



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**TOMBAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS
SOBRE A TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO ÂMBITO DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA**

Rafaela Monique Vaz Cordeiro Fidelis

João Pessoa
2021

RAFAELA MONIQUE VAZ CORDEIRO FIDELIS

**TOMBAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS
SOBRE A TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO ÂMBITO DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca de Defesa como requisito para obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direito Econômico.
Orientador: Prof. Dr. Talden Farias.

João Pessoa
2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

F451t Fidelis, Rafaela Monique Vaz Cordeiro.
Tombamento ambiental : análise das decisões judiciais
sobre a tutela do patrimônio cultural no âmbito dos
Tribunais de Justiça / Rafaela Monique Vaz Cordeiro
Fidelis. - João Pessoa, 2021.
123 f. : il.

Orientação: Talden Farias.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Bens culturais - conservação. 2. Meio ambiente
cultural. 3. Tombamento. 4. Controle judicial. I.
Farias, Talden. II. Título.

UFPB/BC

CDU 719(043)

RAFAELA MONIQUE VAZ CORDEIRO FIDELIS

**TOMBAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS
SOBRE A TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO ÂMBITO DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA**

Data da Aprovação: João Pessoa ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Talden Farias
Orientador

Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho
Examinador Interno (UFPB)

Prof. Dra. Inês Virgínia Prado Soares
Examinador Externo (PUC/SP)



AGRADECIMENTOS

Este trabalho, por mais singelo que possa parecer a título de contribuição para o universo acadêmico, foi fruto de pesquisa séria, árdua e de grande esforço e dedicação.

O resultado final da pesquisa não aponta todo trajeto de abdições e tempo despendido no interesse em aprofundar conhecimentos sobre a temática. Concretiza-se no seguimento das regras materiais e formais que formam a dissertação e ocultam a parte humana do trabalho debruçada sobre a pesquisa e o saber.

Este percurso, no entanto, não se percorre sozinho e agora é o momento de agradecer à instituição e às pessoas que contribuíram para o desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço aos meus pais, Amadeu Robson e Rosângela, que possibilitaram esse sonho, agora concreto, apoiando-me de forma incondicional desde a minha mais tenra idade, proporcionando-me o alicerce dos meus estudos e da minha vida acadêmica.

Ao meu esposo e companheiro de vida, João Fidelis, grande incentivador, que sempre me mostra que sou capaz, apoiando-me por um ideal que passou a ser também sonho dele e, sobretudo, pela nossa união cada dia mais fortalecida.

À minha filha, Ana Letícia, inspiração diária para galgar meus sonhos e me tornar uma pessoa melhor.

Aos colegas das turmas, pelo convívio sempre cordial e fraterno que deixarão saudades. O acalento do sentimento saudosista é alcançado pela certeza de que a amizade e o respeito construídos durante o mestrado permanecerão mais fortes a cada dia.

Ao Dr. Talden Farias, meu orientador, por compartilhar seu conhecimento e experiência sobre patrimônio cultural/ambiental, construídos durante os anos de experiência com o magistério.

À Universidade Federal da Paraíba- UFPB, nas pessoas de seus professores e servidores, pela dedicação diária e empenho nas suas atribuições.

Enfim, a todos que contribuíram para a concretização desse sonho, meu muito obrigada.

RESUMO

FIDELIS, Rafaela Monique Vaz Cordeiro. **Tombamento ambiental: análise das decisões judiciais sobre a tutela do patrimônio cultural no âmbito dos Tribunais de Justiça**. João Pessoa: Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – UFPB, 2021.

O meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, dentre outros, refletindo as características de uma determinada sociedade. Assim, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre o homem e a natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda atividade e percepção são formados pela sua cultura. Ao analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, o estudo reflete o conflito entre o direito à propriedade e o direito ao patrimônio cultural preservado, ambos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988, o que, longe de ser apenas uma questão jurídica, expõe aspectos relacionados à origem do Estado brasileiro, sua formação cultural e política. Nesse contexto, examina-se a evolução e ampliação do conceito de cultura, uma vez que a mais nova ordem constitucional estabelece um regime jurídico específico para a tutela dos bens culturais no país, na medida em que atribui ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, a proteção e a promoção do patrimônio cultural. Contudo, a ausência de uma política pluralista se reflete no cometimento da doutrina e jurisprudência brasileira em definir os limites de atuação judicial sobre os bens de interesse cultural. Objetiva-se abordar o instituto do tombamento, enquanto modalidade de intervenção do Estado em qualquer tipo de bem, em virtude da preservação do patrimônio histórico ou artístico-cultural, bem como a adequação de seu conteúdo e a possibilidade de admissão de sacrifícios ao direito de propriedade. Constitui preocupação central do estudo o exercício do controle jurisdicional sobre o bem tombado, cuja problematização consiste em analisar se os Tribunais de Justiça estão autorizados a revisar a ação ou omissão da Administração e substituí-la por uma decisão própria visando à proteção do patrimônio cultural. Para atingir tal desiderato, a pesquisa foi realizada por meio de consulta a acervos bibliográficos, jurisprudenciais, legislativos e documentais, esclarecendo-se, contudo, que a busca documental foi limitada aos processos judiciais que envolvem a temática do tombamento. Como resultado da enquête científica, assegura-se ter contribuído para construir uma compreensão do papel do Poder Judiciário para seleção, promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, apresentando a (in)coerência das decisões quanto ao controle dos atos de tombamento.

Palavras-chaves: Meio ambiente. Patrimônio cultural. Tombamento. Controle judicial. Tribunais de Justiça.

ABSTRACT

FIDELIS, Rafaela Monique Vaz Cordeiro. **Environmental tipping: analysis of judicial decisions on the protection of cultural heritage within the scope of the Courts of Justice.** João Pessoa: Master's Dissertation of the Graduate Program in Legal Sciences - UFPB, 2021.

The cultural environment consists of cultural goods, the meaning of which includes those that have historical, artistic, landscape, archaeological value, among others, reflecting the characteristics of a given society. Thus, the cultural environment arises from an intense interaction between man and nature, since that builds its environment, and all activity and perception are formed by its culture. When analyzing the cultural environment, as a complex macrosystem, the study reflects the conflict between the right to property and the right to preserved cultural heritage, both fundamental rights guaranteed in the Federal Constitution of 1988, which, far from being just a legal issue, it exposes aspects related to the origin of the Brazilian State, its cultural and political formation. In this context, the evolution and expansion of the concept of culture is examined, since the newest constitutional order establishes a specific legal regime for the protection of cultural assets in the country, insofar as it attributes to the State, with the collaboration of community, the protection and promotion of cultural heritage. However, the absence of a pluralist policy is reflected in the commitment of Brazilian doctrine and jurisprudence to define the limits of judicial action on goods of cultural interest. The objective is to approach the institute of heritage, as a modality of State intervention in any type of property, due to the preservation of the historical or artistic-cultural heritage, as well as the adequacy of its content and the possibility of admitting sacrifices to the right of property. A central concern of the study is the exercise of jurisdictional control over the listed property, whose problematization consists in analyzing whether the Courts of Justice are authorized to review the action or omission of the Administration and replace it with a specific decision aimed at the protection of cultural heritage. In order to achieve this goal, the research was carried out by consulting bibliographic, jurisprudential, legislative and documentary collections, clarifying, however, that the search for documents was limited to legal proceedings involving the thematic of heritage. As a result of the scientific survey, it is ensured that it has contributed to building an understanding of the role of the Judiciary in the selection, promotion and protection of Brazilian cultural heritage, presenting the (in) coherence of decisions regarding the control of overturning acts.

Keywords: Environment. Cultural heritage. Tipping. Judicial control. Courts of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC/2002 - Código Civil de 2002

CDB - Convenção sobre a Diversidade Biológica

CN - Congresso Nacional

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente

ECO-92 - Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento

ICOMOS – Conselho Internacional de Monumentos e Sítios

IPHAEP - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado da Paraíba

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano

SISNAMA - Sistema Nacional de Meio Ambiente

SPHAN - Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PERCEPÇÃO SOCIAL DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL	
.....	15
1.1 CONFLITO ENTRE INTERESSES COLETIVOS E DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.2 PERCURSO HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL	25
1.3 PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL.....	27
1.4 CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL.....	29
1.5 INDISSOCIABILIDADE DO PATRIMÔNIO CULTURAL MATERIAL E IMATERIAL.....	32
1.6 REFERÊNCIAS CULTURAIS.....	34
2 PATRIMÔNIO CULTURAL E MEIO AMBIENTE.....	36
2.1 BENS CULTURAIS.....	38
2.2 CLASSIFICAÇÃO E DIVERSIDADE.....	40
2.3 CONVENÇÕES SOBRE O MEIO AMBIENTE E OS REFLEXOS NA TUTELA AMBIENTAL BRASILEIRA.....	43
2.4 CONVENÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE MEIO AMBIENTE E OS REFLEXOS NA TUTELA AMBIENTAL BRASILEIRA.....	46
2.5 DIVERSIDADE DOS BENS CULTURAIS E NATURAIS BRASILEIROS COMO VALOR FUNDAMENTAL.....	48
2.6 CONCEPÇÃO DE MEIO AMBIENTE NO SISTEMA DE JUSTIÇA AMBIENTAL BRASILEIRO.....	50
2.7 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E EQUIDADE INTERGERACIONAL....	53
3 TOMBAMENTO.....	57
3.1 CONCEITO JURÍDICO.....	60
3.2 ATO CONSTITUTIVO OU DECLARATÓRIO.....	60
3.3 ADMINISTRAÇÃO E O PODER DE TOMBAR.....	62
3.4 TIPOS E PROCESSOS DE TOMBAMENTO.....	65
3.4.1 Processo de tombamento.....	68
3.5 EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DO TOMBAMENTO.....	69

3.6 TOMBAMENTO E INDENIZAÇÃO.....	71
3.7 TOMBAMENTO CONTRA ADMINISTRAÇÃO.....	75
3.8 QUANDO O TOMBAMENTO É INEFICIENTE PARA A PRESERVAÇÃO.....	77
3.9 OUTROS INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO CULTURAL.....	78
4 CARTOGRAFIA DA DISSERTAÇÃO.....	82
4.1 PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA E DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	86
4.2 RACIONABILIDADE AMBIENTAL NOS PROFERIMENTOS JUDICIAIS QUANTO À TEMÁTICA PATRIMÔNIO CULTURAL.....	91
4.3 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE TOMBAMENTO.....	94
4.4 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE TOMBAMENTO.....	96
4.5 PATRIMÔNIO CULTURAL NA JURISPRUDÊNCIA: CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS, RESULTADOS DA PRESENTE PESQUISA EM APLICATIVO ESTATÍSTICO: IRAMUTEQ.....	97
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS.....	102

INTRODUÇÃO

O meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção engloba aqueles que apresentam valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características estabelecidas em uma sociedade. Dessa forma, insta anotar, por imperioso, que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e intensificada pela influência da natureza. Assim, o meio ambiente cultural advém de uma ampla interação entre o homem e a natureza, uma vez que aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformados pela sua cultura.

O estudo do meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, demonstra ser um patrimônio incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referências à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores de uma sociedade.

Usualmente, os pesquisadores da proteção ao patrimônio cultural costumam se utilizar da conceituação didática da divisão dos bens culturais, quais sejam: a concreta e a abstrata. O meio ambiente cultural concreto, também identificável como material, revela-se materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio ambiente humano. Diz-se, de outro modo, o meio ambiente cultural abstrato, chamado imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio ambiente humano, sendo, dessa forma, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade.

