. Afirma ele que:

Se partimos do conceito imobilista, estreito e parcial, que elege como princípio fundamental a conservação do estado natural e intocado da fauna e flora, podemos encontrar motivação para a interdição de toda e qualquer transformação antrópica da natureza. A prevalecer, às últimas consequências, tal posição, é imperativo que se destruam as cidades para que nelas a fauna e a flora voltem a existir em seu

13 FILHO, Jair Lima Gevaerd. Anotações sobre os conceitos de meio ambiente e dano ambiental. In: **Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente**. Curitiba: Instituto de Terras, Cartografia e Florestas, n. 2, p.16, 1987

estado de natureza primitivo! Porém, se, ao contrário, partimos do conceito de meio ambiente como conjunto de interações físicas, químicas, biológicas, sociais e econômicas, dentro de um determinado espaço geográfico, poderemos chegar à aferição, em um caso concreto, da medida razoável

O conceito de meio ambiente adotado pela legislação pátria é controverso. Ele é imobilizado, e não leva em conta o caráter dinâmico das mutações socioeconômicas, que, invariavelmente, influenciam do meio ambiente. É importante que se observe ainda, que o referido conceito é usado para os fins a que se destina a lei específica, não sendo um axioma jurídico.

Apesar do grande relevo dado ao tema pela Constituição de 1988 que o tutela com *status* de Direito Fundamental, a importância dada ao meio ambiente é relativamente recente. Ocorreu com maior expressão na segunda parte do século XX. Convém asseverar que as Constituições anteriores a esse “boom” ambiental não traziam nada explicitamente acerca da tutela ambiental. Tal fato ocorreu com as constituições mais antigas, como a inglesa e francesa e as brasileiras que antecederam a Carta política de 1988.

Mesmo sem proteção constitucional o meio ambiente não era desprovido de tutela, a legislação infraconstitucional, através de leis e regulamentos tutelavam o meio ambiente. Ocorria que, na ótica específica da época, o foco não era o meio ambiente em si, mas sim a saúde humana como produto influenciado pelo meio ambiente.

A onda de positivação do meio ambiente se deu em âmbito mundial. A inserção da tutela ambiental nas Cartas Constitucionais, apesar de ser relativamente recente, se deu de maneira muito forte ao redor do globo. Somente a partir da Conferência de Estocolmo em 1972 é que houve uma sistematização da forma de tutelar o ambiente. A referida Conferência foi primordial para o entendimento ambiental, a partir de então, o meio ambiente foi pensado de outra forma, e isso refletiu diretamente nas Cartas Constitucionais que sucederam o ano de 1972.

Em um rápida exemplificação da experiência de outros países no referido tema, podemos atentar para a Constituição do Chile de 1972 que afirma ser direito de todas as pessoas um ambiente isento de contaminação, e ser dever do Estado a salvaguarda desse direito.

A Carta Magna do Panamá, que data de 1972, afirma que a garantia de um meio ambiente sadio, bem como o combate a poluição é uma obrigação fundamental do Estado.

Em 1974 a Iugoslávia em sua Carta afirma em seu art. 192 ser o homem detentor do direito a um meio ambiente de vida sadio. Afirma ainda que deve ser assegurada à comunidade social as condições necessárias para o regular exercício deste direito.

A Constituição grega de 1975 ao tutelar os direitos individuais e sociais, afirma que é obrigação do Estado proteger o meio ambiente.

Em Portugal em 1976 legislou o constituinte no sentido de que é direito fundamental do homem o meio ambiente de qualidade, sendo alocado o mesmo entre os direitos e deveres sociais.

Houve experiência legislativa também nesse sentido na Polônia, que com sua Emenda Constitucional datada de 1976, traz ao mundo jurídico melhores formas de tutelas o meio ambiente.

Em 1976 ainda, a Argélia, através de sua constituição, torna propriedade estatal as terras pastoris e agrícolas, florestas, águas, subsolo, riquezas minerais e naturais do país em seu art. 14.

A China, em sua Carta Constitucional de 1978 dá ao povo a propriedade das jazidas minerais, das águas, das florestas, e das terras incultas. A referida Constituição traz ainda em seu corpo que o Estado deverá proteger o meio ambiente e os recursos naturais, tomando medidas preventivas e lutando contra a poluição e outras males comuns. (art. 11)

É relevante observar a experiência da União Europeia no que tange o direito ao meio ambiente. De início devemos atentar para o fato de a União Europeia ser uma comunidade formada de Estados autônomos e soberanos. Vale salientar ainda que a referida comunidade não possui uma Constituição comum. É antes de tudo um bloco econômico, que foi se desenvolvendo e chegou ao estágio hodierno.

A tutela ao meio ambiente é tida na União Europeia como transnacional. Assim sendo, é de competência de uma organização supranacional, formada pelos interesses dos Estados-membros. Essa lógica europeia é de grande valia, posto que o direito ao meio ambiente é difuso e transindividual e o seu

dano não afetaria somente os limites geográficos de um Estado, mas a coletividade como um todo.

Em observância ao contexto internacional o Brasil não fez diferente e na Carta Magna de 1988 o tema *meio ambiente* foi abordado em consonância com as diretrizes doutrinárias vigentes. Porém anteriormente à Constituição Federal de 1988 o meio ambiente não alvo de preocupação. Nelas não era possível se quer se encontrar referências ao termo meio ambiente.

Na Constituição do Império de 1824 não existia referência alguma a questão do meio ambiente, encontrávamos apenas uma proibição de indústrias que eram contrárias à saúde do cidadão.

Na Carta de 1891 era possível observar, no que se refere ao tema, a atribuição de competência legislativa à União, quando se trata-se de minas e terras.

Pode-se observar uma certa evolução da tutela na constituição de 1934, pois com ela é protegido as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico e cultural, além de ser depositado no campo da competência da União legislar sobre as riquezas do subsolo, mineração, água, florestas, caça, pesca e sua exploração.

A Constituição de 1937 continua na linha da Carta de 1934 e tutela os monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como das paisagens e locais especialmente dotados pela natureza.

Em 1946 a linha da tutela ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico foi mantida. Somado a isso, tivemos a União como sendo competente para legislar sobre a defesa da saúde, das riquezas do subsolo, das águas, florestas, caça e pesca.

A Lex Mater de 1967 em seu art. 172 trazia a já consagrada tutela do patrimônio histórico, cultural e, ainda no art. 8º, XVII, atribuía a União a competência de legislar normas de caráter geral sobre, a defesa da saúde, jazidas, florestas, caça, pesca e águas.

Antes da Carta Política de 1988, temos por fim a Carta outorgada de 1969 que manteve as tutelas e competências da Constituição de 1967. O que vale ressaltar aqui é o uso pela primeira vez no nosso âmbito jurídico, do termo ecológico, onde no art. 172 têm-se “ a lei regulará, mediante prévio

levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades”.

Chega-se então à Carta Magna de 1988. Nela observa-se uma grande preocupação e destaque ao assunto do meio ambiente. O sistema constitucional vigente é comparativamente um dos mais abrangentes e atuais do mundo no que tange a proteção do meio ambiente.

Foi estruturado no Brasil, com a Carta Magna de 1988, todo um arcabouço para que se tenha uma eficaz tutela dos valores ambientais, dando a ele características que lhe são peculiares, distinguindo-o dos institutos da posse e da propriedade. Surge assim um novo entendimento acerca dos direitos difusos.

A essência deste entendimento encontra-se no art. 255 do Texto Magno, que assim prescreve¹⁴:

Art. 255. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Façamos uma interpretação clara do art. 225 da Constituição , abordando os seus pontos nodais. O primeiro ponto a ser observado é o meio ambiente equilibrado como direito de todos. Inicialmente podemos entender como “todos”, os brasileiros e os estrangeiros residentes no País, assim como professado pelo art. 5º da Constituição da República.. Um outro entendimento para a termo seria que o ele se relaciona-se a toda e qualquer pessoa humana, sendo ela, portanto, detentora da tutela dos valores de um meio ambiente equilibrado. Sobre esse posicionamento versa Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹⁵

Registre-se a nossa discordância com esse posicionamento, porque entendemos que o povo, enquanto conjunto de indivíduos que falam a mesma língua, têm costumes e hábitos assemelhados, afinidades de interesses, história e tradições comuns, é quem exerce a titularidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentro de uma nova visão constitucional plenamente adaptada aos interesses de uma sociedade de massa, até mesmo porque o art. 255, ao definir o bem ambiental, preceitua-o como um bem de uso comum do povo.

14 BRASIL. **Constituição Federal da República**, 1988. Art. 255.

15 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pág. 63.

Um segundo ponto que merece atenção é o que diz respeito ao que se entende por bem ambiental. O bem ambiental é um bem de caráter difuso de uso comum do povo como um todo, porém não sendo de propriedade de nenhuma pessoa física nem de nenhuma pessoa jurídica. É portanto um bem que se encaixa em um terceiro gênero, onde a União não detém sua propriedade é detentor de sua gestão.

É válido de atenção ainda a ideia de “essencial à sadia qualidade de vida”, onde se foca o bem estar do ser humano, é, em uma análise macro, uma adaptação da dignidade da pessoa humana, é um desdobramento do referido princípio.

O último ponto a ser observado no art. 255 é o quesito que afirma que o bem tutelado é de interesse das atuais gerações, assim como das vindouras. Temos nessa parte do artigo uma forte influência dos ideais ambientalistas que floresceram e servirão de pilar teórico da Carta Magna, no que tange o tema meio ambiente.

O art. 255, portanto, é composto por quatro ideias fundamentais; a) é direito de todos um meio ambiente equilibrado; b) o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida; c) é dever da coletividade e do Estado a tutela do meio ambiente e que essa tutela deve ser um vínculo das atuais e futuras gerações.

Não se deve enxergar a questão ambiental somente no âmbito conferido no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social, pois está dentro do seu bojo muito outros dispositivos que estão insertos no decorrer da Constituição.

2.0 – MEIO AMBIENTE CULTURAL

2.1 – Cultura e Sociedade: Definição e salvaguarda constitucional

O que difere o homem dos outros animais, o que lhe caracteriza como ser pensante e racional é a sua cultura. O homem é pela sua própria natureza

um ser associativo, desde os genos da Grécia Antiga, quiçá desde da sua origem os indivíduos se associam.

O produto dessa associação, da sociedade em si, é a cultura. O fenômeno cultural é reflexo das crenças, das leis, dos costumes, do conhecimento, e de toda a interação dos indivíduos entre si e com o meio que os cerca. A construção cultural é feita incessantemente, geração após geração. É, portanto, um produto feito pelo homem para o homem.

A cultura é definida por Antônio Houaiss¹⁶ como “complexo de atividades, instituições, padrões sociais ligados à criação e difusão das belas- artes, ciências humanas e afins”. Ainda conceituando, recordamos Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁷, que afirma ser a cultura “o processo ou estado de desenvolvimento social de um grupo, um povo, uma Nação, que resulta do aprimoramento de seus valores, instituições, criações”.

O escritor que inaugura o uso antropológico do termo cultural é Edward Tylor, no ano de 1871, quando condensa no termo inglês *culture*, o termo francês *civilization*, que relaciona-se com os feitos materiais de uma sociedade, e o de origem germânica *kultur*, que diz respeito aos traços espirituais de um povo. Assim sendo, o termo em inglês *culture*, abarca os feitos do ser humano como um todo, desde o seu conhecimento até as suas leis, passando por sua moral, artes, costumes, entre outros¹⁸.

Antropologicamente, nos dias atuais a visão de Tylor sobre a cultura é vista como obsoleta, pois ela levava em consideração que a cultura se desenvolvia de maneira uniforme, era uma expressão geral de um determinado povo.

Em contraponto ao evolucionismo cultural de Tylor temos as ideias de Franz Boas¹⁹, batizada como particularismo histórico, que tem como tese pilar a ideia de que cada cultura segue sua própria direção, sendo influenciada por múltiplos acontecimentos históricos que vivenciou. Seguindo tal preceito o

16 HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Editora Objetiva, 2001

17 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio do Século XXI: o Dicionário da Língua Portuguesa**, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999 (CD-ROM)

18 CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000 Pág. 22

19 BOAS, Franz APUD CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000 Pág. 27

autor utilizava o termo “culturas”, para identificar essa pluralidade de culturas coexistindo autonomamente, e sendo observada sob a ótica de seu passado.