É notável a importância dos valores culturais para as nações modernas. A demanda pela manutenção ou reencontro da identidade cultural, neste mundo de rápidas e velozes alterações de costumes, é marco fundamental para os povos; basta ver com que força brotaram as tradições e a identidade cultural no leste europeu, cujos povos retomaram suas identidades com disposições guerreiras. Com efeito, muitos são os exemplos da História em que os povos lutam não apenas por suas liberdades, mas também por sua identidade nacional.

Nesse sentido, os valores de cada povo, bem como sua identidade, são representados por bens, materiais e imateriais, que se tornam juridicamente protegidos em virtude da lei. Neste século, de uma maneira ou outra, todos os países incluíram em suas legislações o processo, o critério e o alcance da proteção destes bens culturais. Após a Segunda Guerra Mundial, os organismos internacionais passaram a dar ênfase a esta tutela a ponto de

estabeleceram convenções e acordos para a preservação do patrimônio cultural da humanidade, que se traduz no conjunto dos principais bens representativos da humanidade.

No Brasil, é consagrado até os dias atuais o cognome atribuído à vigente Carta Constitucional Brasileira de ‘Constituição Cidadã’, assim entendida pelo extenso rol de direitos e garantias fundamentais que passaram a ser facultados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, bem como outros direitos que ampliam as vias de participação popular, em variados sentidos, como o reconhecimento do pluralismo político, sedimentado na diversidade cultural e entendido como sendo composto pelos bens e manifestações ‘dos distintos grupos da sociedade brasileira’, para cuja proteção a própria Constituição indica vários mecanismos, além de conferir especial papel aos poderes constituídos para que instituem ‘outras formas de acautelamento e preservação’, termo cujo entendimento será adiante buscado.

Antes do enfrentamento específico, porém, para situar a questão no tempo e espaço, faz-se necessário um mínimo de resgate histórico, lembrando, *prima face*, que, no Brasil, o primeiro instrumento jurídico acautelatório de proteção ao patrimônio cultural foi o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, que instituiu o tombamento. Após este marco, novos instrumentos de tutela foram editados pelo legislador ordinário, ampliando os instrumentos de proteção e o rol de possibilidades de tutela dos bens culturais, os quais trouxeram nova conjuntura ao tombamento.

Diante do contexto constitucional, o tombamento, que durante muito tempo fora utilizado como único instrumento de resguardo do patrimônio, pode se associar a outros meios acautelatórios, tendo, como consequência, seus objetivos revisitados. Nesse sentido, embora o novo quadro protetivo se complemente com o registro, existem diversas formas de acautelamento e preservação, tais como: incentivos fiscais, normas urbanísticas, inventário, desapropriação, vigilância e outros.

Ademais, a proteção do patrimônio cultural se revela como mecanismo salutar de sobrevivência da própria sociedade. Logo, a presente dissertação busca demonstrar que o tombamento é instrumento eficaz para proteção do meio ambiente cultural. Contudo, há de se ressaltar uma constante inquietação provocada entre os interesses privados dos proprietários e o interesse coletivo exteriorizado pela vontade do Estado, o qual se concretiza, na prática, através dos instrumentos de intervenção na propriedade privada, sobretudo em decorrência de uma série de responsabilidades para o proprietário do bem tombado, tais como: limitações ao uso e ao gozo, dever de manutenção, indenização, dentre outros.

Em um segundo panorama, analisam-se as questões criadas pelo Direito, nos diversos âmbitos, e as normas e determinações para proteger o patrimônio cultural de seu povo, não sem dificuldades e disputas, mas com razoável efetividade. Por essa razão, não raras são as decisões administrativas que envolvem o tombamento e chegam ao crivo do Poder Judiciário para que este exerça o controle judicial, o qual é baseado na unicidade de jurisdição e no modelo de ampla revisão dos atos da administração pelo referido poder, que são manifestações evidentes da influência do sistema da *common law*¹ no ordenamento pátrio.

A partir dessa conjuntura, têm-se como elementos de proveito no direito estrangeiro os mecanismos de controle da atividade administrativa pela via judicial, como o mandado de segurança e as *class actions* (ação popular e ação civil pública), bem como a legitimação ampla para o controle da administração pública nos *writs* constitucionais.

Dessa maneira, é perceptível que o controle judicial será aplicado após a avaliação do bem que será tombado ou não, com o objetivo de analisar se este possui valor cultural. O referido controle busca verificar a legalidade dos atos administrativos, e a divergência é se o controle judicial deve focar em determinar a importância cultural do bem, adentrando no mérito do ato administrativo, ou apenas avaliar as características mencionadas pela Administração para o tombamento ou não do bem, demonstrando se tais motivos são existentes.

Outrossim, pretende-se demonstrar no trabalho que, mesmo sendo insipiente a temática no Direito Brasileiro, de maneira indireta, o princípio da herança cultural² vem recebendo, de modo paulatino, consagração no entendimento do Poder Judiciário brasileiro. Sob esse norte de ideias, surge uma corrente que, apesar de afastar a possibilidade do controle de mérito do ato administrativo, confere ao Poder Judiciário a prerrogativa não apenas de analisar os aspectos legais envolvidos nos procedimentos adotados pela Administração Pública, mas também a juridicidade desses atos, entendida tal interferência como a busca pela adequação da atividade pública aos princípios norteadores do Direito.

Diante da divergência, o presente trabalho analisa o exercício do controle jurisdicional sobre o processo de tombamento proferido pela autoridade administrativa para a edição do ato de tombamento, problematizando-o com a efetividade desses pronunciamentos

1 *Common law*, em tradução livre, significa ‘direito comum’. É o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui, portanto, um sistema ou família do direito diferente da família romano-germânica do direito, que enfatiza os atos legislativos.

2 O princípio da herança cultural visa assegurar a estabilidade e a continuidade histórica da espécie humana, logo, admitir situações diversas coloca em risco a identidade cultural dos povos.

judiciais, no sentido de não somente revisar a decisão administrativa, mas também substituí-la por uma decisão própria visando à proteção do patrimônio cultural.

Parte-se da hipótese de que as decisões judiciais quanto ao tombamento ambiental são de relativa efetividade enquanto instrumento de preservação do meio ambiente cultural. Busca-se, portanto, a proteção ambiental devida, em virtude da insuficiência dos diplomas normativos e das falhas de gestão por parte dos órgãos ambientais responsáveis pela preservação do meio ambiente.

O universo do estudo será o do direito econômico e ambiental, sem prejuízo ao caráter unitário do Direito. Quanto à natureza da vertente metodológica, será utilizada a qualitativa, com métodos de revisão de literatura e documental, focando no ‘estado da arte’, com o levantamento das principais obras, autores, teorias e fatos sobre o tema que auxiliem na compreensão dos processos dinâmicos experimentados pelo Brasil na conjuntura do meio ambiente cultural.

No que tange ao método de abordagem, será aplicado o método indutivo, no qual a investigação científica é uma questão de generalização provável, a partir dos resultados obtidos por meio das observações e das experiências, dessa forma, a dissertação partirá do geral, observando o direito de propriedade *versus* o patrimônio cultural, para o particular, justamente concretizando o objetivo específico de verificar as decisões judiciais sobre a temática e sua eficácia quanto à proteção do patrimônio cultural ambiental.

Destarte, adotar-se-á o método dialético inerente ao estudo dos fenômenos dotados de constante processo de transformação. E, sem prejuízo de outros métodos, utilizar-se-á o método interpretativo para análise dos diversos posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e econômicos sobre a temática. Em relação aos métodos de investigação ou de procedimento, serão utilizados de maneira combinada o histórico e o comparativo. O primeiro deles situará a pesquisa no contexto histórico-social ao apontar a evolução da racionalidade ambiental quanto ao direito coletivo ao patrimônio cultural. Da mesma maneira, ao longo de todo o estudo, o método comparativo será utilizado para analisar a efetividade das decisões judiciais no que diz respeito à preservação do meio ambiente cultural.

Quanto aos procedimentos técnicos, serão empregados os relacionados à pesquisa bibliográfica. Logo, a presente dissertação exigiu a coleta de materiais (livros, periódicos, textos e jurisprudências) em bibliotecas universitárias e entidades específicas. Devido à atualidade marcante do tema, materiais disponibilizados na internet foram indispensáveis para a pesquisa, especialmente em *sites* internacionais e repositório de jurisprudências dos

Tribunais de Justiça brasileiros. Por fim, tornou-se indispensável o contato direto com pesquisadores atuantes na área, além da participação em eventos dedicados ao tema.

A metodologia supracitada facilitou, incisivamente, a composição desta pesquisa e, visando a melhor compreensão do tema em epígrafe, encontra-se dividida em cinco capítulos, conforme breve descrição adiante.

O primeiro capítulo, “Percepção social da tutela jurídica do patrimônio cultural” expõe, inicialmente, aspectos gerais sobre a função social da propriedade. O referido capítulo abriga a visão compartimentalizada de que o direito coletivo deve sempre prevalecer em detrimento do individual, sendo inteiramente aplicável aos casos de colisão entre direitos fundamentais, em razão da supremacia do interesse público sobre o privado. Ou seja, a ideia é conferir à proteção ambiental uma natureza supraindividual.

O segundo capítulo, “Patrimônio cultural e meio ambiente”, traz à baila o direcionamento hodierno da doutrina sobre a concepção ampla de meio ambiente, conjugando a ideia de meio ambiente natural ou físico, meio ambiente do trabalho, meio ambiente artificial e meio ambiente cultural. Apresenta-se, ainda, a concepção socioambiental dos bens culturais, as tratativas internacionais, por meio das Convenções para proteger o patrimônio cultural, bem como os reflexos na tutela ambiental brasileira e o entendimento de desenvolvimento sustentável.

O terceiro capítulo, “Tombamento e outros instrumentos de proteção”, dispõe acerca da importância desse instituto para salvaguarda do patrimônio cultural. O seu núcleo consiste em destrinchar todo o processo de tombamento de um bem, seus efeitos e consequências, bem como o papel do poder público nesse ato administrativo, além de se colacionarem outros instrumentos de preservação previstos na legislação pátria.

No quarto e último capítulo, promove-se uma análise quantitativa e qualitativa das decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro, no caso os Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, na intenção de comprovar, ou não, a efetividade desses pronunciamentos como uma garantia extra do poder público para atender aos anseios da coletividade. Ademais, questiona-se se o uso criterioso e racional desses proferimentos podem contribuir de forma positiva e saudável para a melhor gestão do patrimônio cultural brasileiro.

1 PERCEPÇÃO SOCIAL DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

O nascimento da ideia de ‘função social da propriedade’ tem sido apontado pela doutrina com as lições de Léon Duguit³, proferidas na faculdade de Direito de Buenos Aires, em 1911, as quais, posteriormente, fundamentaram a obra *Les transformations Générales Du Privé Depuis Le Code Napoléon*. O autor francês, contrariando a ideia de direito subjetivo de propriedade, passou a defender a propriedade função:

[...] pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino⁴.

Na doutrina internacional e nos ensinamentos do administrativista Renato Alessi, voltados à época para a nova Constituição Italiana de 1948, também se encontram valiosas ponderações sobre o caráter social da propriedade, que, em resumo, traduz-se no interesse público primário que seria composto por complexos interesses individuais traduzidos pela coletividade, ao contraponto dos interesses secundários que seriam aqueles da ‘administração entidade’, cujos ensinamentos ecoam até os dias atuais:

[...] para la consecución de dos fines sociales el Estado debe intervenir profundamente en las relaciones económicas probadas, con el fin no sólo de imprimir un más intenso ritmo productivo, sino también para una mejor distribución de las riquezas y de las fuentes de producción. Se explica así el contenido título II de la Constitución. En especial, por lo que se refiere a la propiedad privada, aunque se respeta ésta y, dentro de ciertos límites, es tutelada incluso frente al Estado (art. 42), se acentúa aquello que se define como su función social⁵.

3 Jurista francês especializado em Direito Público. Seu trabalho jurídico caracteriza-se por uma crítica das teorias então existentes do Direito e pelo estabelecimento da noção de serviço público como fundamento do Estado e seu limite.

4 “[...] mas a propriedade não é um direito; é uma função social. O proprietário, ou seja, o possuidor de uma riqueza, tem, ao possuir essa riqueza, uma função social a cumprir; ao cumprir esta missão, seus atos de dono são protegidos. Se ele não o cumpre ou o faz mal, se por exemplo não cultiva sua terra ou deixa sua casa ser arruinada, a intervenção dos governantes é legítima para forçá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em garantir o uso da riqueza que possui, de acordo com o seu destino” (BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006).

5 “Para a consecução de dois fins sociais, o Estado deve intervir profundamente nas relações econômicas estabelecidas, com o objetivo não só de imprimir um ritmo produtivo mais intenso, mas também de uma melhor distribuição das riquezas e das fontes de produção. Isso explica o conteúdo do Título II da Constituição. Em particular, no que diz respeito à propriedade privada, embora seja respeitada e, dentro de certos limites, seja protegida até pelo Estado (art. 42), destaca-se o que se define como sua função social” (ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tomo II. Boaventura Pellesé Prats (Trad.). 3. ed. Barcelona: Bosch,

No âmbito nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) inaugurou um novo capítulo na história do Brasil, garantindo em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito de propriedade, a qual deverá atender à sua função social. Igualmente, o artigo 170 do mesmo diploma, que cuida dos princípios gerais da atividade econômica, estabelece, entre eles, o da propriedade privada (inciso II) e o da função social da propriedade (inciso III). Contudo, somente com o Código Civil de 2002 (CC/2002) o princípio ganhou conformação, de maneira emblemática, principalmente por se tratar de disposição contida em estatuto privatista, ao dispor, em seu artigo 1.228, § 1º, que:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Percebe-se, dessa forma, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas, sociais e ambientais⁶. Embasando razão àqueles que afirmam inexistir, no plano formal, colisão entre o meio ambiente e o direito de propriedade, já que aquele “[...] é parte da mesma relação sociedade-indivíduos, que ampara à propriedade todo seu significado e valor⁷, versa-se em exemplo clássico da harmonização de direitos fundamentais.

Nas palavras de Milaré, “[...] se o gênero humano é um ocupante qualificado e privilegiado do planeta Terra - que lhe compete preservar, administrar e utilizar-, não há porque transformar os recursos naturais e ambientais em patrimônios oligárquicos⁸”. Isso

1970, p. 483).

6 Como bem consigna a doutrina norte-americana: “O fundamento comum (entre propriedade e meio ambiente) e o geralmente compartilhado interesse em usar os bens ambientais (ar, água, solo, paisagens, peixes etc.) sem a ameaça sua contínua disponibilidade. A fundamental preocupação dever ser a de equilibrar os direitos privados de uso com as demandas públicas de proteção [...] Proprietários de terras são livres para usar suas propriedades como quiserem, exceto pelas limitações do tipo ‘nuisance’” (BOSELTMANN, Klaus. **Property rights and sustainability: can they be reconciled?** V. 11, New Zealand: David Grinlinton, Prue Taylor, 2011, p. 23 e 42).

7 BENJAMIN, Antônio Herman. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanentes. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 15, out./dez., 1996. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1996;3000541383>. Acesso em: 10 set. 2020. Também assim: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito brasileiro**, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 128.

8 MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: gestão ambiental em foco**. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009, p. 110-111.

implica na impossibilidade de “[...] dispor deles livremente e ao bel-prazer, se interesses maiores e mais amplos da comunidade forem violados ou indevidamente restringidos”⁹.

Nesse viés, a adoção do princípio da função social da propriedade não é aniquilar por completo o direito de propriedade, mas conformá-la às restrições legais, inclusive aquelas de natureza ambiental¹⁰, numa espécie de responsabilidade coletiva, centrada em valores que perpassam a esfera individualista própria da sociedade moderna, em observância aos valores da solidariedade e alteridade, sem as quais não é possível considerar a natureza e mesmo os próprios seres humanos como outros sujeitos, mas apenas como objetos.

Ressalta-se, contudo, que, à exemplo de outros direitos constitucionalmente previstos, a propriedade, de uns tempos para cá, tem sido vista por muitos como um direito que, quando em colisão com a proteção ambiental, sempre deverá ceder em prol deste¹¹, de modo que o direito do proprietário não prepondere, de forma prejudicial, sobre os interesses socioambientais.

Argumenta-se que o direito coletivo deve sempre prevalecer em detrimento do individual, sendo inteiramente aplicável aos casos de colisão entre direitos fundamentais, em razão da supremacia do interesse público sobre o privado. A ideia é conferir à proteção ambiental uma natureza supraindividual, introduzindo a ideia de legitimidade do exercício ao direito de propriedade relacionada intimamente com o atendimento dos interesses sociais.

Sob esse norte de ideias, Farias¹² expõe que, em razão de sua feição interdisciplinar, o Direito Ambiental se faz presente tanto nas proteções às relações jurídicas de direito público, como nas de direito privado. Assim, o Direito Ambiental desponta como *tertium genus*, configurando-se uma espécie de direito coletivo no sentido amplo, o que transcende a dicotomia público e privado.

9 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente** [...], p. 110-111.

10 DANTAS, Marcelo Buzaglo. A influência do direito ambiental sobre alguns institutos clássicos do direito civil. **Revista da Escola da Magistratura do TRT da 4ª Região**, v. 4, 2015, p. 338.

11 De fato, já vai longe a concepção adotada em Acórdão unânime da primeira Turma do STJ, segundo a qual “[...] o direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais há de respeitar o direito de propriedade, assegurado na Constituição Federal. Da queda do muro de Berlim e do desmantelamento do Império Comunista Russo sopram ventos liberais em todo o mundo. O estado todo-poderoso e proprietário de todos os bens e que preserva apenas os interesses coletivos, em detrimento dos direitos individuais, perde a sobrevivência” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 1ª Turma. **Recurso Especial nº 32.222/PR**. Meio ambiente. Danos. Direito de propriedade. Direito de instituir parques nacionais, estaduais e municipais. Respeito ao direito de propriedade assegurado na Constituição Federal [...] Recurso provido. Relator: Ministro Garcia Vieira, 17 de maio de 1993. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/576847/recurso-especial-resp-32222>. Acesso em: 20 ago. 2020).

12 FARIAS, Talden Queiroz. **O conceito de meio ambiente na ordem jurídica brasileira**. In: Justicia y medio ambiente / Álvaro A. Sánchez Bravo, Espanha: Punto Rojo, 2013, p. 59-74.

Destarte, a proteção ambiental visa estabelecer o acesso comum e solidário de todos os cidadãos a um meio ambiente sadio e equilibrado¹³ como bem de uso comum do povo (art. 225, CRFB/88). Por isso, o “[...] bem ambiental não pode ser rotulado como bem público”, mas “[...] bem de interesse público e cuja administração, uso e gestão devem ser compartilhados e solidários com toda comunidade, inspirados num perfil de democracia ambiental”. Além disso, o ambiente deve “[...] pertencer à coletividade e não integra o patrimônio disponível do Estado, impedindo o uso irracional e autoritário do patrimônio ambiental pelo Poder Público e pelo particular¹⁴”.

Sen acrescenta que “[...] a política do consenso social requer não apenas a ação com base em preferências individuais dadas, mas também a sensibilidade das decisões sociais para o desenvolvimento de preferências e normas individuais”¹⁵. Assim, entende-se que, na esfera ambiental, deve-se retirar do foco as preferências individuais, como os interesses econômicos e privados, e inserir o desenvolvimento de novas preferências, como, por exemplo, a preservação do patrimônio cultural.

Dessa forma, observa-se que a abordagem do tema, no que tange ao direito de propriedade, restringe-se, neste trabalho, às hipóteses relativas aos bens de interesse do patrimônio cultural ambiental, visando analisar quais os tipos de restrições que podem ser impostos aos proprietários, sejam eles públicos ou privados.

Ademais, sob uma perspectiva isenta e não ideológica, é objeto de investigação desta pesquisa o comportamento de tais restrições, na hipótese de conflitos entre o direito de propriedade e o direito ao patrimônio cultural preservado, ambos considerados direitos fundamentais, levando-se em consideração que o problema central do direito ao patrimônio cultural é a construção de uma lógica capaz de unir os direitos, a qual não deve se perder nas longas definições jurídicas, nem se abstrair dos aspectos relacionados à cultura, envolvendo, sobretudo, a questão do patrimônio e do conceito de propriedade.

13 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente** [...], p. 55.

14 LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 197.

15 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Laura Teixeira Motta (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 288.

1.1 CONFLITO ENTRE INTERESSES COLETIVOS E DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana é o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, razão pela qual constitui o núcleo de tais direitos (humanos). Contudo, há um distanciamento entre esse fundamento e sua eficácia, ou, como pontua Galardo¹⁶, existe uma “distância, quando não um abismo, ou seja, uma ruptura, entre o que se diz e o que se faz no campo dos direitos humanos”.

Com efeito, a noção de dignidade humana possui uma vagueza, uma estrutura aberta, objeto de intensas disputas que não se atêm à esfera jurídica. Porém, não é necessariamente sua ontologia que a torna essência imutável e imanente. É uma qualidade atribuída aos cidadãos para efeito de dever de concretização do Estado e ferramenta da própria cidadania. No âmbito jurídico-normativo, destaca-se o conceito de Sarlet¹⁷, para quem a dignidade é uma:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Tais noções introdutórias servem para alertar que as variadas formas que uma dimensão antropológica pode assumir, caso se considere a abertura conceitual da cultura na CRFB/88, podem ocasionar conflitos entre as tarefas estatais de proteção, fomento, incentivo, difusão das atividades e manifestações culturais e o fundamento evocado para os direitos fundamentais, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

A proclamação de dignidade depende das mudanças socio-históricas e culturais, mas permanece com uma dimensão ontológica na medida em que é atribuída a todos. Por exemplo, uma prática, atividade, expressão ou manifestação cultural, para ser considerada contrária à dignidade humana, precisa ser contextualizada. Desse modo:

É de perguntar-se até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos, que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos

16 GALLARDO, Helio. Teoria crítica: matriz e possibilidades de direitos humanos. São Paulo: UNESP, 2014.

17 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 60.

quadrantes, são tidos por legítimos enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades¹⁸.

Essa necessidade de abertura conceitual da cultura ocorre para que o caráter universalista, direcionado a todos, não ignore as particularidades (relativistas) da diversidade cultural do planeta, dos grupos, das comunidades, do pluralismo existente em cada país¹⁹. Ainda assim, um conteúdo mínimo de dignidade humana se assenta em um tripé, enunciado por Barroso²⁰ nos seguintes elementos: 1) valor intrínseco de todo ser humano; 2) autonomia e; 3) valor comunitário.