A associação entre o caráter cultural e biológico é rescindido pelas teorias de Alfred Kroeber, que afirmam o caráter superior da cultura em detrimento da biologia. O teórico afirma que é a cultura a responsável pelo afastamento do homem do mundo animal. É ela o meio adaptativo do indivíduo a grande diversidade dos ambientes naturais, modificando-os em sua benesse.

A cultura segundo Kroeber²⁰, era apreendida e não inata, apreendida por um processo cumulativo e constante, que é transmitida de uma geração a outra.

Hodiernamente existe uma visão semiótica de cultura, enquadrando-a como sendo uma rede de significados elaborados pelo homem, um sistema formado por símbolos, junção de textos e significados que se revela por meio de metáforas, formando assim um elemento primordial na essência da natureza humana, Clifford Geertz²¹, nesse sentido, afirma:

Como sistemas entrelaçados de signos interpretáveis (o que eu chamaria símbolos, ignorando as utilizações provinciais), a cultura não é um poder, algo ao qual podem ser atribuídos casualmente os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos; ela é um contexto, algo dentro do qual eles podem ser descritos de forma intangível – isto é, descritos com densidade

Neste diapasão Marilena Chauí²² traz três traços fundantes da cultura: a) a elaboração de uma ordem simbólica da lei, baseado em um sistema valorativo; b) a criação de uma dimensão simbólica da linguagem e por fim c) o conjunto das práticas humanas, das relações entre si e com o meio. A cultura está condicionada assim as experiências humanas, a sua visão de mundo, sendo, portanto, de rápida identificação indivíduos de culturas diferentes, pois terão fatalmente, hábitos, crenças, maneiras de se vestir ou andar, distintas.

20 KROEBER, Alfred APUD LARAIA, Roque. **Cultura, um conceito antropológico**. 4ª Ed. Rio de Janeiro:Zahar, 1989 Pág. 28

21 GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989. Pág. 24

22 CHAÚÍ, Marilena. **Cidadania cultural: o direito à cultura**. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2006. Pág.114

No âmbito jurídico também tivemos a preocupação com a cultura, sem contudo se distanciar totalmente do prisma antropológico. O renomado jurista Miguel Reale²³ define cultura como sendo:

o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modifica-la, quer para modificar a si mesmo. É, desse modo, o conjunto de utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando através da história, como cabedal ao patrimônio da história humana

Reale faz ainda uma interessante abordagem dicotômica entre cultura e natureza, para ele se opõe aqui o criado pelo ser humano e o dado ao homem, que independe da intervenção humana.

Ao fazermos uma comparação entre as definições de cultura e de patrimônio cultural, pode-se entender que, pelo menos no âmbito jurídico, eles se entrelaçam, se confundem. É justamente a cultura, através da sua expressão como patrimônio cultural, que é o bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Não é ineditismo da Carta Magna de 1988 a preocupação com o patrimônio cultural, exemplo disso pode ser retirado das Constituições Republicanas pretéritas, a de 1934 coloca, em seu art. 10, III, no âmbito de competência da União e dos Estados “proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”.

Têm-se o Decreto-Lei n. 25/37 como um dos primeiros diplomas legais pátrios que tratam de meio ambiente cultural. Conceitua este decreto, ser o patrimônio cultural histórico e artístico nacional, como sendo o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País, cuja conservação de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Versando sobre o tema, encontramos ainda, a *Lex Mater* de 1937 que “os monumentos históricos, artísticos ou naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela Natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, Estados e dos Municípios. Os atentados contra

23 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 14ª Ed., São Paulo: Saraiva 1987. Pág. 24

eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional” (art. 134)

Em 1946 tivemos no art. 175 da Constituição Federal que “as obras, monumentos, e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público”.

A Carta Política de 1967 traz no art. 172 que “o amparo à cultura é dever do Estado. § único: Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artísticos, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

Ao fazermos uma breve análise da tutela do patrimônio cultural nas Constituições Brasileiras, aprendemos que a conceituação sofre uma evolução. Porém o cerne, ou seja, o núcleo de entendimento do patrimônio cultural não é mudado, continua se relacionando com uma grande minoria de quesitos do macrocosmo cultura. É preocupação aqui, sobretudo a defesa do meio ambiente cultural material. Não se tinha até então a visão hodierna de meio ambiente. Porém a Carta Política de 1988 cria uma nova maneira de pensar a cultura e o meio ambiente cultural.

De posse da definição do vocábulo cultura atentemos para o que o ordenamento jurídico pátrio atual entende por patrimônio cultural. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 216²⁴ afirma:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

24 BRASIL. **Constituição Federal da República**, 1988. Art. 216.

A definição constitucional de patrimônio cultural traz uma enumeração de bens culturais, essa enumeração não constitui um rol taxativo, é um rol exemplificativo. Prova disso, são os vocábulos usados: “nos quais se incluem”, admite-se assim implicitamente, que outros bens culturais possam vir a existir.

Façamos então uma interpretação da supramencionada definição constitucional de patrimônio cultural, analisando pormenorizadamente seus termos chave.

Patrimônio cultural é antes patrimônio, o termo se remete ao vernáculo latino como *patrimonium*, relaciona-se seu significado primeiramente como “herança paterna”, “herança comum” ou “bem de família”. É em última análise a um conjunto de valores, em sentido *lato* e *stricto*, transmitido para a posterioridade.

Neste entendimento explana a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado²⁵ que:

O conceito de *patrimônio* está ligado a um conjunto de bens que foi transmitido para a geração presente. O *patrimônio cultural* representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir. Esse patrimônio é recebido sem mérito da geração que o recebe, mas não continuará a existir sem seu apoio. O patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura.

A sociedade é aqui a maior interessada na preservação do seu patrimônio cultural, pois ele não existe sem a atuação dela. Não é suficiente para a preservação dos bens culturais a não destruição dos mesmos. É imprescindível para a sua manutenção ações positivas do povo e do Estado.

Analisando a definição constitucional devemos atentar agora para significado do termo “referência à identidade”. Identidade, neste sentido, é um conjunto de relações culturais intersubjetivas, é tudo aquilo que é legítimo e que identifica um povo, formada aqui por traços, além de culturais, biológicos, geográficos, religiosos, tudo isso afixado no substrato social, formado ao mesmo tempo pela individualidade de cada um e pela coletividade de todos.

Outro termo estruturante do significado do art. 216 é a “memória”, referindo-se aqui ao todo, a memória social, formada pela conservação das

25 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17º Ed. São Paulo:Malheiros Editores, Pág. 941

ações, pensamentos, conhecimento, crenças e tudo que forma a geração passada, visando o seu transmitir para as gerações vindouras.

De posse da classificação legal é *mister* que se faça uma indagação agora quanto a identificação do patrimônio cultural. O termo é extremamente abrangente, em uma última análise, pois toda interação do homem com o meio é patrimônio cultural, toda atividade humana faz parte do patrimônio, porém nem toda ela é merecedora da tutela constitucional. A maneira de eleição dos bens culturais tutelados foi evoluindo conjuntamente com o próprio desenvolvimento da matéria meio ambiente cultural.

Em um momento inicial, a designação dos bens que integrariam o patrimônio cultural cabia a um governante, sendo assim um ato totalmente discricionário, vinculado apenas as preferências pessoais do mesmo. Assim, a título de exemplo, ocorreu na Espanha, onde os reis espanhóis determinaram, de acordo com suas preferências, a composição do Museu do Prado, que origina-se das coleções reais. Tal critério não segue padrões objetivos. Assim, no Prado não encontram-se Turner nem Rembrandt, por serem inglês e holandês, nações tradicionalmente opostas a Espanha.

Tais critérios de julgamento não são exclusivos do direito alienígena. No Brasil também se observa exemplos desses desvirtuamentos de seleção do patrimônio cultural. O critério utilizado, em um segundo momento, passa de ser o pessoal para o técnico, baseado na visão de especialistas na cultura, que se reúnem em órgãos estatais colegiados e decidiam sobre o tema baseado apenas no seu tecnicismo, sem trazer à baila a importância para a coletividade. Isso ocorreu com a arquitetura eclética do século XIX em nosso país. Os técnicos preservacionistas eram arquitetos da escola modernista, que valorizam apenas os traços da arquitetura colonial, sendo diametralmente opostos da arquitetura eclética, subjulgando então a mesma ao esquecimento.

A resolução mais adequada para o conflito da escolha dos bens patrimoniais que merecem a tutela constitucional foi trazida pela Carta Constitucional de 1988, que, em seu art. 216, §1º, afirma que “O poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Sobre o tema Édís Milaré²⁶ afirma que:

De fato, a atuação da comunidade é fundamental, pois ela, como legítima produtora e beneficiária dos bens culturais, mais do que ninguém tem legitimidade para identificar um valor cultural, que não precisa ser apenas artístico, arquitetônico ou histórico, mas também estético ou simplesmente afetivo. A identificação ou simpatia da comunidade por determinado bem pode representar uma prova do valor cultural bastante superior àquela obtida através de dezenas de laudos técnicos plenos de erudição, mas muitas vezes vazios de sensibilidade. Além de significar, por si só, uma maior garantia para a sua efetiva conservação.

O cerne aqui é a previsão constitucional da atuação da comunidade na tutela do bem cultural patrimonial, ela é a produtora e destinatária deste patrimônio, e a principal responsável pela sua difusão, pois sem comunidade não existiria cultura e muito menos patrimônio cultural.

2.2 – Patrimônio Cultural como garantia constitucional.

A Carta Magna é responsável pela salvaguarda de todo o núcleo fundante de um Estado. É ela quem resguarda tudo aquilo que se considera de maior importância para a sociedade.

Desse modo a *Lex Mater* de 1988 não encara a cultura no seu sentido *lato*, antropológico exposto supra. Ela se preocupa e limita-se a resguardar aqueles bens que formam o patrimônio cultural brasileiro.

A ideia de patrimônio cultural é mais nova do que a de cultura. Ela surge com o conceito de Nação, e ocorre para que se tenha uma ideia de unidade, de patrimônio comum a um determinado povo.

No entendimento de Marilena Chauí²⁷, o patrimônio cultural, engloba o conjunto dos monumentos, documentação e objetos que fazem parte da memória da coletividade; as construções cujo estilo desapareceu e que os exemplares devam ser preservados para que se tenha uma lembrança do passado comum.

Assim, não são todos os bens culturais que são considerados patrimônio cultural, tutelados pela Constituição. Para que assim sejam considerados, é

26 MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco.** 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 320.

27 CHAÚÍ, Marilena. **Cidadania cultural: o direito à cultura.** São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2006. Pág.114

pré-requisito que o mesmo seja portador de referências à memória, identidades ou ações, dos diversos povos formadores da sociedade pátria.

A tutela do patrimônio cultural é primordial, não somente para a manutenção dos mesmos para as atuais e futuras gerações, mas para o exercício do direito fundamental, constitucionalmente estabelecido, de acesso a cultura.

Assim sendo, podemos afirmar que os bens culturais são aqueles que, materiais ou imateriais, são aptos a satisfazerem os anseios do ser humano no âmbito cultural. Constituem características dos referidos bens, a sua valoração pelo seu testemunho da existência humana, da civilização e da sociedade, tudo isso sem que seja levado em consideração qualquer cunho pecuniário que porventura lhe possa ser atribuído.

Outro aspecto relevante sobre o patrimônio cultural é a sua natureza. Um bem cultural não precisa ser necessariamente um monumento, ou um documento. Pode tão somente ser um bem natural, como um lugar sagrado, um rio histórico ou algo nesse sentido. Diante desse fato, podemos observar que um bem cultural não está necessariamente tutelado apenas pelas diretrizes de proteção cultural, podendo perfeitamente ser protegido pela legislação protetiva do meio ambiente natural. Ocorre aqui uma intersecção entre natureza e cultura.

Neste sentido recorde-se o Decreto-lei 25/37²⁸ que afirma:

Art. 1, § 2º - Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela Natureza ou agenciados pela indústria humana.

O Decreto-Lei em questão, equipara, nesse caso específico, os bens naturais ou ambientais aos bens culturais.