Dessa forma, em um primeiro sentido, percebe-se a dimensão ontológica da dignidade como qualidade intrínseca do ser humano, “[...] qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana que pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente²¹”. Nesse sentido, tal valor dá origem, na esfera jurídica, a uma série de direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos culturais.

No que concerne à autonomia, há de se destacar a exata medida da liberdade dos seres humanos na capacidade de formular suas próprias escolhas e decisões, de perseguir seus próprios caminhos, podendo, tanto ser atribuída a uma dimensão pública de participação na vida em sociedade como privada, para exercício das liberdades de foro íntimo e particular²².

No último expoente, destaca-se o valor comunitário da dignidade humana, a qual expressa limites baseados nas relações sociais em alteridade, isto é, ela se amolda em nome de valores sociais compartilhados socialmente e é limitada pela regulação do Estado, tendo em vista a existência de direitos fundamentais de outros, metas sociais comuns, bens jurídicos transindividuais e outros.

Na conceituação de Barroso²³, o valor comunitário “[...] enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”. Tal valor pressupõe o entendimento de sociedades plurais, que, além da autonomia individual, deve proteger a

18 *Ibidem*, p. 57.

19 *Ibidem*, p. 47-57.

20 BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 72.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 43.

22 BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo[...]**, p. 82-83.

23 *Ibidem*, p. 88.

dignidade e os direitos de terceiros, almejando uma intersubjetividade baseada no respeito, na tolerância e na alterabilidade.

Sob esse liame de compreensão, em análise à CRFB/88, percebe-se que, no plano da concretude, eventualmente, tais direitos podem entrar em rota de colisão, especialmente quando analisados os direitos culturais. Nesse sentido, apesar do contexto mais amplo do direito internacional dos direitos humanos, Shaheed²⁴ aduz que estabelecer limites aos direitos culturais não é tarefa fácil:

Essa visão decorre, em parte, de uma tendência deslocada de comparar diversidade cultural com relativismo cultural, que tem o efeito de suscitar medos e mal-entendidos em relação ao reconhecimento e à implementação dos direitos culturais. O consenso da comunidade internacional é que ninguém pode invocar a diversidade cultural para infringir os direitos humanos garantidos pela lei internacional nem limitar sua abrangência. Nem todas as práticas culturais podem ser consideradas protegidas pela lei internacional dos direitos humanos. Contudo, identificar exatamente que práticas culturais devem ser consideradas contrárias aos direitos humanos nem sempre é uma tarefa fácil. No nível nacional, tal processo de identificação requer, por exemplo, um marco legal indicando princípios que fundamentem que direitos culturais podem ser limitados e um Judiciário independente capaz de tomar uma decisão informada segundo esse marco legal, bem como a lei internacional dos direitos humanos, considerando a prática dos órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos.

As principais teorias acerca dos limites dos direitos fundamentais são: a interna, que surgiu por volta de 1960 em resposta à teoria externa, tendo como expoente Peter Häberle²⁵ e pressupõe a não existência de restrições aos direitos fundamentais; a internacionalista (conciliatória); e a externa, sendo esta a que mais se aproxima da estrutura de direitos fundamentais que se firma nas constituições contemporâneas de matriz ocidental. Logo, a adoção da teoria externa permite um leque maior de opções hermenêuticas para solução dos casos apresentados, exigindo daquele que irá decidir a questão que realize um sopesamento, tendo a máxima da proporcionalidade como norte desta ponderação.

De certo modo, sopesar direitos, havendo colisão entre princípios fundamentais, é admitir a aplicação da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito) entre eles, como método de resolução de conflitos entre normas da mesma estatura, o que implica em averiguar a medida adequada para a persecução dos objetivos constitucionais em jogo, sua necessidade de adoção diante de ausência de outro meio mais

24 COELHO, Teixeira. O novo papel dos direitos culturais. Entrevista com Farida Shaheed, da ONU. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011, p. 23. Disponível em: <http://d3nvljy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

25 HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial dos derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2003, p. 52.

eficaz e menos gravoso que a substitua enquanto limite ao bem jurídico em questão e a justiciabilidade dos valores envolvidos, isto é, a ponderação no caso concreto, mediante argumentação racional.

Nos tribunais brasileiros, os conflitos envolvendo os direitos culturais e outros direitos fundamentais são frequentes e têm gerado importantes precedentes, inclusive balizando o que pode ser ou não compreendido como exercício de direitos culturais – caso de algumas manifestações que, para a dimensão antropológica da cultura, são produto do ser humano ou de suas práticas, mas não condizentes com outros princípios, direitos fundamentais e interesses coletivos.

Ademais, mister se faz retornar para o início desse tópico sobre a querela entre universalidade e diversidade cultural com relação ao significado e alcance da dignidade humana. Nesse ponto, concorda-se com Donders²⁶, o qual expõe a problemática da centralidade dos direitos culturais, ao comentar os desafios da especialista independente para direitos culturais na ONU:

Outra questão em relação aos direitos culturais pertinentes à especialista é a existência de práticas culturais que, na verdade, infringem os direitos humanos. Às vezes se teme que os direitos culturais possam ser usados para justificar práticas que, por exemplo, apoiam a posição de subordinação das mulheres, refletida em práticas como casamentos forçados, mortes por honra, mutilação genital e purificação da viúva, como também a discriminação em relação à apropriação de terras, herança e divórcio. As questões legais que aqui entram em cena são direitos humanos conflitantes e limitações dos direitos humanos. A situação em que dois direitos humanos podem estar potencialmente em conflito não é específica dos direitos culturais. Muitos direitos humanos podem estar inerentemente em conflito em determinadas situações. Um famoso exemplo é o caso do desenho animado dinamarquês que, em 2006, demonstrou a tensão entre a liberdade de religião e a liberdade de expressão. Essas situações não podem ser resolvidas na prática com a rejeição de um desses direitos. Tampouco se pode privilegiar a priori um direito em favor de outro. Isso requer uma avaliação independente, por exemplo, por parte de órgãos independentes de supervisão, como tribunais, para determinar que direito prevalece sobre outro em uma situação específica. [...] Exemplos disso são expressões criativas que prejudicam a sociedade ou certas comunidades, ou atividades culturais que utilizam expressões racistas ou discriminatórias. O fato de justificar -se ou não certa limitação dos direitos culturais depende das circunstâncias reais. Isso, no entanto, deixa a questão sem resposta quanto ao que fazer com as atividades ou práticas culturais – não confundir com direitos culturais – que estão em conflito ou limitam a fruição dos direitos humanos. As práticas culturais são muito diversificadas, o que torna impossível fazer declarações gerais sobre sua aceitabilidade em relação aos direitos humanos. A abrangência de seu possível conflito com os direitos humanos depende do contexto específico do caso. No entanto, práticas culturais que estejam claramente em conflito com a dignidade

26 DONDERS, Yvonne. Cinderela encontra seu príncipe: a especialista independente no campo dos direitos culturais. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011, p. 79-80. Disponível em: <http://d3nvljy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

humana e com as normas internacionais de direitos humanos não podem ser justificadas com uma alegação de defesa dos direitos culturais.

Precedentes mais marcantes em torno desse debate envolveram os casos da farra do boi (RE nº 153.531-8²⁷), das rinhas de galo (ADI nº 1.856²⁸), e da vaquejada (ADI nº 4.983²⁹). O STF, em todos os acórdãos, entendeu que essas práticas conferiam crueldade aos animais, e que as situações de risco autorizavam a vedação constitucional para resguardar e não comprometer sua integridade, não podendo se sujeitar à crueldade, de acordo com o princípio da proteção da fauna brasileira, inserto no artigo 225, inciso VII, da CRFB/88.

Ao analisar a colisão principiológica entre direitos culturais (proteção de manifestação cultural) e direito ao meio ambiente (preservação da fauna), embora se admita que se trata de expressão de origem portuguesa enraizada na cultura brasileira, Bahia³⁰, com fundamento em Alexy³¹, entende que o princípio da proteção dos animais contra tratamento vil e cruel precede a proteção de bem cultural imaterial integrante do patrimônio cultural.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. **Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC**. Costume. Manifestação cultural. Estímulo. Razoabilidade. Preservação da fauna e da flora. Animais. Crueldade [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 13 de março de 1998. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185142&modo=cms, Acesso em: 20 dez. 2020.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei fluminense nº 2.895/98). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei nº 9.605/98, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta. Procedente. Relator: Ministro Celso de Mello, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em: 20 dez. 2020.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE**. Processo objetivo. Ação direta de inconstitucionalidade. Atuação do Advogado-Geral da União. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do diploma maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Inconstitucionalidade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso vii do artigo 225 da Carta federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 27 de abril de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 20 dez. 2020.

30 BAHIA, Carolina Medeiros. A farra do boi à luz do princípio da proporcionalidade. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004, p. 85.

31 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Segundo a ambientalista³², as tradições culturais são mutáveis no tempo, não são perpétuas ao ponto de não se adaptarem às novas realidades nas quais se veem inseridas. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da CRFB/88, que veda qualquer prática que submeta os animais à crueldade, procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’.

Pode-se também mencionar, em termos da liberdade de expressão cultural, o *Habeas Corpus* nº 82.424-2³³, no caso Ellwanger, envolvendo discurso do ódio, no qual o STF consignou que a liberdade de expressão possuía limites de ordem jurídica e moral e não poderia abrigar incitações racistas e práticas discriminatórias. Houve, então, denegação do pedido porque, para a Corte Máxima, o livreiro Ellwanger editou e publicou obras antisemitas com intuito de disseminar ódio contra os judeus.

Por fim, ressalta-se o pedido da Comissão Nacional da Verdade (CNV) que requisitou, junto com as Comissões Estadual e Municipal da Verdade de São Paulo, o tombamento do prédio onde funcionou o Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do 2º Exército (DOI-Codi), transmitindo a ideia de que o edifício fosse recharacterizado para se tornar um memorial em homenagem às vítimas da repressão, o que também pode ser interpretado como conflito entre o direito à memória particular da história nacional (memória em torno do lugar – imaterialidade) e a Lei de Segurança Nacional, Lei nº 7.170/83, bem como a Lei de Salvaguarda de Assuntos Sigilosos, Lei nº 60.417/67.

Essas situações de antagonismo entre direitos fundamentais igualmente habilitados à proteção pelo ente público se entrelaçam, ainda mais, Direito Administrativo, Direito à Cultura e Direito Constitucional³⁴. Deve a autoridade se pautar pelo princípio da proporcionalidade, a fim de nortear a tomada da melhor decisão. Tal postura se aplica, necessariamente, ao procedimento de tombamento.

Outrossim, os julgados sobre os limites dos direitos culturais e de direitos fundamentais limitados por direitos culturais ajudam a antecipar uma listagem de algumas de suas espécies: liberdade de expressão artística, liberdade de expressão cultural, liberdade de

32 BAHIA, Carolina Medeiros. **A farra do boi à luz do princípio da proporcionalidade**, p. 85.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS. *Habeas Corpus*. Publicação de livros. Antisemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator: Ministro Moreira Alves, 19 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 20 dez. 2020.

34 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos. Fortaleza: IBDCult, 2016, p. 62.

manifestação cultural, direito ao patrimônio cultural, direito à memória e o direito de acesso à cultura. Dessa forma, a teoria dos princípios cria o suporte necessário para a solução das colisões entre direitos fundamentais, incluindo, para tanto, a ponderação do peso abstrato desses direitos como método de solução.

1.2 PERCURSO HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Antes do enfrentamento específico do conceito de patrimônio cultural, para situar a questão no tempo e espaço, faz-se necessário o resgate histórico, lembrando, *prima facie*, que as análises aqui estabelecidas tratam da evolução cronológica, seja no âmbito nacional ou internacional, como também da transformação do valor do patrimônio cultural, partindo-se da noção de ‘patrimônio’ como algo em constante transformação, com novas concepções, identidades e identificações.

À luz desse entendimento, a tutela jurídica do patrimônio cultural é desencadeada no percurso do século XIX, fase em que os interesses individuais predominam sobre os coletivos, com o objetivo de resguardar o direito de propriedade³⁵. A ideia de monumentalidade e a edição de leis que protegessem os grandes monumentos, indicados como importantes por grupos detentores de poder foram as bases para proteção patrimonial desse período. Assim, tal tutela está ligada à oficialidade, e, portanto, a grandes feitos e obras de valor histórico e artístico³⁶.

Apenas em meados do século XIX, a partir dos movimentos europeus, a memória coletiva foi tratada com a devida atenção dos especialistas. Observa-se o foco diferente para o patrimônio cultural, com o deslocamento do eixo de atenção da monumentalidade para os bens culturais usuais que permitem reconstruir ou entender uma comunidade ou seu meio de vida, o que trouxe reflexos para as diversas áreas do saber, inclusive a jurídica, que precisou

35 A noção de patrimônio está na ligação entre o monumento e a sociedade, numa perspectiva de subjetividade e temporalidade - pela lembrança que este traz do passado ou dos antepassados, pela fruição que tem a geração presente, ou, ainda, pelo legado que se pode deixar para as futuras gerações passa por uma transformação que a distância do binômio monumento/ligação afetiva da sociedade e a conduz para uma definição de viés econômico e objetivo, com a construção jurídica do direito a uma propriedade cultural: “As línguas românicas usam termos derivados do latim *patrimonium* para referir à propriedade herdada do pai ou dos antepassados, uma herança”. Os alemães usam *Denkmalpflege*, o cuidado dos monumentos, daquilo que faz pensar, enquanto o inglês adotou *beritage*, na origem: restrito ‘aquilo que foi ou pode ser herdado’. Todavia, pelo mesmo processo de generalização que afetou as línguas românicas e seu uso dos derivados *patrimonium*, também passou a ser usado como uma referência aos monumentos herdados das gerações anteriores (FUNARI, Pedro Paulo. **Arqueologia**. São Paulo: Contexto. 2003, p. 97).

36 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 25.

criar ou adaptar instrumentos protetivos para melhor compreender a vida dos povos remotos. Desse modo, na visão de Lemos³⁷:

O patrimônio cultural de uma sociedade ou de uma região ou de uma nação é bastante diversificado, sofrendo permanentes alterações, e nunca houve ao longo da história da humanidade critérios e interesses permanentes e abrangentes voltados à preservação de artefatos do povo, selecionados sob qualquer ótica que fosse (...). Guardaram-se os artefatos de exceção e perderam-se para todo o sempre os bens culturais usuais e corriqueiros dos povos. Esses bens diferenciados preservados sempre podem levar a uma visão distorcida da memória coletiva (...). Somente agora, nos últimos dois séculos, é que a arquivologia se esforça por recolher, identificar e estudar os restos e vestígios dos povos desaparecidos para tentar conhecê-los melhor no seu cotidiano prosaico, para vislumbrar seu pensamento, suas crenças e tabus.

Na França, com o advento da Revolução Francesa³⁸, em 1789, o patrimônio arquitetônico foi demasiadamente vilipendiado. Sob as ordens do ‘progresso’, castelos, vilarejos, igrejas e mosteiros, de quase mil anos, foram arrasados por pessoas que desconheciam a importância dessas construções. Contudo, em 1825, o País foi agitado por um livro intitulado “*Guerre aux Démolisseurs*”³⁹, de uma forma antes pouco vista, de autoria do dramaturgo Victor Hugo, o qual viria a ser publicado apenas em 1829 na *Revue de Paris* (Revista de Paris), elevando o romantismo para uma nova categoria ao anunciar o pensamento ‘*nous devons arrêter le marteau qui mutile le visage du pays*’⁴⁰, e com o intuito de alertar sobre a real situação de abandono e depredação de todo o patrimônio histórico francês, tendo o autor conseguido, ainda, expandir a visão da população francesa em relação ao seu passado e a sua história.

A partir de 1880, aparecem na Europa e na América legislações em consonância com as urgências protecionistas das sociedades. Em 1917, pela Constituição Mexicana, e, em 1919, pela Constituição Alemã, a proteção do patrimônio cultural adquire *status* constitucional, abordando esta última a defesa global do patrimônio histórico ao reconhecer uma titularidade pública para esse patrimônio⁴¹.

No plano mundial, as mudanças das décadas de 1920 e 1930 não foram postas em prática, em razão do período entre Guerras, o qual impediu a implementação das medidas e

37 LEMOS, Carlos A. C. **O que é patrimônio histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 80.

38 Durante a Revolução Francesa iniciada em 1789, muitas igrejas foram saqueadas, depredadas e destruídas em todo o país. As construções salvas foram aquelas convertidas em edifícios públicos, e até particulares, como prefeituras, fábricas e armazéns. Essas igrejas, agora sob novo uso, portavam em sua fachada a bandeira tricolor símbolo da Revolução, atualmente, a bandeira oficial da República Francesa.

39 Guerra aos Demolidores

40 ‘é preciso parar o martelo que mutila a face do país’ (tradução livre).

41 SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: PC Editora Ltda, 2001, p. 36.

instrumentos que realmente tratassem o cotidiano e a memória coletiva como bens culturais relevantes⁴². A essa conjuntura somam-se a repercussão da crise econômica mundial e a própria mudança socioeconômica, com o fortalecimento da elite industrial e comercial, marcando uma nova fase do capitalismo.

No período entre as décadas de 1930 e 1950, proporcionou-se o amadurecimento da tratativa do patrimônio cultural, com a valorização de certos bens (materiais e imateriais) que⁴³ deveriam servir de referência para entender o passado, viver o presente e lidar como futuro. Os movimentos políticos, sociais e econômicos nas diversas regiões do mundo e o surgimento de novos atores no cenário mundial, com percepções diferentes também na temática do patrimônio cultural, trouxeram acepções mais abrangentes da cultura e novos instrumentos de salvaguarda do patrimônio cultural.

Para Soares⁴⁴, com o passar desses períodos, o patrimônio se firma conceitualmente como o conjunto de bens materiais e imateriais, acumulados durante o tempo ou produzidos na atualidade, os quais são valorizados pelos homens como fundamentais para fruição da vida no momento presente e que devem ser conservados para representar a transposição do passado para o futuro. Dessa forma, o que une esses bens em conjunto, formando o patrimônio, é seu reconhecimento como reveladores de uma cultura determinada, integrante de uma cultura nacional.

1.3 PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL

O desenvolvimento do conceito de patrimônio cultural no Brasil está ligado a vários fatos políticos e culturais marcantes na história do país, quais sejam: a semana de Arte Moderna de 1922, o Estado-Novo e a criação do Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). As discussões no Brasil acompanharam a inquietação mundial e o resultado veio com as novas legislações a serem produzidas.

Aliada a tais acontecimentos, cita-se a efetiva participação de intelectuais de expressão política na sociedade do primeiro quartel do século passado para a evolução do conceito de patrimônio cultural, tais como: Rodrigo Melo Franco Andrade, Mário de Andrade,

42 BALLART, Joseph; TRESSERRAS, Jordi Juan i. **Gestión del patrimonio cultural**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2005, p. 54.

43 Nas palavras de Funari e Pelegrini, “[...] o fim da guerra foi, portanto, um marco essencial que trouxe novos agentes sociais, com interesses diversos, para o centro da ação social e política [...]” (FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINE, Sandra. **Patrimônio histórico e cultural**. 2. ed. São Paulo: Zahar, 2009, p. 22-23).

44 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 25.

Carlos Drummond de Andrade, Gustavo Capanema, entres outros. Com efeito, pode-se afirmar que esse marco no Brasil se confunde e se entrelaça com a história do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN e com a história de vida dos intelectuais supramencionados.

Com esses dois marcos, arquiteta-se a genealogia da nação pela busca das suas raízes, para conferir ao país uma feição própria, que não dependesse dos padrões estrangeiros⁴⁵, criando uma nova conjuntura estrutural para preservar o conjunto dos principais bens culturais representativos do povo brasileiro.

Dessa forma, destrinchando os fatos supracitados, observa-se que, visando dar consistência ao IPHAN, o Ministro Capanema submeteu ao Presidente Getúlio Vargas um anteprojeto de lei para definir o conceito de patrimônio cultural histórico e artístico do país, com base na Constituição de 1934 e fundamento nos estudos e propostas de Mário de Andrade. O projeto seguiu trâmite rápido e foi aprovado na Câmara dos Deputados, recebendo emendas no Senado e tendo sido aprovado, ocasião em que deveria ter retornado à Câmara. Contudo, um golpe de Estado dissolveu o Congresso Nacional (CN), criando o chamado Estado-Novo, sob a direção de Getúlio Vargas, que rapidamente fez entrar em vigor uma nova Constituição, a qual, embora autoritária, era muito mais efetiva na defesa do patrimônio cultural⁴⁶.

Getúlio Vargas, usando os poderes da nova Constituição e influenciado por Capanema, editou o Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Embora seja um Decreto-lei, esta norma jurídica passou por todo o processo legislativo democrático da Constituição de 1934, razão pela qual recebeu o apelido no mundo jurídico de “Lei do Tombamento”. Outrossim, a proteção dos bens culturais passou a fazer parte do sistema jurídico brasileiro, tendo sido aprimorada a partir daquela data⁴⁷.

Em meados dos anos 1980 e 1990, desenvolve-se o passo mais importante na construção do conceito de patrimônio cultural, tendo em vista que ocorreram mudanças nas estruturas administrativas do Estado com a criação do Ministério da Cultura, órgão desvinculado do Ministério da Educação. Ressalta-se, ainda, a instalação da Constituinte no

45 CHUVA, Márcia. Entre vestígios do passado e interpretações da história: introdução aos estudos sobre patrimônio cultural no Brasil. In: CUREU, Sandra (Coord.). **Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 37-49.

46 FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ; IPHAN, 2005, p. 35-36.

47 *Ibidem*, p. 35-36.

final dos anos 1980 como um marco considerável na construção do atual conceito de patrimônio cultural, essa mais plural, dinâmica, viva, popular e, acima de tudo, que favoreceu o exercício da cidadania, trazendo, de certa forma, uma visão elitista da cultura erudita e não da cultura popular.

Isto posto, é possível verificar que a evolução histórica do conceito de patrimônio cultural não surgiu de um aspecto totalmente acabado, vez que sua utilização, em especial, pelos operadores do direito, não pode se reduzir à mera aplicação do dispositivo constitucional sem que seja introjetada a importância de sua proteção como forma de exercício da cidadania. Logo, esse modelo de escolha do bem cultural segue a tendência de preservar o patrimônio relacionado à história considerada legítima pela classe dirigente do país.

1.4 CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL

A noção de patrimônio advém etimologicamente da concepção de herança paterna. Esse termo, nas línguas românicas, segundo Funari e Carvalho⁴⁸, deriva do latim *patrimonium* e faz alusão à “[...] propriedade herdada do pai ou dos antepassados” ou “[...] aos monumentos herdados das gerações anteriores”. Para os autores, tais expressões fazem menção a *moneo*, que, em latim, significa ‘levar a pensar’. Dessa forma, as noções de patrimônio cultural se mantêm vinculadas às de lembrança e memória, categoria basal na esfera das ações patrimonialistas, vez que os bens culturais são preservados em função dos sentidos que despertam e dos vínculos que mantêm com as identidades culturais.