Diante da conceituação de bens culturais, se faz relevante agora a percepção dos direitos culturais. Tal gama de direitos, segundo José Afonso da Silva²⁹, engloba os de criação cultural, que compreendem as criações

28 BRASIL, **Decreto-Lei nº 25**, de 30 de Novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, Art. 1º.

29 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000. Pág..316

científicas, artísticas e tecnológicas; os direitos de acesso às fontes da cultura pátria; o direito de difusão cultural; e o direito a liberdade de formas de expressão cultural. Compreende ainda a liberdade das manifestações culturais e, por fim, o direito-dever do Estado de formar o patrimônio cultural brasileiro e de tutelar os bens culturais.

Podemos perceber, de acordo com a conceituação do autor supra, que os direitos culturais são extremamente abrangentes, merecedores de uma tutela jurídica, e regulamentação do seu uso, posto que sua preservação é de preocupação de todo o corpo social.

São direitos fundamentais os direitos culturais. Nesse sentido, devem ser garantidos por todos e para todos. São fundamentais ainda, em virtude de sua essencialidade para uma vida com dignidade. Estando o direito cultural reconhecido como fundante, o Poder Público será parte de uma obrigação prestacional, de um serviço público cultural como instrumento de efetivação dos referidos direitos.

É importante observar, que a preocupação com os direitos culturais tem reflexos também no plano internacional. É tutelado pelos Pactos Internacionais, onde o principal foco de proteção é a identidade cultural das minorias, religiosas, étnicas ou linguísticas. Este posicionamento é totalmente compreensível, posto que a justificação de diversos conflitos internacionais são baseados nas diferenças de cunho cultural.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁰, em seu art. 27 é claro ao explicar:

Nos Estados que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de terem em comum com os outros membros do seu grupo a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também versa sobre direitos culturais. Ele antevem o direito dos indivíduos de participarem da vida cultural da comunidade, o direito ao benefício do progresso científico e das suas aplicações, assim como o direito de se beneficiar da tutela dos interesses morais e materiais que advêm da produção artística, literária ou científica.

30 Assembleia Geral das Nações Unidas, **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, 1966, Art. 27..

O Pacto não se preocupa somente em enumerar os direitos culturais. É seu objetivo elencar ainda, os mecanismos que eles necessitam para uma efetiva ação positiva estatal e sua posterior fruição. É considerado no art. 15, o mecanismo de implementação³¹:

As medidas que os Estados-partes no presente no presente pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as que são necessárias para assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da cultura.

Vemos que o artigo supra, preocupa-se com o *modos operandi*, no qual será assegurado a cultura. É preocupação do Pacto, não ser somente um diploma estático, descritivo e utópico.

31 Assembleia Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional de Direitos econômicos, sociais e culturais**, 1966, Art. 15.

3.0 A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

3.1 – Entes Federativos e suas competências

A proteção ao meio ambiente cultural é de interesse da sociedade como um todo, e, por conseguinte, do Estado. A responsabilidade desta tutela deve ser dividida entre os entes da federação.

A Constituição Federal outorga aos entes federados competências de atuação, no que dizem respeito ao patrimônio cultural, essas competências se desdobram na dimensão executória e na dimensão legislativa.

A divisão da competência no âmbito ambiental segue a linha dos princípios adotados pela Constituição para a repartição de competência em geral pelas entidades federativas. Assim, temos que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência para a tutela ambiental cultural.

Encontramos no art. 225 da Carta Constitucional de 1988, a imposição ao Poder Público o ônus de zelar pelo meio ambiente, visando à preservação para as atuais e futuras gerações. É dele ainda, o dever de tomar todas as providências para que seja efetivo e eficaz, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Pela observância do artigo da CF/88, podemos compreender, que a expressão Poder Público é genérica e abrange todas as entidades territoriais públicas, pois como Estado Federal, a distribuição do Poder é feita para as unidades autônomas, para que seu exercício seja exercido dentro das suas referidas competências. A limitação das mesmas é explicitada do art. 21 ao 24 da Carta Magna.

Fazendo uma análise pontual das competências dos entes federativos, de início temos a União, a quem foi dada uma posição de supremacia, no que diz respeito à proteção ambiental. É ela a responsável pela Política geral do meio ambiente, responsabilidade esta positivada na Lei 6.938/81.

É incumbência da União também, a elaboração e execução dos planos nacionais e regionais de ordenação do território, ou seja, lhe é cabida as diretrizes gerais da gestão ambiental.

Além da competência específica de cada ente, temos as competências comuns, que podem ser divididas em dois planos; o executório e o legislativo.

No âmbito executório encontramos a competência explicitada no art. 23 da Constituição Federal de 1988³²:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

A competência para legislar caracteriza-se por ser concorrente entre os entes federativos, já que se encontra inserida no art. 24 do Texto Magno³³.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Aos Estados não é dada competência exclusiva em matéria ambiental. Possui sim competência comum com a União, o Distrito Federal e os Municípios.

Apesar disso, ele é detentor de competência legislativa suplementar das normas gerais que deveriam ser estabelecidas pela União e que porventura não são.

32 BRASIL, **Constituição Federal da República**, 1988, Art. 23

33 BRASIL, **Constituição Federal da República**, 1988, Art. 24

Aos municípios, cabe ainda, legislar suplementarmente, além da sua competência estabelecida no art. 23 nos assuntos de interesse local, de acordo com a determinação do art. 30³⁴:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Apesar da regulamentação generalista sobre as competências materiais dadas pela Constituição de 1988, era latente a necessidade de um diploma legal que regulasse as referidas competências.

Após um interstício de 23 anos, foi promulgada a Lei Complementar 140, que traz a fixação das normas de cooperação nas medidas administrativas, que decorrem do exercício dessa competência para a proteção do meio ambiente, a referida Lei, segue a lógica de um sistema federalista cooperativo.

A Lei complementar 140 abarca temas relevantíssimos para o ordenamento jurídico ambiental, no que tange as competências dos entes federados. É um ponto nevrálgico a ausência de uma postura cooperativa, anuente e clara entre os órgãos de fiscalização/regulamentação ambiental e entre os empreendedores.

O diploma traz ainda alguns instrumentos jurídicos para alcançar a almejada cooperação. É proposta uma comissão tripartite, nacional e estadual, e uma bipartite do Distrito Federal. A lei define e robustece ainda a competência dos órgãos ambientais.

É matéria ainda da norma, o regramento do licenciamento ambiental. Vimos com ela maior clareza em relação à definição de competências da União, dos estados e dos municípios, o que de certa forma pode auxiliar a minimizar os conflitos existentes neste campo.

Na órbita municipal, tem-se a competência sobre as atividades que causem, de maneira efetiva ou potencial, impacto ambiental local. A lei ainda dispõe ser de responsabilidade dos conselhos estaduais de meio ambiente a

34 BRASIL, **Constituição Federal da República**, 1988, Art. 30

definição da atuação municipal, que deverá considerar o porte, o potencial poluidor e a natureza da atividade.

Em relação aos estados a eles foi atribuída a maior parte da competência ambiental. É permitido a eles influenciarem na competência municipal. Determinada interferência é relevante na atuação municipal, pois limita-a. É o estado quem conceitua o que é interesse e impacto local, designando o objeto da tutela ambiental. Detém eles ainda, a competência residual em matéria ambiental.

É de grande importância na Lei Complementar nº 140/11 o entendimento trazido de que os empreendimentos serão licenciados, ambientalmente, por apenas um ente federativo. Quando existe relevância para os demais entes federativos, eles poderão se manifestar dirigindo-se ao órgão responsável pela licença, manifestação essa meramente opinativa e não vinculante. O que deve existir de fato é uma cooperação entre os órgãos de licenciamento, objetivando assim uma maior segurança jurídica para o empreendedor e para o ordenamento como um todo.

A lei garante ainda que existindo fiscalizações e autuações administrativas por mais de um ente, por descumprimento das leis ambientais, o que deve prevalecer é o auto de infração lavrado pelo órgão que primeiro realizou o licenciamento, já que todos eles possuem competência, sendo assim dirimido o conflito.

O que observamos com a renovação trazida pela Lei Complementar 140/2011 é um reforço e sistematização das competências dos órgãos ambientais, trazendo uma maior segurança jurídica para o corpo social.

Existe uma grande celeuma doutrinária que envolve a referida Lei. Parte da doutrina entende ser inconstitucional, pois, não é possível que uma lei complementar trate de definições de competências administrativas. Corroborando com esse posicionamento temos o mandamento do artigo 23 da Constituição Federal de 1988, que afirma se tratar de competência comum entre os entes federativos.

Outra parte da doutrina é mais amena no posicionamento, afirmando, que a Lei Complementar 140 não define competências, simplesmente dá orientações gerais para a coordenação das ações entre os entes federativos, facilitando assim a relação entre eles.

A Lei causou algumas renovações importantíssimas. Porém também existiram retrocessos. A promulgação da lei traz um ideal de transparência e objetividade no exercício da competência ambiental comum. Em contrapartida, temos uma obscuridade na distribuição das atribuições de licenciamento ambiental, pois, cria uma grande celeuma doutrinária em relação a constitucionalidade ou não da norma.

3.2 – Os órgãos responsáveis pela tutela do patrimônio cultural

Objetivando a tutela do patrimônio cultural, o Estado se expressa através dos seus órgãos. A teoria do órgão é amplamente aceita e utilizada no ordenamento jurídico pátrio. Segundo ela, a pessoa jurídica de direito público, manifesta a sua vontade por meio de órgãos, que são partes integrantes da sua própria estrutura. Tratando-se da gestão estatal do meio ambiente, também se tem órgãos específicos para determinado fim.

Fazendo um resgate histórico, é possível afirmar, que foi no governo do Presidente Vargas, precisamente em abril de 1936, que nasce o primeiro órgão que objetivava a salvaguarda do patrimônio histórico-cultural, a saber, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Foi através da Lei 378, de 13 de janeiro de 1937 que se deu a estruturação legal do novo aparato administrativo.

O art. 46 da referida lei versa que³⁵:

Fica criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com finalidade de promover, em todo o País e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional.

35 BRASIL, **Lei nº 378**, de 13 de Janeiro de 1937. Dá nova Organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública. Publicado no Diário Oficial da União em 15/01/1937, Pág. 1210, Coluna 1.

A competência da gestão do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN é da esfera federal. O Decreto-Lei nº 25/37 confere ao SPHAN, várias atribuições no que diz respeito o patrimônio histórico.

Dando sequência ao histórico normativo, temos a Lei 8.029/90, que origina o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural- IBPC. Para este Instituto, foram transferidos os bens, acervo, receitas e as competências do antigo SPHAN. Ainda em relação ao IBPC, em 12 de dezembro de 1990, através da Lei nº 8.113, lhe foi instituído o caráter de autarquia federal.

Por fim, através da Medida Provisória nº 72, datada de 6 de dezembro de 1994, foi criado o atual IPHAN, autarquia que substitui o IBPC. A estrutura do IPHAN é determinada pelo Decreto nº 5.040, de 7 de abril de 2004.

O IPHAN, originalmente, tem sua organização feita pelo Decreto nº 5.040/04. Porém, no ano de 2009, através do Decreto nº 6.844 datado de 7 de maio, existe uma reestruturação do órgão. Segundo o novo diploma, a finalidade do instituto³⁶ é:

Art. 2º O IPHAN tem por finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216 da Constituição Federal, e exercer as competências estabelecidas no Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, na Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965, no Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, na Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007 e no Decreto nº 6.018, de 22 de janeiro de 2007 e, especialmente:

- I - coordenar a implementação e a avaliação da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura;
- II - promover a identificação, a documentação, o reconhecimento, o cadastramento, o tombamento e o registro do patrimônio cultural brasileiro;
- III - promover a salvaguarda, a conservação, a restauração e a revitalização do patrimônio cultural protegido pela União;
- IV - elaborar normas e procedimentos para a regulamentação das ações de preservação do patrimônio cultural protegido pela União, orientando as partes envolvidas na sua preservação;
- V - promover e estimular a difusão do patrimônio cultural brasileiro, visando a sua preservação e apropriação social;
- VI - fiscalizar o patrimônio cultural protegido pela União, com vistas a garantir a sua preservação, uso e fruição;

36 BRASIL, **Decreto nº 6.844**, de 7 de maio de 2009. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e dá outras providências. Art 2º.

VII - exercer o poder de polícia administrativa, aplicando as sanções previstas em lei, visando à preservação do patrimônio protegido pela União;

VIII - desenvolver modelos de gestão da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro de forma articulada entre os entes públicos, a sociedade civil e os organismos internacionais; e

IX - promover e apoiar a formação técnica especializada em preservação do patrimônio cultural.