A expressão referência cultural vem sendo utilizada, sobretudo em textos que têm como base uma concepção antropológica de cultura e que enfatizam a diversidade não só da produção material, como também dos sentidos e valores atribuídos pelos diferentes sujeitos a bens e práticas sociais. Essa perspectiva plural, de algum modo, veio descentrar os critérios considerados objetivos, pois estavam fundados em saberes considerados legítimos, que costumavam nortear as interpretações e as atuações no campo da preservação dos bens culturais.

Como se percebe, a conservação do patrimônio cultural teve início com a noção e desenvolvimento que se teve do patrimônio, levando em conta os bens monetários e de valor

48 FUNARI, Pedro Paulo; CARVALHO, Aline Vieira de. O patrimônio em uma perspectiva crítica: o caso do Quilombo dos Palmares. **Diálogos**, Maringá, v. 9, n.1, 2005, p. 34. Disponível em: http://professor.ufop.br/sites/default/files/mas/files/carvalho_funari_quilobolas_0.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

excepcional, como (de maneira bem iniciante e sutil) dos bens materiais e imateriais que possuíssem algum tipo de relevância para a comunidade, em razão da produção cotidiana, mesmo não havendo nenhum tipo de atributo externo comercial. Com o passar do tempo, a importância dada ao bem foi levando a comunidade a conceituar o patrimônio cultural, que deixou de ser visto como uma perspectiva reducionista (relacionada a personagens emblemáticos e monumentos) e passou a ser enxergado como a inclusão das ações dos bens constituintes e as dimensões testemunhais⁴⁹.

Assim, o patrimônio cultural passou a exercer posição central na atualidade e pode ser confundido com o vínculo social. Nesse norte de ideias, considera-se, cada vez mais, como tendo percepção na identidade cultural os fragmentos de um sítio como parte de um todo maior, da coletividade, do gueto ou da comunidade imaginada, e o monumento como contiguidade material do território⁵⁰.

De acordo com Pereira⁵¹, foi a partir da Constituição de 1967 que se obteve o conhecimento homologado referente ao conceito de patrimônio. Por meio desse rompimento de modelo, pode-se alcançar uma nova percepção do patrimônio brasileiro, sendo possível enxergar uma dimensão maior do conjunto de ‘saberes e fazeres’, que torna a cultura brasileira única.

Há de se ressaltar, por oportuno, que, no decorrer das décadas de 1990 e 2000, foi possível evidenciar e relacionar o patrimônio cultural à paisagem e, nos lugares mais antigos, vinculando-se a eles o sentido de memória, costume, afetividade e sustentabilidade ambiental, social e humana. Nesse desiderato, a mutabilidade da cultura e os processos de transformação de seu meio são fatores que dinamizam o quê e como deve devem ser preservados.

Considera-se que, com o passar dos anos, o conceito de patrimônio cultural foi se transferindo em grande escala, de um ambiente cheio de sítios e monumentos para outro de paisagens culturais⁵², pretendendo-se, dessa forma, transformar a grande diversidade de interesses socioculturais, visando ofertar a cada um o direito à apropriação de um grupo territorial, com a intenção de evitar qualquer tipo de conflito de fronteira.

49 CAMPOS, Juliano Bitencourt; PRÉVE, Daniel Ribeiro; SOUZA, Ismael Francisco. **Patrimônio cultural, direito e meio ambiente**. V. II. Curitiba: Multideia, 2016.

50 *Ibidem*, p. 340.

51 PEREIRA, Júlio Cesar. O conceito de cultura na Constituição Federal de 1988. Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, 4 (ENECULT), 2008, Salvador. **Anais**. Salvador, BR: Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia, 2008, p. 1-12. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecul2005/MonicaStarlingNiciaRaiesMoreiradeSouzaeSylvana.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

52 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 22.

Nesse liame de compreensão, o conceito de patrimônio mundial da humanidade nasceu no ano de 1972, com o intuito de pacificar e globalizar, proporcionado a união dos fatores de preservação, os quais foram responsáveis pela Segunda Guerra Mundial, tornando mais explícita a ideia de meio ambiente e a lógica inelutável da globalização⁵³.

Segundo Lemos⁵⁴, pode-se dividir o patrimônio cultural em três categorias: aquelas que fazem parte da natureza (acidentes geográficos, vegetação e clima); aquelas que dizem respeito às técnicas (o saber fazer) e aquelas que têm relação com os artefatos (objeto que é montado através do homem que possui a natureza do saber fazer). Dessa forma, o homem constrói o objeto dependendo da sua necessidade e o transforma de acordo com o que tem ao seu redor para adequá-lo a ela. Porém, mesmo levando em conta todas as definições acerca do patrimônio cultural, é possível perceber que, infelizmente, este não pertence a todos. Assim, Lemos⁵⁵ completa:

[...] o Patrimônio Cultural de uma sociedade, uma região ou de uma nação é bastante diversificado, sofrendo permanentes alterações, e nunca houve ao longo de toda a história da humanidade critérios e interesses permanentes e abrangentes voltados à preservação de artefatos do povo, selecionados sob qualquer ótica que fosse.

Mendes⁵⁶ considera o patrimônio cultural como sendo o princípio de identidade coletiva, possibilitando que os seres humanos se reconheçam e também sejam reconhecidos. É através do patrimônio cultural que é possível diferenciar as características morais e físicas de determinado lugar, cidade, região ou país; sem ele é bem provável que aquele local fique carente de individualidade e autônoma personalidade, abandonando o que já não é. Assim, pode-se entender o porquê de o patrimônio cultural ser, na atualidade, o repositório do passado, da mesma maneira que é a garantia de sobrevivência para o futuro.

Com efeito, insta destacar que o patrimônio não possui sua criação de forma tranquila ou histórica. Esse processo abrange a eternização da memória, das referências sociais e culturais, das tradições, da persistência, da manutenção das práticas materiais e imateriais e da concepção de um determinado elemento, considerados relevantes ou do seu esquecimento⁵⁷.

53 *Ibidem*, p. 256.

54 LEMOS, Carlos A. C. **O que é patrimônio histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 21.

55 *Ibidem*, p. 21-22.

56 MENDES, António Rosa. **O que é patrimônio cultural**. [(s/l)]: Gente Singular, Olhão, 2012.

57 CAMPOS, Juliano Bitencourt; RODRIGUES, Marian Helen da Silva Gomes; SANTOS, Marcos César Pereira. **Patrimônio cultural, direito e meio ambiente**. Criciúma: EDIUNESC, 2018, p. 340.

Mendes⁵⁸ assevera que o patrimônio cultural está bem longe de ser reconhecido pelo seu verdadeiro papel, que tem importância no desenvolvimento econômico e sustentável e, claro, na dignidade da pessoa humana e, não, no lucro. Desse modo, o patrimônio cultural deve ter referência na identidade humana, ampliando a capacidade crítica dos indivíduos e possibilitando que tenham autonomia e confiança no futuro.

No entanto, a necessidade de modernizar os projetos de preservação do patrimônio cultural, aliando-os ao desenvolvimento urbano das cidades, parece constituir uma demanda que não deve mais ser postergada. As políticas de desenvolvimento devem permitir o incremento territorial e socioeconômico culturalmente renovado e ecologicamente justo. Dessa forma, a democratização do patrimônio implica no fato de que o Estado não deve ser o único agente social a se envolver com a preservação do patrimônio cultural. É necessário diálogo entre os setores da sociedade, buscando-se estratégias e diretrizes para preservação do patrimônio.

Definitivamente, existe urgência na articulação da política cultural com as demais políticas setoriais que incidem sobre as cidades, como as de educação, desenvolvimento urbano, meio ambiente e turismo, entre outras, uma vez que o patrimônio cultural continua sendo ameaçado por falhas estratégicas de proteção, por problemas de fiscalização e, pela forma, sempre morosa, como são decididos os assuntos no campo político.

1.5 INDISSOCIABILIDADE DO PATRIMÔNIO CULTURAL MATERIAL E IMATERIAL

O patrimônio cultural comporta duas concepções que se interpenetram, as dimensões materiais e imateriais (tangível e intangível), que se relacionam à ideia de disjunção entre matérias⁵⁹ e espírito⁶⁰. A noção de matéria designa algo concreto e a sua junção com o termo cultura passa a consubstanciar a “[...] totalidade do mundo físico apropriado pelas sociedades humanas”. Portanto, inclui-se no campo do patrimônio cultural material tudo que é produzido pelos seres humanos e tenha existência concreta e também o que é transformado por ele,

58 *Ibidem*, p. 349.

59 Segundo o dicionário Oxford de filosofia, matéria “[...] é o que ocupa espaço, possuindo tamanho, massa e solidez” (BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Desidério Murcho (Trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 239).

60 Segundo o dicionário Oxford de filosofia, espírito “[...] é o princípio ou a origem imaterial de onde provem a animação” (*Ibidem*, p. 239).

tornando a própria natureza apta a integrar a sua definição. Já a noção de imaterialidade pode ser compreendida pela sua intangibilidade que é a impossibilidade de ser tocado⁶¹.

Com efeito, a percepção dessas duas dimensões do patrimônio cultural é, também, uma consequência da adoção de uma concepção antropológica da cultura, que deixa de adotar em relação ao patrimônio cultural uma definição meramente historicista, materialista e monumentalista para perceber, que junto à materialidade dos bens culturais, há uma dimensão imaterial que comporta a vida social com seus sentidos e valores. Com isso, a ideia de monumento vai dar lugar a de bem cultural que integra o patrimônio cultural, deixando de ser apenas o histórico e artístico para abranger todos aqueles que sejam significativos para os diversos grupos sociais⁶².

Para Cunha Filho⁶³, os aspectos materiais e imateriais do patrimônio cultural estão intimamente ligados, pois o patrimônio cultural como elemento identificável dos sentidos (aspecto material) conserva o passado na sua estrutura física que serve de suporte para a memória. É justamente o compartilhamento do valor de identidade, presente no patrimônio (material), por meio do exercício da memória coletiva, que revela o aspecto imaterial do patrimônio, o qual é indissociável do aspecto material⁶⁴.

O uso das expressões patrimônio material e patrimônio imaterial reforçam essa dicotomia, segundo Sant'Anna⁶⁵. Apesar disso, tal distinção é útil para identificar e conferir visibilidade aos bens intangíveis, pois é um campo do patrimônio cultural, que, mesmo inseparável de sua dimensão material, sofre a falta de reconhecimento oficial como patrimônio cultural, assim como de instrumentos jurídicos capazes de conferir uma proteção efetiva.

Outrossim, no presente estudo, apenas se buscará analisar a dimensão do patrimônio cultural que tem como enfoque os instrumentos jurídicos destinados a tutelar os seus aspectos

61 PELEGRINI, Sandra C A; FUNARI, Pedro Paulo A. **O que é patrimônio cultural imaterial**. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 26.

62 PEREIRA, Júlio Cesar. O conceito de cultura na Constituição Federal de 1988, p. 1-12.

63 CUNHA FILHO, Francisco Humberto; NOGUEIRA, Paulo Sérgio Freire. A natureza jurídica extraordinária do tombamento dos antigos quilombos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 14, n. 1, p. 202, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30750>. Acesso em: 06 mar. 2020.

64 CUREAU, Sandra. Dimensões das práticas culturais e direitos humanos. In: SOARES, Inês Virginia Prado; CUREAU, Sandra (Orgs.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015, p. 105-125.

65 SANT'ANNA, Márcia. Relatório final das atividades da comissão e do grupo de trabalho patrimônio imaterial. In: **IPHAN**. Patrimônio Imaterial: O Registro do Patrimônio Imaterial: 273 Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: Ministério da Cultura /Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 4. ed., 2006. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv_ORegistroPatrimonioImaterial_1Edicao_m.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

materiais, como é o caso do tombamento, sem, contudo, negligenciar a dimensão valorativa da dimensão material do patrimônio, sem a qual não é possível aferir a sua referencialidade, que juridicamente é requisito constitucional caracterizador da definição de patrimônio cultural brasileiro.

1.6 REFERÊNCIAS CULTURAIS

A noção de referências culturais se relaciona à percepção de que o patrimônio cultural possui, “[...] para além da pedra e cal⁶⁶”, uma dimensão social e política não restrita a grandes monumentos usados como testemunho de uma historiografia oficial, que, na maioria das vezes, é ligada a um conjunto de valores elitistas, mas deve contemplar as manifestações culturais dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira. Trata-se de uma noção democratizante do patrimônio, porque retira a exclusividade conferida pelas noções de excepcionalidade e monumentalidade, ampliando a concepção de patrimônio cultural, tornando-se factível para um conjunto maior de grupos sociais que não tinham espaço na política do Estado.

Além disso, aprender referências culturais, de acordo com Fonseca⁶⁷, não consiste em tratar os bens culturais como intrinsecamente valiosos ou mera forma de armazenar bens e informações. Trata-se de uma atividade que demanda a compreensão da ressemantização operada sobre os bens culturais pelos grupos sociais, que, além de captar as representações simbólicas, mais vividas e conhecidas, elabora relações entre elas, construindo sistemas representativos que tornam os sujeitos seus intérpretes e, não, meros informantes.

Logo, não é mais possível atribuir a função de selecionar bens culturais apenas a intelectuais ou profissionais por meio de conhecimento técnico-científico, com olhar para o passado em busca de vestígios de um patrimônio que sobreviveu ao tempo, ou ainda, concebê-lo de forma desconectada com o presente e que, portanto, não é mais simbolicamente vivido pelos grupos sociais. Desta feita, para compreensão das referências culturais, é necessária a participação dos sujeitos diretamente envolvidos na dinâmica de construção de valores culturais, conferindo-lhes, segundo Fonseca⁶⁸, a condição de detentores legítimos de um saber-fazer e o destino da sua própria cultura.

66 FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo**: trajetória da política federal de preservação no Brasil, p. 35-36.

67 *Ibidem*, p. 113.

68 *Ibidem*, p. 118.

Para a doutrina mais abalizada, os valores de referências podem ser divididos em quatro grandes grupos: associativos, estéticos, econômicos e informativos-científicos; ou três grandes categorias: uso de valor, valor de forma e valor de símbolo⁶⁹. O uso de valor (valores econômicos ou informativos-científicos) é aquele dado ao bem pelo que pode proporcionar na satisfação de uma necessidade concreta e contemporânea. O valor de forma (valor estético) é aquele que decorre da avaliação do bem pela “atração que desperta nos sentidos e em função do prazer estético e a emoção que proporciona, mas também em função de outros atributos difíceis de conceituar, tais como raridade, preciosidade, aparência exótica ou genial. Já o valor de símbolo é conferido aos objetos históricos, os quais têm valor especial pela característica singular de participarem ao mesmo tempo do passado e do presente, servindo denexo entre os momentos temporais⁷⁰.

Por fim, cabe atentar que cada bem patrimonial pode ter, ao mesmo tempo, diferentes grupos de valores que interagem uns com os outros. Desse modo, pode-se destacar que o valor de referência é um dos critérios norteadores da seleção dos bens culturais, independentemente do contexto em que tais bens são selecionados. Por isso, nos vários contextos de seleção, mais importante do que a admiração que os bens possam despertar é a reflexão que suscitam.

69 BALLART, Joseph; TRESSERRAS, Jordi Juan i. **Gestión del patrimonio cultural**, p. 20-22.

70 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**, p. 45-47.

2 PATRIMÔNIO CULTURAL E MEIO AMBIENTE

O meio ambiente, compreendido em toda a sua totalidade e do ponto de vista humanista, abrange a natureza e as modificações que nela vêm introduzindo o ser humano. Logo, o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos, ou sinais de fatos naturais ou da passagem dos seres humanos.

Sob esse liame de compreensão, levando em consideração as condutas protecionistas, a concepção de meio ambiente é muito ampla, englobando todos os bens naturais e culturais de caráter juridicamente favorecido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, espeleológico e paleontológico além das disciplinas urbanísticas contemporâneas⁷¹.

No Brasil, esse conceito extenso de meio ambiente é taxativamente reconhecido pelo ordenamento positivado (Capítulo V, Seção IV da Lei 9.605/98; artigo 2º, XII da Lei 10.257/2001 e Anexo I, XII da Resolução Conama 306/2002), pela doutrina e por remansosa jurisprudência, havendo, inclusive, precedentes explícitos do Supremo Tribunal Federal (STF)⁷² e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁷³.

71 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20-21.

72 A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CRFB/88, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540/DF**. Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais. Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III). Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente. Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei. Supressão de vegetação em área de preservação permanente [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020).

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 4ª Turma. **Recurso Especial nº 115.599/RS**. Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas e sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. Recurso reconhecido em parte e provido. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 27 de junho de 2002. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19656863/recurso-especial-resp-115599-rs-1996-0076753-0>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Consoante Miranda⁷⁴, analisando os elementos componentes do ecossistema, em sentido amplo, estes se expressam em: a) Meio Ambiente Natural ou Físico - composto pelo solo, recursos hídricos, ar, fauna, flora e demais componentes naturais responsáveis pela austereza dinâmica entre os seres vivos e o meio em que vivem, sendo objeto do artigo 225, *caput*, e § 1º da CRFB/88; b) Meio Ambiente do Trabalho - incorporado pela reunião de bens, mecanismos e meios, de natureza material e imaterial, em razão dos quais o ser humano desempenha suas atividades laborais, recebendo tutela imediata do artigo 200, VIII, da CRFB/88; c) Meio Ambiente Artificial - integrado pelo espaço urbano imaginado pelo homem, na forma de edificações (espaço urbano fechado) e equipamentos, tais como praças, parques e ruas (espaço urbano aberto), abrigando tratamento não apenas no artigo 225, mas também dos artigos 21, XX e 182, todos da CRFB/88; e d) Meio Ambiente Cultural - composto pelo patrimônio histórico, artístico, arquitetônico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, geológico, paleontológico, turístico, científico e pelos apanhados culturais que compõem o universo das práticas sociais das relações de intercâmbio entre o homem e a natureza ao longo do tempo, protegidos nos artigos 215 e 216 da CRFB/88.

Para Soares⁷⁵, o entendimento sobre o acolhimento dos elementos culturais pelas diretrizes ambientais está na construção, pela comunidade internacional, de um aparato normativo com elementos para a melhor e maior proteção da qualidade de vida e de um meio ambiente ‘habitável’ para as presentes e futuras gerações, o que teve imensa repercussão no cenário brasileiro, tanto legislativo como doutrinário.

Nesse sentido, pode-se dizer que, além da promulgação da Lei de Tombamento no Brasil (Decreto-lei nº 25 de 1937), no plano internacional, entre as décadas de 1930 a 1950, os movimentos políticos, sociais e econômicos nas diversas regiões do mundo e o surgimento de novos atores no quadro mundial trouxeram questionamentos mais abrangentes de cultura e conduziram a busca por instrumentos efetivos para a salvaguarda dos recursos naturais e culturais essenciais à manutenção da qualidade de vida. Esta etapa foi marcada pela estabilização de alguns princípios e diretrizes para a tratativa do patrimônio cultural, que até hoje são balizadores das políticas públicas e da atuação para proteção dos bens culturais (e também para os ecológicos, embora nesse tempo ainda não existisse a menção ao direito ambiental)⁷⁶.

74 MIRANDA, Marcos Paulo de Sousa. **Estudos dos direitos do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 18.

75 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Crime contra bens culturais**. São Paulo: Planeta Verde, 2017, p. 14.

76 *Ibidem*, p. 14.

Cumprе ressaltar, ainda, que, em meados dos anos 1980, no âmbito jurídico local, o meio ambiente passou a ser tratado como bem de interesse público e afeto à coletividade, construindo-se na doutrina a concepção de meio ambiente como macrobem⁷⁷ (abrangendo os elementos naturais e culturais), a partir da percepção de que a sobrevivência da humanidade na terra dependia da manutenção de elementos materiais e imateriais essenciais ao desenvolvimento da vida e da existência de uma relação equilibrada e harmônica entre as necessidades e demandas humanas e seu entorno.

Com efeito, a justificativa para a reunião de bens ecológicos e culturais num só conceito jurídico se fortaleceu por fazer todo sentido à concepção unitária de meio ambiente. Assim, a transversalidade e a ligação dos dois temas (ambiental e cultural) atingiu o sistema jurídico de proteção dos valores e bens essenciais para se viver com dignidade em um ambiente sadio⁷⁸.

A partir de um estudo comparado, Benjamin⁷⁹ aponta cinco pilares comuns no regime de proteção do meio ambiente nos países que incorporaram a tutela desse bem no plano constitucional: a) a adoção de uma compreensão sistêmica e legalmente autônoma do meio ambiente, determinando um tratamento jurídico das partes a partir do todo; b) um compromisso ético de não empobrecer a Terra e sua biodiversidade, com a finalidade de manter opções para as futuras gerações e garantir a sobrevivência das espécies e de seu *habitat*; c) o direito de propriedade, bem como sua função social, orientado pela sustentabilidade ambiental; d) a estruturação do devido processo ambiental, caracterizado por processos decisórios abertos, transparentes, bem informados e democráticos; e e) a busca pela implementação das normas ambientais, com o objetivo de evitar que a norma maior, mas também a infraconstitucional, assumam uma feição retórica.

Destarte, percebe-se que, como um dos elementos que compõem o bem ambiental, tanto no plano internacional como local, o patrimônio cultural está inserido no sistema protetivo do meio ambiente e, por isso, os princípios orientadores e instrumentos estabelecidos em Convenções e em outros documentos produzidos pela comunidade internacional se somam às técnicas e normas específicas para tutela do patrimônio cultural.

77 FARIAS, Talden Queiroz. **O conceito de meio ambiente na ordem jurídica brasileira**. In: Justicia y medio ambiente / Álvaro A. Sánchez Bravo, Espanha: Punto Rojo, 2013, p. 59-74.

78 BENJAMIN, Antônio Herman. Função ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 75. *Ibidem*, p. 14.

79 *Ibidem*, p. 14.

2.1 BENS CULTURAIS

Dentre os bens socioambientais se destacam os culturais ou históricos, artísticos, arqueológicos, etnográficos, paisagístico, bibliográficos, os quais têm a característica de estar vinculados a fatos da história ou terem excepcional valor ou, ainda, serem portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Estes bens, individuados, formam o patrimônio cultural do Município, do Estado, da Nação ou da Humanidade.