Podemos perceber pela demonstração do diploma legal, que o IPHAN centraliza em si funções, desde a gestão do patrimônio cultural, até o poder de fiscalização e de polícia sobre os mesmos.

Outra figura de grande importância para a tutela do patrimônio cultural, são os Conselhos consultivos do Patrimônio Cultural.

Dentro da organização estrutural do IPHAN, existe a previsão para os órgãos colegiados, o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, e a Diretoria.

A previsão legal do Conselho Consultivo é encontrada nos artigos. 6º, 7º e 9º do Decreto 6.844/2009, senão vejamos³⁷:

Art. 6º A Diretoria, é composta pelo Presidente do IPHAN, que a presidirá, e pelos Diretores dos Departamentos de Patrimônio Material e Fiscalização, de Patrimônio Imaterial, de Articulação e Fomento e de Planejamento e Administração.

§ 1º As reuniões da Diretoria serão ordinárias e extraordinárias, estando presentes, pelo menos, o Presidente e dois membros.

§ 2º As reuniões ordinárias serão convocadas pelo Presidente e as extraordinárias pelo Presidente ou pela maioria dos membros da Diretoria, a qualquer tempo.

§ 3º A Diretoria deliberará por maioria de votos, cabendo ao Presidente, ainda, o voto de qualidade.

§ 4º O Procurador-Chefe participará das reuniões da Diretoria, sem direito a voto.

§ 5º A critério do Presidente, poderão ser convidados a participar das reuniões da Diretoria, gestores e técnicos do IPHAN, do Ministério da Cultura e de outros órgãos e entidades da administração pública federal, estadual e municipal, bem como representantes de entidades não-governamentais, sem direito a voto.

§ 6º Em caso de impedimento do membro titular, este será representado por seu substituto legal.

Art. 7º O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural será presidido pelo Presidente do IPHAN, que o integra como membro nato, e composto pelos seguintes membros:

I - um representante, e respectivo suplente, de cada uma das seguintes entidades, que serão indicados pelos respectivos dirigentes:

37 BRASIL, **Decreto nº 6.844**, de 7 de maio de 2009. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e dá outras providências. Arts. 6º, 7º e 9º.

- a) Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB;
- b) Conselho Internacional de Monumentos e Sítios - ICOMOS/BRASIL;
- c) Sociedade de Arqueologia Brasileira - SAB;
- d) Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;
- e) Ministério da Educação;
- f) Ministério das Cidades;
- g) Ministério do Turismo;
- h) Instituto Brasileiro dos Museus - IBRAM; e
- i) Associação Brasileira de Antropologia - ABA;

II - treze representantes da sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN.

§ 1º Os membros do Conselho serão indicados pelo Presidente do IPHAN e designados pelo Ministro de Estado da Cultura, para mandato de quatro anos, permitida a recondução.

§ 2º A participação no Conselho, na qualidade de membro, não será remunerada, sendo considerada prestação de serviço público relevante.

(...)

Art. 9º O Comitê Gestor do IPHAN é composto pelo Presidente, pelos Diretores, pelo Procurador-Chefe, pelos Superintendentes e pelos Diretores dos Centros Culturais e Nacionais.

§ 1º O Comitê Gestor reunir-se-á ordinariamente uma vez por semestre e, extraordinariamente, por convocação do Presidente ou da maioria dos membros.

§ 2º O quorum para a realização das reuniões será de, no mínimo, cinquenta por cento dos membros votantes e suas decisões serão tomadas por maioria simples de votos, à exceção das situações que exijam quorum qualificado, de acordo com o regimento interno.

§ 3º Havendo impedimento do membro titular, este será representado por seu substituto legal, no caso do Presidente, dos Diretores e do Procurador-Chefe, e pelo suplente no caso dos Superintendentes.

§ 4º O Comitê Gestor poderá, por intermédio do Presidente ou por decisão de seu plenário, convidar técnicos, especialistas e membros da sociedade civil para prestar informações e opinar sobre questões específicas.

Se analisarmos as atribuições do Conselho, é de grande importância que atinemos para o, fato de que, hodiernamente, ele não é simplesmente um órgão opinativo, é de fato um Conselho também deliberativo e decisivo no que tange o tombamento, o registro de bens culturais e a saída de obras de arte do país.

Percebemos que o Conselho Consultivo está alicerçado, na ideia constitucional de participação da comunidade nas questões culturais. É um posicionamento que tenta desbravar a, até então, monopólio de gestão da cultural pela elite e através dos mecanismos estatais. Tal iniciativa deve ser reproduzida sobremaneira, afim de, termos a participação popular em todas as áreas da gestão da cultura, desde o seu registro até a sua fiscalização e conservação.

3.3 O Ministério Público e a proteção ao meio ambiente cultural

A Constituição Federal de 1988 afirma em seu bojo, que é obrigação do Estado identificar e preservar o patrimônio cultural brasileiro. Entretanto, o Poder Público não está imbuído de tal tarefa sozinho. A comunidade é parte fundamental na tutela dos direitos culturais, sendo inclusive, seu auxílio previsto na Carta Magna.

O patrimônio cultural, e os direitos culturais como um todo, são bens de interesse difuso e de toda a coletividade. A sua salvaguarda e os meios de acesso a eles são previstos de modo expresso na Constituição. Há, portanto, um direito público subjetivo à proteção cultural.

A *Lex Mater* designa ao Ministério Público autonomia funcional, administrativa e financeira. O art. 127 da Carta Política de 88³⁸ versa:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

(...)

Pela análise do artigo supracitado, podemos perceber que o Ministério Público é o responsável pela defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, o proceder protetivo do *parquet*, no que tange o patrimônio cultural, é uma obrigação constitucional. Ora, admitindo-se que os direitos culturais são coletivos e indisponíveis, por serem fundamentais, não existe órgão que mais se identifique com sua salvaguarda que o Ministério Público. Ele deve promover a referida tutela independente da atuação dos outros órgãos ou poderes. Deve promover todas

38 BRASIL, **Constituição Federal**, Art. 127.

as ações e atitudes que estiverem no seu campo de atuação para que sua função constitucional seja efetivada.

O *parquet*, além de sua função protetiva, atua como fiscal da lei, como *custos legis*, sendo também, esta função de grande importância no que diz respeito ao patrimônio cultural.

O Ministério Público pode atuar em duas frentes na tutela do patrimônio cultural, pode ele buscar a identificação e a proteção de fato, dos bens culturais. Em virtude da sua grande disseminação dentro dos recantos das sociedades, é factível que os representantes do *parquet*, possam identificar as manifestações culturais mais legítimas, que podem se desenvolver a nível local, nos âmbitos das comarcas.

A identificação dos bens culturais pode ocorrer por meio de inquérito civil, onde o Promotor de Justiça estabelece um dossiê, que reunirá todas as informações pertinentes sobre o bem cultural em tela, para que posteriormente, solicite a sua inscrição e registro em órgão competente.

A forma corriqueira de proteção dos direitos difusos e coletivos, pelo Ministério Público, ocorrerá através do inquérito civil e a ação civil pública.

O instituto do inquérito civil tem sua origem na Lei 7.347/85, sendo, portanto anterior à ordem constitucional de 1988. A referida Lei foi recepcionada pela Carta Constitucional, que inclusive, previu o inquérito civil em seu artigo 129, III.

O inquérito civil se caracteriza por seu um instrumento eminentemente investigativo, administrativo, pré-processual, sendo usado primordialmente no âmbito extrajudicial. A finalidade dessa peça é colher elementos, apurar fatos, fazer diligências, perícias, tomada de depoimentos, a fim de se ter robustez no convencimento, e para uma posterior proposição de ação civil pública, se for o caso.

Como não se trata de processo judicial, não há necessidade de se respeitar, em regra, o contraditório e a ampla defesa, ainda mais porque este instrumento não pode aplicar sanções.

O inquérito pode ser dividido em a) Instauração; b) Instrução e c) Conclusão.

É importante que se ressalte, que, durante toda essas fases o inquérito civil, não sofre ingerência ou interferência alguma do Poder Judiciário. Isso

ocorre, pois nenhum dos atos desenvolvidos no procedimento necessita deferimento judicial. O Ministério Público é aqui encarado como um quarto Poder dotado de total autonomia. Aplica-se ao inquérito civil, analogicamente, as regras do inquérito policial, além de outras regras do processo civil.

Outra observação interessante de ser feita, é que o inquérito civil constitui procedimento exclusivo do Ministério Público. Apesar de existirem outros legitimados para ingressar com a ação civil pública, o mesmo não ocorre com o inquérito civil, que deve ser pautado pela imparcialidade na sua condução.

Outro instrumento usado pelo Ministério Público, na tutela dos direitos culturais é a ação civil pública. Inicialmente, podemos conceitua-la como sendo a ação não penal proposta pelo *parquet*. Quando os direitos culturais são tutelados por outros co-legitimados, o meio legal adequado é a ação coletiva.

O artigo 1º da Lei da Ação civil pública, afirma que os direitos por ela protegidos, são referentes a ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagísticos; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo e por infração de ordem econômica.

As ações civis públicas têm por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Os objetivos implícitos da ação civil pública são de fato, a prevenção, reparação e ressarcimento dos danos que forem causados aos direitos transindividuais, no caso específico, ao patrimônio cultural.

A supramencionada ação é objetiva ainda, tutelar bens que não foram reconhecidos formalmente como patrimônio cultural brasileiro. A proteção oferecida pelo Ministério Público não pode estar condicionada a atuação do Poder executivo, que por sua vez, pode demorar bastante para efetivar a salvaguarda, correndo risco até de perecimento de patrimônio cultural, principalmente quando estes forem imateriais.

Diante deste fato, indaga a doutrina, a possibilidade de a ação civil pública ser ajuizada em face de determinado órgão cultural, pleiteando assim o reconhecimento e tutela de bem cultural em questão. Entendendo que é ato discricionário da administração pública, Sonia Rabello entende que o Poder

Executivo não pode ser substituído pelo Poder Judiciário³⁹. Hely Lopes Meirelles⁴⁰, por sua vez, afirma que existe a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização do reconhecimento e tutela nos casos em que a omissão trouxer prejuízo ao bem e, por conseguinte, para a sociedade. Édis Milaré⁴¹ tem o entendimento que, o Judiciário pode declarar a existência de um determinado valor cultural no bem, estabelecendo as restrições cabíveis a sua preservação, fiscalizando e aprovando intervenções.

Por meio da ação civil pública, o juiz pode declarar que determinado bem cultural é passível de proteção estatal. Com vistas à sua efetivação é fundamental ainda, que se declare que pelo Poder Público sejam tomadas medidas restritivas análogas as de tombamento, no caso de patrimônio cultural material. Em se tratando de bens imateriais, a efetivação da proteção, não se conclui com o simples registro. É imprescindível que haja todo um dossiê descritivo, que conserve, de maneira, fidedigna a memória das manifestações culturais de um povo. A efetivação da proteção não ocorre com a mera declaração do Poder Judiciário. É *mister* que existam mecanismos para a efetivação da tutela e, ainda, que o acesso as informações, e as fontes de cultural sejam disponíveis à consulta pública.

Diante disso, observamos que é válida, e de grande importância a participação dos membros do *parquet* no trabalho de colher informações sobre os bens culturais. A ideia de efetivação da proteção do bem cultural, é a de se preservar a memória e permitir o acesso a ela pela população. Sob este prisma, podemos afirmar, que o trabalho do Ministério Público, no que tange a apuração das informações, formação de dossiê e encaminhamento para o órgão competente, é mais efetiva que a fria sentença judicial.

3.4 O Estudo de Impacto Ambiental e o Estudo de Impacto de Vizinhança: Aspectos culturais

39 CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais – o tombamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991 Pág. 187-188

40 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1990 Pág.491

41 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 212-213

O Estudo de Impacto de Vizinhança é um recente instituto criado no nosso ordenamento jurídico. Foi criado através do Estatuto da Cidade. O referido diploma legal é caracterizado por ser uma sistematização do conjunto normativo que regula e pontua a atividade urbanística.

Nasce, portanto, com a Lei nº 10.257/2001 um novo instrumento de tutela das cidades das cidades, o EIV – Estudo de Impacto de Vizinhança.

O foco a salvaguarda do EIV é o patrimônio cultural municipal. Tal entendimento é subtraído da leitura dos artigos 36 e 37⁴²:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público Municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo das seguintes questões:

(...)

VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural

Após a análise da competência do EIV, é de grande importância que conceituemos o mesmo. O Estudo de Impacto de Vizinhança é “o documento técnico a ser exigido, com base em lei municipal, para a concessão de licenças e autorizações de construção, ampliação ou funcionamento de empreendimentos ou atividades que possam afetar a qualidade de vida da população residente na área ou nas proximidades”⁴³

Para o que o EIV seja posto em prática, é indispensável que se tenha Lei Municipal anterior e que se definam os projetos públicos ou privados que dependerão de Estudo de Impacto de Vizinhança. O que é levado em consideração aqui, é, geralmente, o porte do empreendimento, a área que ele afetará, a finalidade dele entre outros.

O estatuto da cidade em seu art. 37⁴⁴ elenca os quesitos que deverão ser levados em consideração para a elaboração do EIV:

42 BRASIL, **Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade**. Art. 36 e 37.

43 SOARES, Lucécia Martis, In: **Dalari e Ferraz Adilson Abreu e Sérgio, Coord. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 97

44 BRASIL, **Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade**. Art. 37.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

- I – adensamento populacional;
- II – equipamentos urbanos e comunitários;
- III – uso e ocupação do solo;
- IV – valorização imobiliária;
- V – geração de tráfego e demanda por transporte público;
- VI – ventilação e iluminação;
- VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

O Estudo de Impacto de Vizinhança é um instrumento de caráter essencialmente preventivo. Trata-se um estudo técnico anterior ao empreendimento. Tem entre seus objetivos o de indicar para a Administração Pública a repercussão e o impacto que o empreendimento terá sobre a visibilidade, acesso uso e estrutura do patrimônio cultural que faz parte de uma área específica.

O EIV é de grande importância na tutela dos bens tombados, que são localizados na área próxima aos empreendimentos em análise.

Sempre que possível o Estado deve procurar diminuir o ritmo desse avanço desmedido da especulação imobiliária e da política demolitória, que não respeita memória coletiva e patrimônio cultural algum (tudo em nome de novos empreendimentos e obtenção do lucro).

Maria Garcia sobre esse assunto bem assevera⁴⁵:

A preservação do patrimônio histórico deve levar em consideração outros fatores da cidade, e não somente o prédio u o monumento e seu entorno. Deve-se entender o patrimônio histórico como parte da cidade e que também passar por transformações, se não na estrutura, nas suas funções e utilização

O estudo, em uma análise última, previne justamente essa descaracterização do bem, tornando-o integrante da *urbes*, tentando formar um todo coeso, e não um bem patrimonial cultural pontual e fora do contexto social.

O outro instrumento de proteção ao meio ambiente cultural, agora analisado, é o Estudo de Impacto Ambiental. Ele baseia-se no Princípio do Direito Ambiental da prevenção de danos e degradações ambientais. O referido princípio baseia-se na observância de que os danos ao meio ambiente, seja ele

45 GARCIA, Maira. **A cidade e seu Estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Pág. 74

natural ou cultural, é de difícil ou impossível reparação depois de efetivados. O preceito preventivo afirma que o mero perigo à ocorrência de lesão já justifica o não prosseguimento com a atitude agressiva. Não se necessita aqui, de uma certeza científica absoluta do dano. A ideia aqui é justamente essa, que o dano não chegue a acontecer de fato, que se previna do dano.

Tendo o supramencionado princípio ambiental como norteador do ordenamento jurídico pátrio, temos que o Estudo de Impacto Ambiental – EIA, é um instrumento multidisciplinar obrigatório para a instauração de empreendimento ou obra que eventualmente possam causar degradação ao meio ambiente.

O meio ambiente cultural é parte integrante do conceito *lato* de meio ambiente, admitindo-se com isso que, qualquer impacto sobre o patrimônio cultural imaterial e material, deve ser levado em consideração no momento do estudo prévio realizado no EIA. O Estudo de Impacto Ambiental deve avaliar os danos ao patrimônio cultural, bem como sugerir medidas que reduzam o referido dano ou até mesmo compense o mesmo.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA em sua Resolução nº 01/86, reforça o entendimento da necessidade da preocupação desses aspectos no EIA, o seu art. 6º assevera⁴⁶:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

(...)

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

Podemos apreender na letra da lei, que a tutela do meio ambiente cultural, através do Estudo de Impacto Ambiental, é interesse do legislador, quando ele elenca o patrimônio histórico e cultural como dimensão obrigatoriamente analisada no diagnóstico ambiental.

46 BRASIL, **Resolução CONAMA 01 de 23 de janeiro de 1986**, Art. 6º.

Partindo para um plano prático, percebemos que, estatisticamente, a preocupação com o meio ambiente cultural não é observada nos EIAs. O cerne de sua maior preocupação é o meio ambiente natural, negligenciado desta forma os direitos culturais. Essa postura é extremamente danosa, pois, expõe ao risco do perecimento o direito fundamental do povo conhecer, ter acesso e ter valorizada a sua cultura.

É imperioso que o estudo leve em consideração os referidos aspectos, pois, sendo comprovada a omissão e/ou negligência no estudo, poderá ser pleiteada a suspensão ou cassação da licença ambiental que foi concedida de forma irregular. O Poder Judiciário pode e deve fazer o controle sobre os conteúdos e os aspectos formais do Estudo de Impacto Ambiental para fazer com que haja a referida tutela do patrimônio cultural.

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), geralmente, é parte de um processo maior, conhecido por licenciamento ambiental. Neste processo, quando o estudo não existe, ou quando não é suficiente para análise dos impactos, acarreta um vício substancial no processo de licenciamento, não podendo ocorrer o deferimento do mesmo. A inexistência do EIA, ou sua não suficiência, pode ensejar inclusive a responsabilidade penal dos empreendedores e dos profissionais envolvidos no processo, pelos danos causados ao meio ambiente cultural, e, em última análise à coletividade.

O mencionado estudo é primordial para que se indique a viabilidade do empreendimento de modo que se evite um possível dano ao patrimônio cultural, ou que se reduza ao máximo tal dano, a fim de que se coadune com o ideário de meio ambiente sustentável.

4 – MEDIDAS PROTETIVAS EM ESPÉCIE

A proteção dos bens culturais não é uma exclusividade da Administração Pública. É, por conseguinte, um dever de toda a sociedade. Os Poderes Legislativo e Judiciário também devem ser atores da proteção ambiental, possibilitando assim, serem os meios de tutela ambiental de caráter administrativo, legislativo ou judicial.

A Carta Democrática de 1988 em seu art. 216, § 1º, versa ser do Poder Público e da comunidade o dever de proteger e promover o patrimônio cultural nacional.

As formas de tutela exemplificadas no texto constitucional são o inventário, o registro, a vigilância, o tombamento, a desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação. Pela simples leitura do rol constitucional de medidas protetivas, podemos perceber que se trata de rol exemplificativo, pois é aberto para novas sistematizações de tutela enxergada pelo legislador.

Outro ponto que merece destaque é a questão do tombamento, que nessa nova ordem constitucional, passa de único meio de proteção do meio ambiente cultural, para mais um instrumento.

A nova interpretação de meio ambiente cultural trazida pela Constituição Federal de 1988, deve ser mais ampla, não se restringindo apenas ao tombamento como meio protetivo, por exemplo, mas estendendo também, tal tutela a todo o patrimônio cultural, tanto material quanto imaterial.

A tutela dos bens culturais não se restringe apenas a via administrativa. É também a via judicial uma primordial forma de defesa. Nesse diapasão é importante citar a Lei nº 7.347/1985, que torna possível, através de decisão judicial, a inclusão de bens no patrimônio cultural brasileiro, independente do critério usado pela Administração Pública.

Trataremos, agora, as medidas de tutela do patrimônio cultural, em espécie, pormenorizando e observando as nuances de cada uma.

4.1 – INVENTÁRIO

O inventário é uma medida protetiva estabelecida constitucionalmente, porém, não recebeu ainda a devida regulamentação do legislador infraconstitucional, pelo menos, não em nível federal. À título de exemplo, pode-se afirmar que em Porto Alegre a regulamentação do inventário através da Lei Complementar Municipal 601/2008.

Marcos Paulo de Souza Miranda⁴⁷ conceitua inventário da seguinte forma:

Consiste na identificação e registro por meio de pesquisa e levantamento das características e particularidades de determinado bem, adotando-se, para sua execução, critérios técnicos objetivos e fundamentados de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica, entre outros.

O inventário, tradicionalmente, era usado como mero instrumento técnico-administrativo. Seu intuito era a simples identificação e catalogação dos bens culturais. Era usado como uma espécie de pré-requisito para o tombamento.

A grande problemática que envolvia o inventário, consistia no fato de que o procedimento era efetuado sem as devidas cautelas. De uma maneira prática, não se protegia o bem jurídico tutelado, ou seja, não se trazia a este bem nenhuma segurança de fato. Tratava-se apenas de uma identificação de bens culturais.

47 Marcos Paulo de Souza Miranda. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. In: **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 11, 2008. Pág. 293.

Além do Texto Magno 1988, com a previsão do artigo 216, temos no âmbito constitucional o advento da Lei 9.605, que em seus artigos 62 e 63, tipifica criminalmente e qualifica como objeto material de crime a violação aos bens culturais protegidos por lei, ato administrativo ou sentença judicial, abarcando nestes os bens inventariados.

A jurisprudência aponta para o entendimento de que o bem cultural não precisa de tombamento para ser digno de tutela. Tem-se no Tribunal do Estado de São Paulo, como exemplo, uma ação civil pública que objetivava a preservação do prédio sede do “Hotel Brasil”, no município de Ribeirão Preto, pois o mesmo era de grande relevância para a comunidade e representava um marco no ciclo cafeeiro.

Foi ventilada a questão de ser ou não primordial a declaração prévia da Administração Pública de vinculação do bem a fatos imemoriais ou construtores da memória comum, assim temos:

Ação Civil Pública – Obrigação de não fazer - Preservação da Construção de Edifício - Valor Histórico e Arquitetônico - Lei a respeito não Aprovada - Irrelevância - Interesse Público que pode ser defendido como realidade social - Reconhecimento de sua existência que pode ser feito pelo Judiciário, não sendo privativo do órgão legislativo ou administrativo - Sentença Anulada - Prosseguimento do feito ordenado.

Ainda neste diapasão pode-se citar o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde o julgado envolvia a “ Casa do Agente Ferroviário”, entendendo pela prescindibilidade do tombamento para a tutela judicial dos bens culturais, senão vejamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 216, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural - artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico - ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através de ação popular e ação civil pública, uma vez que a Constituição estabelece que "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º) [...] O direito e o dever de preservar esses bens se sobrepõem aos caprichos, às omissões e, conseqüentemente, às exigências meramente formais. Portanto, a identificação do valor artístico, estético, histórico, arquitetônico, turístico – a que se vem convencionando chamar em doutrina de patrimônio cultural – não emerge de mera criação de autoridade administrativa ou legislativa,

existe no plano da vida, e tem o Judiciário poder para se pronunciar a respeito.

4.2 – REGISTRO

Antes de adentrarmos especificamente no registro como medida protetiva, é importante que se defina o seu objeto, o bem cultural imaterial.

A UNESCO, durante a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, conceitua essa modalidade de patrimônio cultural como sendo⁴⁸:

as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhe são associados – que as comunidades, os grupos, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua integração com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e comunidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana

Em posse da definição de bens imateriais, podemos perceber a inviabilidade de tutelarmos os mesmos através do instituto do tombamento, pois este pressupõe bens materiais determinados..

O Decreto nº 3.551/2000 veio para regulamentar o instituto do registro. Nele foi constituído o *Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial*. Para tanto foram criados os livros de registro; I – Livro de Registro dos Saberes, que se destina ao registro dos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidade; II – Livro de Registro das Celebrações, que se destina a inscrição de rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; III – Livro de Registro das Formas de Expressão, onde o foco é o registro das manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas e; IV – Livro de Registro dos Lugares, onde se registra os mercados, feiras,

48UNESCO, *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, Paris. 17 de Outubro de 2003.

santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.⁴⁹

É importante que se ressalte que, a forma de registro em “livros”, não exclui possibilidade diversa de registro, como captura eletrônica, fonográfica ou fotográfica.

Para que se efetue o registro, é necessário que se observe algumas condições. Inicialmente é *mister* que se observe a continuidade histórica do bem cultural. Tal continuidade deve ser verificada por meio de pesquisas histórica e etnográfica que demonstre as características essenciais da manifestação, a importância da sua manutenção no decorrer do tempo e a tradição a qual se vincula.

Não se tem na legislação um prazo objetivo para a caracterização da continuidade. Existe, contudo, uma indicação no art. 7º do Decreto nº 3.551/2000, no sentido de ser o referido prazo de 10 anos. Pois, segundo o mesmo, a cada década deverá ser realizada uma reavaliação do título de patrimônio cultural.

Diante disso, deve-se observar a razoabilidade do conceito de continuidade. Nesse sentido, 10 anos seria um prazo mínimo de exigência para que o bem cultural tenha sua continuidade constatada. Contudo, é imperioso que se tenha a sensibilidade de entender que não se pode exigir um período de tempo muito longo para o aferimento da continuidade, sob pena de correr o risco de perecimento do bem cultural imaterial.

Outro ponto nodal elencado pelo Decreto é a necessidade de relevância nacional do bem cultural. A relevância se traduz, na presença do bem na memória, na identidade e na formação da sociedade brasileira.

É preciso que se observe que o Brasil é um país de dimensão continental, formado por diversas crenças, povos e culturas. Com isso, a exigência de uma relevância em todo o território nacional do bem cultural, pode ser um obstáculo a sua caracterização. O mais eficaz, nesse caso, seria admitir a extensão da relevância também em caráter regional, transestadual, pois salvaguardaríamos assim bens culturais importantíssimos, porém com maior expressividade na esfera regional.

49 BRASIL, **Decreto 3.551/2000**, de 4 de Agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.

Para que ocorra a inscrição do bem no registro federal de bens imateriais é necessário que se aconteça um processo formal, se iniciado na solicitação, finalizando com a instrução e análise pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, e inscrição ou não do bem cultural.

O procedimento de solicitação de registro, segundo o art. 2º do Decreto nº 3.551/2000, pode ser feito pelo Ministro da Cultura; por instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; pelas Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal bem como as sociedades ou associações civis. Observa-se, portanto, que não é necessário que se tenha personalidade jurídica de Direito Público para efetuar a solicitação.

A instrução do processo de solicitação de registro deverá conter a descrição de maneira extremamente detalhada do bem a ser registrado, sempre acompanhada da documentação comprobatória. É importante a apresentação de dados da história do bem, da sua importância para a comunidade, e os registros documentais que o envolva. Após a instrução o IPHAN manifestar-se-á com um parecer e remeterá o processo para o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Chegando ao Conselho, ele tem o dever de interferir no processo em duas ocasiões; para ser favorável ou não ao pedido de registro desses bens culturais imateriais, e para revalidar ou não o título de Patrimônio Cultural.

Feito o registro, o bem cultural receberá o título de Patrimônio Cultural do Brasil. Apesar de não ser explícito, o prazo do título não é ilimitado, está sujeito o bem, a um processo de revalidação.

O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural é o responsável por efetuar tal revalidação. A cada 10 anos o IPHAN reavalia e submete ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural o processo.

Ocorrendo a revalidação do título, o bem continua como sendo integrante do Patrimônio Cultural Brasileiro, não ocorrendo a referida revalidação mantêm-se apenas o registro para fins de referência histórica.

A título de demonstração, são bens culturais imateriais atualmente tutelados pelo registro⁵⁰.

50 Disponível em: <http://www.iphan.gov.br/bcrE/pages/conOrdemE.jsf?ordem=2> , acesso em 12 de agosto de 2012

Nome do Bem	Categoria	Data de Registro
Arte Kusiwa – pintura corporal e arte gráfica Wajãpi	Formas de expressão	20/12/2002
Ofício das Paneleiras de Goiabeiras	Saberes	20/12/2002
Samba de Roda do Recôncavo Baiano	Formas de Expressão	05/10/2004
Círio de Nossa Senhora de Nazaré	Celebrações	05/10/2004
Modo de fazer Viola-de-Cocho	Saberes	14/01/2005
Ofício das Baianas de Acarajé	Saberes	14/01/2005
Jongo no Sudeste	Formas de Expressão	15/12/2005
Cachoeira de Iauaretê – Lugar Sagrado dos povos indígenas dos Rios Uapés e Papuri	Lugares	10/08/2006
Feira de Caruaru	Lugares	20/12/2006
Frevo	Formas de expressão	28/02/2007
Matrizes do Samba no Rio de Janeiro: Partido Alto, As, BA de Terreiro e Samba-Enredo	Formas de expressão	20/11/2007
Tambor de Crioula do Maranhão	Formas de Expressão	20/11/2007
Modo artesanal de fazer queijo Minas nas Regiões do Serro e das serras da Canastra e do	Saberes	13/06/2008

Salitre/ Alto Parnaíba		
Ofício dos Mestres de Capoeira	Saberes	21/10/2008
Roda de Capoeira	Formas de expressão	21/10/2008
Modo de fazer da Renda Irlandesa, tendo como referência este ofício em Divina Pastora/SE	Saberes	03/12/2009
Ofício de Sineiro	Saberes	03/12/2009
Toque dos Sinos em Minas Gerais tendo como referência São João Del Rey e as cidades de Ouro Preto, Mariana, Catas Altas, Congonhas do Campo, Diamantina, Sabará, Serro e Tiradentes.	Formas de expressão	03/12/2009
Festa do Divino Espírito Santo de Pirenópolis/GO	Celebrações	13/05/2010
Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro	Saberes	05/11/2010
Ritual Yaokwa do povo indígena Enawene Nawe	Celebrações	05/11/2010
Festa de Sant'Ana de Caíco/RN	Celebrações	10/12/2010
Complexo Cultural do Bumba-meu-boi do Maranhão	Celebrações	30/08/2011
Saberes e Práticas Associados ao modo de	Saberes	25/01/2012

fazer Bonexas Karajá		
Ritxòkò: Expressão Artística e Cosmologica do Povo Karajá	Formas de Expressão	25/01/2012

4.3 – TOMBAMENTO

Adentremos agora na medida protetiva do tombamento, que é, talvez a mais importante, pelo menos a mais tradicional delas. Para entendê-la é importante que façamos uma análise da etimologia da palavra. O vocábulo tombamento tem uma conceituação peculiar no Brasil. Advém do Direito Lusitano, onde o verbo tombar tem significado de registrar, inventariar ou inscrever bens nos arquivos do Reino, que por sua vez, eram guardados na Torre do Tombo, na cidade de Lisboa.

É pertencente ao processo de tombamento a inscrição em um dos “livros do tombo” ou em outro apropriado, em âmbito estadual ou municipal. O tombamento não é um ato pontual, é um processo contínuo na história do bem tombado.

Sobre o instituto do tombamento Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵¹ afirma:

Espécie de intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico

Ainda sobre o tombamento Paulo Affonso Leme Machado⁵² afirma:

Conceituo tombamento como um regime jurídico que, implementando a função social da propriedade, protege e conserva o patrimônio cultural privado ou público brasileiro, através da ação dos poderes públicos e da comunidade, tendo em vista, entre outros, seus aspectos históricos, artísticos, arqueológicos, naturais e paisagísticos, para a fruição das presentes e futuras gerações.

51 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, Pág. 735

52 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 958

O tombamento é citado, na legislação pátria, pela primeira vez na Lei nº 378/37. No art. 46 da referida norma o tombamento era classificado como instrumento de promoção da conservação, enriquecimento e conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional. Ocorre que a Lei supramencionada destinava-se a estruturação do Ministério da Educação e da Saúde, não sendo, portanto, o tombamento regulamentado por este instrumento normativo. Com isso foi redigido um projeto de lei com o intuito de se regularizar o instituto, surgindo assim o Decreto-Lei nº 25/37.

Na Carta Política de 1988, ocorre o ineditismo constitucional do uso do termo tombamento. Podemos encontra-lo nos §§ 1º e 5º do art. 216.

No § 1º tem-se o tombamento como sendo um das cinco formas de promoção da tutela do patrimônio cultural. Já o § 5º afirma ficarem tombados todos os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Com isso, é possível afirmar, que se trata de um tombamento constitucional.

Além da já citada definição de tombamento, é imperioso que antes de esmiuçarmos o tema entendamos a sua natureza jurídica.

A doutrina não é uníssona nesse ponto, para uma determinada corrente o tombamento é considerado uma modalidade de servidão administrativa, visto que é incidente sobre um determinado imóvel, gravando o seu titular um ônus superior ao sofrido pelo resto da sociedade. Uma outra corrente doutrinária sustenta ser o tombamento, uma forma de limitação administrativa, uma forma de atingir o o exercício dos direitos individuais em prol dos direitos coletivos. Existe ainda que afirme ser o instituto, uma limitação e uma servidão administrativa, pois incide tanto o direito da propriedade como o bem em si.

Sobre a natureza jurídica do tombamento Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁵³

O tombamento ambiental é um dos instrumentos utilizáveis como forma de se tutelar o patrimônio cultural do País. Dizemos *tombamento ambiental*, porquanto este instituto tem a finalidade de tutelar m bem de natureza difusa, que é o bem cultural. Dessa forma, a utilização do tombamento como meio de preservar e proteger o patrimônio cultural brasileiro busca permitir o acesso de

53 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 412

todos à cultura, configurando mais um instrumento de tutela do meio ambiente.

É interessante aqui a ótica que o autor nos traz sobre o tombamento. Parece-nos que ele trata o tombamento como um instrumento diferente, chamando-o de tombamento ambiental, não entrando assim na celeuma de servidão *versus* limitação administrativa.

Após começar a entendermos o instituto do tombamento é de grande relevância que versemos sobre a competência que a constituição atribui a cada ente federativo.

Pode ocorrer que a tutela do mesmo bem cultural seja de interesse de mais de um ente federado. Diante disso, não existe impedimento algum que um ente tome aquilo já tombado por outrem, a ideia aqui é reforçar a eficácia do instituto, ou, simplesmente, para evitar que o outro ente federado se omita na fiscalização.

Sobre o tema José Afonso da Silva⁵⁴ é claro ao afirmar:

As três esferas de competência podem, paralelamente, tomar o mesmo bem, sem que haja exclusão em face de qualquer delas. Não ocorre caso de competência só da União, ou só do Estado, ou só do Município.

A diferenciação que deve ser observada é no que tange aos municípios, que além da execução da legislação comum é responsável, nos termos do art. 30, IX, da Constituição Federal de 1988, “*promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local*”.

Apesar dessa possibilidade de múltiplos tombamentos, deve-se observar a sua eficácia, e sua necessidade. Não é razoável que a União tenha que tomar todos os bens de interesse apenas local, por exemplo, para que se tenha a proteção de maneira eficaz. Isso acarretaria uma despesa desnecessária. O que deve ser levado em consideração aqui é a importância do bem tutelado, e sua importância específica para cada ente federado.

Outro ponto nodal no instituto do tombamento é a sua classificação. Não encontramos uma classificação uníssona na doutrina, há divergências de nomenclatura e classificação em alguns pontos dos diferentes autores.

54 SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico**. São Paulo: ED. RT, 1981, Pág. 487.

Inicialmente devemos classificar o tombamento ambiental quanto a sua origem. A regra é que o tombamento seja originado por via administrativa ou legislativa. Porém não existe qualquer impedimento que ocorra por via judicial.

É entendimento de grande parte da doutrina administrativista de que o tombamento é um ato exclusivo da Administração Pública. Todavia, não se observa, proibição alguma de se legislar sobre o assunto. Se isso acontecesse seria uma cessação de uma atividade do Poder Legislativo sem nenhum lastro na Constituição. É inclusive, interessante que o tombamento possa ser feito por meio de lei, pois, assim sendo, pelo paralelismo normativo, somente uma lei poderá desfazê-lo.

O tombamento, ainda quanto à origem, pode ser realizado por uma atuação da Administração Pública. Trata-se do tombamento por ato do Executivo. A inscrição no respectivo livro do tombo é realizada por um processo administrativo. Tal procedimento, como já explicitado em linhas passadas está previsto no Decreto-Lei nº. 25/37.

A via judicial também pode ser utilizada para que ocorra o tombamento. Se analisarmos, não existe na Constituição, impedimento para que isso ocorra. Pelo contrário, é baseado no esteio constitucional do art. 216, que tem a justificação do tombamento por via judicial, pois, é a comunidade a responsável, juntamente com o Estado, pela preservação e proteção do bem cultural. A forma de solução mais legítima da comunidade é, de fato, o amparo jurisdicional. Vale salientar ainda, que o tombamento é realizado, com a inscrição do bem cultural no livro de tombo, devendo assim o pedido jurisdicional ocorrer neste sentido, produzindo efeitos *erga omnes*.

Dando sequência a questão classificatória, temos a divisão dos tombamentos quanto a sua eficácia, podendo ser provisórios ou definitivos.

Outra maneira de classificação do instituto do tombamento é quanto a sua eficácia. A doutrina o divide, neste quesito, em provisório e definitivo.

O tombamento provisório é possível em duas ocasiões distintas, quando for instituído por via jurisdicional, ou quando for instituído pela via executiva. Na primeira hipótese o tombamento será considerado provisório, quando, for fruto de uma medida liminar. Quando o caso for de tombamento provisório por via executiva, teremos o mesmo, quando o processo se iniciar pela notificação, caso previsto no artigo 10 do Decreto-Lei nº. 25/37. O art. 13 do referido

decreto, afirma ainda, que para todos os efeitos o tombamento provisório será equiparado ao definitivo.

Seguindo na classificação temos o tombamento definitivo. A mencionada categoria de tombamento, é possível em qualquer das três vias: a legislativa, a judiciária e a executiva. Se dará a via executiva quando o processo for concluído, acarretando a inscrição do bem cultural tutelado no respectivo livro do tombo. No âmbito legislativo, ocorrerá tombamento definitivo, quando a lei que estatuí-lo, entrar em vigor. Teremos o tombamento definitivo por via judicial, quando a sentença com a obrigação de fazer se encontrar em transito e julgado.

A doutrina, costuma classificar também, os tombamentos, de acordo com o bem tombado, levando em consideração a pessoa detentora do bem. usando assim a nomenclatura: tombamento de ofício, voluntário e compulsório.

O tombamento de ofício ocorre quando o bem tutelado for difuso, ou de domínio da coletividade, ou seja, bens públicos. Tal modalidade esta prevista no artigo. 5º do Decreto-Lei nº 25/1937⁵⁵:

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

Essa forma de tombamento depende unicamente do arbitramento do órgão preservacionista, não sendo necessário o estabelecimento de um processo formal, com contraditório, sendo suficiente a notificação da entidade detentora do bem.

O tombamento voluntário e o compulsório, por sua vez, são destinados a bens de propriedade de particulares. São determinados pelo art. 6º do Decreto-Lei n. 25/37.

Se diferenciam entre si o voluntário e o compulsório, justamente no que tange a postura do proprietário do bem. O voluntário, ocorre, quando é o próprio proprietário quem solicita o tombamento, ou concorda com a notificação que lhe é endereçada. Já no compulsório pode ocorrer de duas maneiras distintas; com a anuência tácita através da inércia do dono do bem cultural,

55BRASIL, **Decreto-Lei nº 25**, de 30 de Novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, Art. 5º.

diante da notificação, ou quando o proprietário impugnar tempestivamente a notificação, porém, o parecer do Conselho Consultivo do Patrimônio for desfavorável a ele, ocorrendo assim o tombamento compulsório.

Outra interessante classificação trazida pela doutrina, é a que divide o tombamento em individual e em geral. Se diz geral aquele em que diz respeito a toda a coletividade de bens de uma área determinada, de uma região. Entende-se como individual, aquele que atinge apenas um bem cultural determinado.

Após uma explanação geral sobre a classificação do tombamento, é interessante que observemos o processo administrativo em espécie, passo a passo. O processo administrativo é de grande importância para que se constate a significância do bem cultural para a sociedade. Podem ocorrer pequenas diferenças de acordo com o tipo de tombamento, mas os elementos essenciais do processo são: o parecer de órgão competente, indicando o valor cultural do bem tutelado; a notificação ao proprietário do interesse de se tornar o referido bem, para que, sendo o caso, ele exerça seu contraditório; o parecer deliberativo do Conselho Consultivo do ente federativo competente para o tombamento; homologação da entidade política a que está relacionada a entidade responsável pelo tombamento; a inscrição no Livro de Tombo; e por último a transcrição do tombamento para o registro público, para que assim se produza efeito *erga omnes*.

Depois de efetuado o tombamento é gerado alguns efeitos para as partes. De imediato têm-se a obrigatoriedade de transcrição no registro público. Sendo a propriedade do bem tombado particular, deve ser levado para o registro em cartório, através do órgão competente. Se o bem tombado for móvel o registro deverá ser efetuado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Após o tombamento ocorre as restrições à alienabilidade, onde o bem tombado sendo público, se torna inalienável, a não ser, que a transferência ocorra entre os entes federados. Quando o caso em tela for de alienação onerosa de bens de proprietários particulares, o que deve ser observado é o direito de preferência pertencente a União, Estados e aos Municípios, sob possibilidade de nulidade do ato, se a mesma não for observada, podendo ainda haver sequestro do bem e multa de vinte por cento sobre o valor do bem.

Outro efeito do tombamento é a restrição a reformas e modificações do bem. A questão aqui se centraliza no ponto chave em que o proprietário não poderá destruir, demolir ou mutilar a coisa tombada. Não pode ainda, sem a devida autorização prévia, repará-la, pintá-la, ou restaurá-la. Este é o objetivo centro do instituto do tombamento a preservação em si do bem cultural tombado.

Ainda, como efeito do tombamento, temos a possibilidade de intervenção do órgão de tombamento para fiscalização e vistoria do bem cultural, podendo a oposição do proprietário, gerar multas para o mesmo.

Ponto importante também que deve ser observado, é o que diz respeito ao entorno do bem tombado. É de suma importância que a vizinhança do bem se conserve, no sentido de poder garantir ao bem a sua ambiência, garantir que o mesmo possa ser enxergado e apreciado, resguardando assim, as características originais da localidade.

Um último caractere que devemos observar ainda sobre tombamento, é se, a sua efetivação por si só, gera direito indenizatório. O entendimento majoritário da doutrina, afirma que o tombamento não gera dever de indenizar. A mera expressão de tutela cultural em específico bem, é uma restrição que obriga o proprietário, simplesmente, a manter o bem dentro das suas características originais, objetivando assim a memória e identidade nacional, nacional ou municipal, conforme o caso.

É nesse sentido o entendimento de Carlos Frederico Marés de Souza Filho⁵⁶

O que poderia ser indenizável seria um prejuízo atual que sofresse um proprietário pelo fato de ser necessária a preservação de determinado bem. Mas o prejuízo deve-se configurar como atual e não futuro e eventual. O argumento de que o simples fato de impor limitações a um bem determinado gera diminuição de valor é, quando menos, ingênuo, já que em determinadas circunstâncias esta declaração pode agregar valor ao bem. este é o caso genérico dos bens móveis: todo bem móvel declarado de valor cultural passa a ser valorizado financeiramente. Não ocorre o mesmo com os bens imóveis, em função da especulação imobiliária que deseja demolir para construir mais metros quadrados; portanto, de forma geral, o tombamento não traz um prejuízo, mas uma limitação à especulação.

56 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A proteção jurídica dos bens culturais In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba:Imprensa Oficial, v. III, p.9, 1991.

O tombamento, assim, só gerará o dever de indenizar, quando estivermos diante de um prejuízo, concreto, atual e relacionado com o tombamento.

4.4 – A TUTELA INTERNACIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A tutela de um bem cultural, e sua perpetuação, é de suma importância para um povo. A magnitude do bem cultural pode-se traduzir para um âmbito maior que o regional. Se observarmos o caráter atual da globalização, a integração dos povos e das culturas, não é absurdo afirmarmos que, a perda de um bem cultural, empobrece o patrimônio cultural da humanidade como um todo.

O interesse global nos patrimônios culturais, também deve ser demonstrado na questão das tutelas dos referidos bens. Pode ocorrer que, em função do tamanho ou da natureza do bem cultural, seja inviável economicamente a sua manutenção por apenas um ente nacional, não podendo um país por si só salvaguardar o bem, evitando sua degradação e o seu desaparecimento.

Neste contexto, temos a figura da Organização das Nações Unidas, como órgão supranacional na defesa dos interesses mundiais. Ligada à ONU temos a UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, como sendo responsável pela criação, implementação e manutenção da estrutura mundial de proteção dos bens culturais.

Nesse sentido temos, como instrumento protetivo internacional dos bens culturais a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural, que no ano de 1972 foi adotada pela Conferência Geral da UNESCO. A referida convenção entra no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 80.978/77

Para que a proteção do bem cultural seja feita em âmbito internacional é necessário que haja um processo formal, composto por quatro fases: i) identificação do bem - ocorre quando o Estado que integra a convenção promove a inscrição do bem cultural que se encontra em seu território, preparando um inventário dos referidos bens; ii) individualizando o bem - pormenorizando tal bem e deixando claro os critérios em que o mesmo se

enquadra. Deve o Estado promover a proposta de inscrição; iii) após a proposta de inscrição - o centro de patrimônio mundial faz uma avaliação, observando os aspectos formais e materiais do processo, encaminhando, na sequência o mesmo para o órgão técnico especializado, que emitira parecer referente ao valor universal excepcional do bem; iv) após o parecer dos órgãos especializados - ocorre a recomendação do bem ao comitê, que é quem detém o poder de decisão final, podendo aceitar ou rejeitar o bem proposto como parte do patrimônio cultural mundial.

Outro instrumento de tutela internacional, que age conjuntamente com a lista dos bens culturais, é o Fundo para o Patrimônio Cultural e Natural Mundial. O fundo mencionado é composto pelas contribuições de caráter compulsórios e as de caráter voluntário. É importante que se perceba que a existência do referido fundo, e da proteção internacional, não tira dos Estados a competência e a obrigação de proteger os seus bens culturais. É sobretudo um trabalho conjunto entre as entidades, locais, nacionais e mundiais.

Por fim, a título de exemplificação, segue uma listagem dos bens culturais brasileiros tutelados internacionalmente, ao todo temos a soma de 18 bens inscritos, a saber:

1. Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Ouro Preto (MG) – 1980;
2. Conjunto Arquitetônico, Paisagístico e Urbanístico de Olinda (PE) – 1982;
3. Ruínas da Igreja de São Miguel das Missões (RS) – 1983;
4. Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Salvador (BA) – 1985;
5. Santuário do Bom Jesus de Matosinhos – Congonhas (MG) – 1985;
6. Parque Nacional do Iguaçu (PR) – 1986;
7. Conjunto Urbanístico, Arquitetônico e Paisagístico de Brasília (DF) – 1987;
8. Parque Nacional da Serra da Capivara (PI) – 1991;
9. Conjunto Arquitetônico e Urbanístico do Centro Histórico de São Luís (MA) – 1997;
10. Costa do Descobrimento – Reservas da Mata Atlântica (BA e ES) – 1999;
11. Reservas da Mata Atlântica do Sudeste (PR e SP) – 1999;
12. Centro Histórico de Diamantina (MG) – 1999;

13. Parque Nacional do Jaú (AM) – 2000;
14. Área de Conservação do Pantanal (MT e MS) – 2000;
15. Ilhas Atlânticas Brasileiras: As reservas de Fernando de Noronha e do Atol das Rocas – 2001;
16. Áreas Protegidas do Cerrado: Parque Nacional dos Veadeiros e das Emas – 2001;
17. Centro Histórico da Vila de Goiás (GO) – 2001;
18. Praça de São Francisco, na cidade de São Cristovam (SE) – 2010

4.5 – OUTRAS INSTRUMENTOS DE TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

O Poder Público não pode ser inerte à proteção ao bem cultural. Quando procurado, ou quando se fizer necessário, é seu dever, tomar medidas para o acautelamento do patrimônio cultural. Além das medidas já elencadas, podemos elencar agora, os instrumentos pelos quais é realizada a defesa do bem estudado.

A tutela estatal dos bens culturais pode ser feita de maneira administrativa ou judicial. Administrativamente, temos as figuras da multa, da destruição de obra ilegítima ou em desacordo com o bem tutelado e a remoção do objeto. Judicialmente, temos, principalmente, a ação popular, a ação civil pública e a ação penal pública.

Inicialmente, no âmbito administrativo, temos a multa, que têm papel duplo, de prevenção de novas agressões, e de arrecadação pecuniária para a reparação do devido bem.

A multa administrativa pode recair nos seguintes casos: a) destruir, inutilizar ou deteriorar bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; ou ainda arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial (multa de R\$10.000,00 a R\$ 500.000,00 reais) b) alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor cultural, sem autorização do órgão conservador ou em desacordo com a concedida (multa de R\$ 10.000,00 a R\$200.000,00 reais) c) promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerados em razão de seu valor

cultural, sem autorização do órgão conservador ou em desacordo com a concedida (multa de R\$ 10.000,00 a R\$ 100.000,00); d) não comunicação ao órgão conservador da necessidade da realização de obras de conservação e reparação do bem tombado, quando o proprietário não tenha recursos financeiros para realiza-las (multa referente ao dobro do valor do dano sofrido); e) omissão de registro de coisa tombada, no caso de transferência de propriedade, no prazo de 0 dias (multa de 10% do valor da coisa tombada); f) deixar o adquirente de bem edificado tombado, no prazo de 30 dias, de comunicar ao órgão conservador a transferência do bem (multa de 10% do valor da coisa tombada); g) alienar bem edificado tombado sem observar o direito de preferência da União, Estados e Municípios (sequestro do bem tombado e multa de 20% do seu valor); h) criação de embaraços à inspeção, pelo órgão competente, das coisas tombadas; i) pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar monumento ou coisa tombada (multa de R\$ 1.000,00 a R\$ 100.000,00)⁵⁷

Com base ainda no Decreto nº 6.514/08, encontramos as outras formas administrativas de sanção ao dano ao meio ambiente cultural: o embargo e a demolição de obra, as quais, são aplicadas, por exemplo, em caso de edificação não autorizada, que reduza ou impossibilite a visibilidade do bem tutelado.

A remoção de objeto, a que se refere o Decreto nº 6.514, ocorre na hipótese de afixação de objetos que causem a descaracterização do bem cultural tutelado, tais como cartazes, anúncios e afins.

Após a observação generalista das medidas administrativas de tutela, é importante que atentemos agora para as de caráter judicial, que podemos considerar como sendo as ações populares, as ações civis públicas e as ações penais públicas.

Inicialmente, tem-se a ação popular constitucional. Tal medida encontrava-se inicialmente regulamentada pela Lei nº 4.717/65. Porém foi na Constituição de 1988 que foi dada um novo aspecto para a mesma, ampliando sobremaneira a sua incidência, possibilitando assim, sua incidência na tutela do patrimônio cultural brasileiro.

57 Multas estabelecidas e conformes com os Dec.-lei 25/1937 e com o Dec. 6.514/2008.

O cerne da ação popular é a defesa de fato dos bens culturais, uma vez que a mesma não é apta para criação de títulos de patrimônio cultural. A sua competência é adstrita ao cidadão. O objetivo da referida ação é, em última análise, a declaração, pelo Poder Judiciário, da nulidade de atos que visem à lesão do patrimônio cultural, assim como também, a punição dos responsáveis pelos danos, na forma de pagamento de perdas e danos e/ou restituição de valores. A ação popular tem como destinatário o Estado.

A ação civil pública, por sua vez, é de maior abrangência que a popular. Um dos detentores da legitimidade para a propositura da mesma é o Ministério Público, que agirá sempre em face da omissão do Poder Público na identificação e tutela dos bens culturais.

O patrimônio cultural pode ser tutelado por meio desta medida, posto que é concebido como parte integrante do conceito de meio ambiente em sentido *lato*. A Lei nº 7.347/85 disciplina a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. No art. 1º da referida norma temos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados
I - ao meio-ambiente;
(...)
III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Fazendo-se uma pequena diferenciação entre a ação civil pública e a ação popular, encontramos alguns pontos interessantes. A ação popular é destinada à tutela dos bens culturais em face do Estado. Já a ação civil tem um caráter mais amplo e abrangente, protege os referidos bens em face do Estado, e também em face dos particulares, que, porventura venham a causar danos aos bens culturais.

A ação civil pública não objetiva apenas a anulação de atos. Está em seu objeto a possibilidade de realizar exigência de obrigações de fazer ou de não fazer, criando inúmeras vertentes na tutela do patrimônio cultural.

Dentre as formas de tutela do patrimônio cultural, tem-se ainda a ação penal pública. O referido tipo de ação penal segue o regime jurídico da

responsabilidade subjetiva, já que a existência de dolo ou culpa é pressuposta. A matéria é abordada na Lei 9.605/1998 que em seu art. 26 dispõe: “*Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada*”.

A Lei nº 9.605/98 traz ainda em seu bojo a tipificação dos crimes contra o patrimônio cultural. Tal matéria é elencada nos artigos 62,63,65 parágrafo único.

O art. 62 da referida lei afirma⁵⁸:

Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

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

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

O núcleo do tipo penal supracitado, é a ação de destruir, inutilizar ou deteriorar o bem tutelado. Basta aqui a conduta comissiva ou omissiva do agente, e que o mesmo tenha conhecimento da proteção legal do bem, por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Observamos aqui que o artigo não exige nenhuma forma específica de tutela. É a evolução do conceito anterior, que tinha o tombamento como principal maneira de tutela, e única digna de proteção penal. O valor aqui é do bem cultural em si, e não da forma com que ele é protegido.

Vale salientar que, o ato que protege o bem, não pode ser presumido, deve ser expresso e posterior ao cometimento da ação ou omissão tipificadora do delito.

Observando os núcleos do tipo penal temos que, destruir o bem tutelado, é findar a sua existência, exterminá-lo ou inutilizá-lo, como bem cultural, de forma irreversível.

Sobre a inutilização do bem, a doutrina entende que esta pode ser total ou parcial; temporária ou permanente.

58 BRASIL, **Lei 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, Art. 62.

Por fim temos a deteriorização do bem cultural, que se supõe uma ação ou omissão continuada. Geralmente é produto de diversos atos ao longo do tempo.

Pode figurar no polo ativo do crime supra elencado qualquer pessoa física ou jurídica.

Dando sequência à explanação dos crimes contra o patrimônio cultural, trazidos pela Lei nº 9.605/98, temos o artigo 63 que afirma⁵⁹:

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

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

O núcleo do tipo penal é a ação de alterar. Pressupõe assim a modificação. Não é feito nesse caso um juízo de valor, no sentido de a modificação ter sido feita para melhor ou pior. O cometimento do crime ocorre com a simples atitude modificativa sem autorização ou em desconformidade da autorização concedida pela autoridade competente.

É crime ainda, segundo o art. 65, a pichação de monumento urbano⁶⁰:

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.

59 BRASIL, **Lei 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, Art. 63.

60 BRASIL, **Lei 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, Art. 65.

Entende-se como pichar, escrever em muros ou paredes, mensagens de cunho político, cifradas, ou qualquer outra neste sentido.

CONCLUSÕES

O Estado tem o dever, estabelecido constitucionalmente, de proteger os bens culturais da sociedade. Tais bens são primordiais para a manutenção da memória comum social, das suas referências e formação da identidade coletiva.

O vocábulo cultura, juridicamente, não é tão abrangente como o seu sentido antropológico. O que é tutelado, de fato, são os bens formadores do patrimônio cultural nacional. Patrimônio esse, fruto da escolha de alguns bens selecionados, considerados de grande relevância a nível nacional, tendo uma relação extremamente estreita com a identidade pátria.

A legislação afirma serem os bens culturais, destinatários de tutela. A constituição versa sobre o tema, bem como também encontramos eco do temos nas normas infraconstitucionais.

Os direitos culturais são considerados direitos fundamentais. Além de serem inerentes a um meio ambiente equilibrado, são necessários para o exercício da dignidade da pessoa humana com plenitude. Não sendo possível uma existência digna, sendo o ser humano privado de conhecer sua cultura, sua identidade, suas raízes.

A proteção do meio ambiente cultural não enseja um choque de valores com a tutela do meio ambiente natural, tese essa defendida por alguns autores. Pelo contrário, em alguns casos, o mesmo bem pode ser alvo do resguardo pelos mecanismos de tutela do meio ambiente natural e ao cultural ao mesmo tempo.

A tutela jurídica é feita, por sua vez, através de mecanismos de defesa do patrimônio cultural. A Constituição de 1988 traz em seu bojo, o inventário, o registro a vigilância, o tombamento e a desapropriação como formas de proteção do patrimônio cultural. O rol constitucional não é taxativo, é exemplificativo. Não fecha ele a possibilidade de criação de novas formas de tutela, tal afirmação é clara quando afirma que é possível outras formas de acautelamento e preservação. Tais formas se traduzem em medidas judiciais que objetivam a segurança do patrimônio cultural, além de novas leis com o mesmo intuito.

Apesar de se ter no Brasil um arcabouço legal, até certo ponto, satisfatório, na tutela jurídica do patrimônio cultural, não se observa na prática a sua eficácia e eficiência. Diariamente constata-se monumentos históricos esquecidos, de memória coletiva esvaída, e cada vez mais, patrimônios culturais materiais dando lugar a especulação imobiliária, atrelada a gana capitalista do lucro pelo lucro.

O que percebemos, em última análise, é que os mecanismos de defesa do patrimônio cultural, são mais enumeradores de bens, do que defensores em si. Ocorre, na maioria dos casos, infelizmente, o simples registro, classificação, listagem do bem e um posterior total esquecimento.

Adentrando a reflexão para o âmbito do patrimônio cultural imaterial, a realidade é ainda mais cruel e problemática. A memória comum, o ideal de identidade, é cada dia mais apagado do íntimo das atuais gerações, dando lugar para um padrão de cultural alienígena, ilegítimo, baseado em conceitos euro-americanizados.

Uma das facetas do processo de globalização a dominação pela cultura, onde o modo de vida de uma sociedade dominante é transmitido e retransmitido a nível global, atropelando tudo que for diferente do modelo pré-fabricado.

Nesse contexto, podemos afirmar que as formas de tutela do nosso patrimônio cultural, não atinge o nível máximo de eficácia. Por outro lado, deve se ter límpida a ideia de que, é o povo que deve ser o maior responsável pela salvaguarda da sua cultura. Não é razoável que tudo emane do Estado, que ele selecione e tutele sozinho o meio ambiente cultural. O mandamento constitucional aponta para este sentido, pois afirma em seu art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações.

A participação da coletividade é primordial, pois a cultura só é resguardada quando é difundida pelo e para o povo. É ele o seu autor e destinatário, não podendo, portanto, existir sem sua participação efetiva.

Mas para que se possa ter um envolvimento popular, é *mister*, que se tenha um interesse do Poder Público na cultura, no sentido de demandar recursos e estimular o seu resgate e desenvolvimento.

Inúmeras manifestações culturais já se perderam com o tempo, inúmeras ainda se perderão. A urgência de medidas de tutela eficazes é gritante. A necessidade de envolvimento da população é impreterível. Infelizmente, verifica-se que grande parte do perecimento da cultura é, no final das contas, o perecimento de mais um direito fundamental, imperativo para o exercício da dignidade humana com completude.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

Assembleia Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional de Direitos econômicos, sociais e culturais**, 1966.

Assembleia Geral das Nações Unidas, **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, 1966.

BOAS, Franz APUD CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal da República**, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 25**, de 30 de Novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

_____. **Decreto nº 6.844**, de 7 de maio de 2009. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 378**, de 13 de Janeiro de 1937. Dá nova Organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública. Publicado no Diário Oficial da União em 15/01/1937.

_____. **Lei 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural: o direito à cultura**. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2006.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DROMI, José Roberto APUD TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio do Século XXI: o Dicionário da Língua Portuguesa**, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999 (CD-ROM)

FILHO, Jair Lima Gevaerd. Anotações sobre os conceitos de meio ambiente e dano ambiental. In: **Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente**. Curitiba: Instituto de Terras, Cartografia e Florestas, n. 2, p.16, 1987.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Editora Objetiva, 2001

KROEBER, Alfred APUD LARAIA, Roque. **Cultura, um conceito antropológico**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17º Ed. São Paulo: Malheiros Editores.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. In: **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 11, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 14ª Ed., São Paulo: Saraiva 1987.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 7º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico**. São Paulo: ED. RT, 1981.

STRECK, Lenio L. A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. **In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A proteção jurídica dos bens culturais **In: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba:Imprensa Oficial, v. III, p.9, 1991.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva , 2004.

UNESCO, **Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage**, Paris. 17 de Outubro de 2003.