Ressalta-se que os bens que integram o patrimônio cultural brasileiro dispensam o componente cronológico (ou de anciandade) e estão vinculados ao valor que lhes é atribuído pelos sujeitos legitimados (individuais ou coletivos) e em função de determinados critérios e interesses historicamente condicionados, ou seja, de acordo com as referências culturais⁸⁰. A indicação constitucional da não caracterização do bem pela sua antiguidade traz uma importante consequência: a impossibilidade de a legislação infraconstitucional excluir da tutela jurídica um bem cultural que não atenda ao critério de anciandade ou de conceituá-lo como tal utilizando esse critério.

Nesse diapasão, a designação de bens culturais não pode se desconectar do elemento indispensável à sua construção, qual seja: a compreensão de que o valor da coisa como forma de referenciar a memória de um povo é o seu ponto de distinção com as demais classificações referentes a bens e, ainda, que o objeto da tutela relativa aos bens culturais reside muito mais no valor que o bem expressa do que no objeto material que lhe serve de suporte⁸¹. Um exemplo de referência à memória de um povo são os bares ingleses, denominados *pubs* e muito celebrados por aquela sociedade. O culto à memória e à história do cotidiano e da identidade inglesa também passa pelos *pubs*. Sua importância é tamanha que no início deste ano (2021), o jornal *The Guardian* noticiou que um *pub*, em funcionamento desde a década de 1920, foi reconstruído, “tijolo por tijolo”, após demolição considerada judicialmente ilegal, como forma de resguardar o patrimônio histórico local⁸².

⁸⁰ Nesse sentido, Santilli aborda o conceito de patrimônio cultural na Constituição, ao afirmar que: “[...] é justamente o conceito de ‘referência cultural’, associada ao abandono da perspectiva elitista, monumentalista e sacralizadora do patrimônio cultural e à valorização da cultura ‘viva’, enraizada no fazer popular e no cotidiano das sociedades, que fundamentou a ampliação do conceito de patrimônio cultural” (SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005, p. 77).

⁸¹ ROLLA, Giancarlo. Bienes Culturales y Constitución. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, [(s/v)], n. 02, p. 170, Enero/Abril, 1989. Disponível em: dialnet.unirioja.es. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁸² TAPPER, James. Rising from the rubble. London pub rebuilt brick by brick after illegal bulldozing. **The Guardian**, Londres, 21 de março de 2021. Disponível em:

O procedimento de individuação dos bens ambientais é diferente quando se trata de bens culturais ou naturais. Aqueles são individuados pelo procedimento do tombamento desde 1937. Já os naturais poderiam ser individuados, se fossem públicos, desde 1934; e privados, desde 1965. As belezas naturais, como exceção, poderiam ser tombadas como integrantes do patrimônio cultural desde 1937⁸³, conforme se analisará mais adiante.

Dessa forma, percebe-se que a tutela dos bens culturais começa com sua individuação, para que possa ser exatamente localizado, conhecido e reconhecido como bem cultural preservável. Ao ser individuado o bem jurídico, ganha *status* de cultural, ou histórico ou artístico. Assim, é modificada em profundidade sua essência jurídica, razão pela qual, não só o conceito de bem cultural como também o processo de sua constituição, estão expressos na lei, tendo, portanto, relevância jurídica.

2.2 CLASSIFICAÇÃO E DIVERSIDADE

A primeira classificação de bens culturais aborda a dicotomia entre serem públicos e privados. No entanto, ressalta-se que a qualidade de cultural agregada a um bem jurídico não altera a sua dominialidade, uma vez que adentra na própria essência do bem, em sua natureza precípua. Portanto, a divisão legal dos bens em públicos e privados é irrelevante para o conceito de bem cultural. Como já abordado, públicos e privados, os bens socioambientais são revestidos de uma camada de interesse público, social ou comunitário, que altera sua essência, mas não sua dominialidade⁸⁴.

A segunda classificação relativa aos bens e com projeção nos bens culturais é a que diferencia bens móveis de imóveis. Os órgãos e as políticas públicas de preservação dos bens culturais têm tido forte tendência à proteção de bens imóveis. Na verdade, o Decreto-lei nº 25, de 1937, principal diploma de proteção do patrimônio cultural brasileiro, tem uma percepção de proteção ambiental urbanística do ponto de vista arquitetônico. Desse modo, quase todos os administrativistas brasileiros tratam a questão do patrimônio artístico e cultural nos capítulos dedicados à limitação administrativa, sendo a literatura nacional a respeito do tema localizável com mais facilidade nos estudos do Direito Urbanístico.

<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2021/mar/21/rising-from-the-rubble-london-pub-rebuilt-brick-by-brick-after-bulldozing?fbclid=IwARIRoCDJmxZGjPQgza31VL7MM-nXjtwICvBXgNZPn88UmczTEIDDG0dEIbg>. Acesso em: 30 mar. 2021.

83 MIRANDA, Marcos Paulo de Sousa. **Estudos dos direitos do patrimônio cultural**, p. 208.

84 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 36.

Porém, é preciso se ater também à importância dos bens culturais móveis, pois são testemunhos de valor histórico, como os documentos e as obras de arte que representam, evocam ou identificam uma cultura, tanto como os bens imóveis. Nesse viés, uma classe de bens móveis, as obras de arte, têm tido uma proteção especial do Poder Público, seja promulgando leis ou criando museus de arte dedicados à sua proteção.

Deve ficar claro que o Decreto-lei nº 25/37 define o patrimônio cultural como “[...] o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país⁸⁵”, e a CRFB/88 engloba os bens materiais e imateriais considerando também os móveis⁸⁶. Apesar disso, o problema do procedimento jurídico se localiza no reconhecimento do valor cultural dos bens móveis.

Quanto à classificação em fungíveis e infungíveis, remonta-se ao CC/2002, segundo o qual são bens fungíveis “[...] os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade⁸⁷”, e infungíveis, os que não podem. Assim, os bens culturais são, por definição, infungíveis, chegando a ser curiosa a situação de declaração de atributo cultural a bens fungíveis. Aliás, Carvalho Santos⁸⁸ utiliza como exemplo de coisa infungível um monumento da cultura universal, ‘a Transfiguração de Rafael’, visando não demonstrar a infungibilidade dos bens culturais, mas o fato de a obra ser única e insubstituível. No mesmo sentido, França⁸⁹ exemplifica como coisa tipicamente infungível uma tela de Da Vinci.

Entretanto, é preciso perceber que todo bem cultural adquire a natureza de infungível. Assim, o dinheiro, o mais típico bem fungível, torna-se infungível quando a moeda cai em desuso, passando a integrar coleção ou sendo individualmente protegido como patrimônio cultural⁹⁰. Portanto, o dinheiro, enquanto meio de pagamento circulante, é fungível. No entanto, ao cair em desuso a moeda, passando a integrar coleção ou sendo individualmente protegido como patrimônio cultural, perde sua natureza de meio de pagamento para vir a ser representativo e identificador de fato cultural, tornando-se infungível.

85 Cf.: Art. 1º (BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 ago. 2020).

86 Cf.: Art. 216 (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2020).

87 Cf.: Art. 85 (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 ago. 2020).

88 CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

89 FRANÇA, R. Limonji. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

90 *Ibidem*, p. 40.

Com efeito, a impossibilidade de os bens culturais serem consumíveis, por exprimirem, como aduz Cornu⁹¹, o valor de *Choses de l'esprit*, desperta uma merecida reflexão sobre o papel da cultura numa sociedade caracterizada, a partir dos anos cinquenta do século passado, pela força da indústria cultural. A expressão foi tematizada na obra “*Dialetik der Aufklärung*”⁹² e é traduzida pela massificação da cultura, na qual toda arte servirá apenas de aprisionamento intelectual da sociedade para fundamentar o modo capitalista de produção⁹³.

Por último, merecem ser abordadas as espécies de bens definidas pela possibilidade de circulação, quais sejam: bens do comércio e bens fora do comércio. Nos estudos de Santoro-Passarelli⁹⁴, aqueles se referem aos que não podem constituir objeto de disposição jurídica: compreendem, de uma maneira geral, os bens comuns a todos e os bens de domínio público que estão totalmente subtraídos do comércio, enquanto não percam sua qualidade, mediante a desafetação do bem público e a consequente passagem à categoria dos bens patrimoniais. Em entendimento diverso, os bens do comércio podem circular entre sujeitos diferentes e fazem parte do acervo disponível dos indivíduos.

Importante ressaltar, ainda, que a condição de ser bem cultural, por si só, não lhe retira a qualidade de circulação no mercado, motivo pelo qual, por exemplo, os bens tombados pertencentes a particulares ou ao Estado podem ser alienados, fazendo-se necessário, para estes últimos, a desafetação, dependendo do tipo de bem público que sofrerá o tombamento, uma vez que, mais do que condição jurídica, a desafetação é requisito lógico para a alienação de qualquer bem público.

Destarte, quanto à circulação de bens culturais, mister se faz destacar dois projetos lançados pelo Mercosul Cultural: o Selo Mercosul Cultural e a Rede de Mercocidades. O Selo Mercosul cultural foi criado em 1996 pelo grupo Mercado Comum do Mercosul através da Resolução nº 122 e tem como objetivo identificar os bens de propriedade da pessoa, órgão ou entidade pública ou privada dos Estados-Partes do Mercosul, que forem destinados à exibição ou utilização em eventos culturais aprovados pelo órgão cultural, em nível nacional, de um

91 CORNU, L.; VERGNIOUX, A. **La didactique en questions**. Paris: CNDPHachette, 1992.

92 Dialética do Esclarecimento (ou da Ilustração), como ficou conhecida no Brasil, é um clássico. Foi traduzido por Guido Antônio de Almeida e lançado pela editora Jorge Zahar. (ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Guido Antônio de Almeida (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1985).

93 MIRANDA, Marcos Paulo de Sousa. **Estudos dos direitos do patrimônio cultural**, p. 93-95.

94 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria geral do direito civil**. Manual do Alarcão (Trad.). Coimbra: Atlântica Editora, 1967, p. 39.

Estado Parte⁹⁵. Já a Rede Mercocidades, fundada em Assunção, em 1995, tem por objetivo favorecer a participação dos municípios no processo de integração regional, promover a criação de um âmbito institucional para as cidades do Mercosul e desenvolver a cooperação entre as cidades⁹⁶.

Tais iniciativas reforçam a ideia de valorização da diversidade, ampliação do acesso à cultura e à segurança do patrimônio cultural, com estratégias de combate ao tráfico ilícito de obras e bens culturais entre os países da região. A utilização do Selo tem apoio da Agência Brasileira de Cooperação (ABC), do Ministério de Relações Exteriores. O Mercosul Cultural também recebe apoio do Fundo para Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do Mercosul (Focem), aprovado em 2011. O Iphan participa do Fundo, especialmente no que diz respeito aos critérios para investimento em projetos regionais de reconhecimento e proteção do patrimônio Cultural.

2.3 CONVENÇÕES SOBRE O MEIO AMBIENTE E OS REFLEXOS NA TUTELA AMBIENTAL BRASILEIRA

A tarefa de tutelar os bens culturais e conscientizar a sociedade acerca da importância do patrimônio cultural e natural passou a ser uma das prioridades dos entes públicos. A atenção mundial com a degradação ambiental e a diversidade geral fez com que a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), no início dos anos 1970, elaborasse Convenções sobre meio ambiente e patrimônio cultural e natural mundial, marcando o tratamento desses temas no Brasil.

Visando a uma profunda alteração na visão global da humanidade em relação à sua sustentação material, introduziu-se o conceito de patrimônio comum da humanidade, trazendo uma perspectiva democrática e de bem-estar para os seres humanos. Sob esse liame de compreensão, Pureza destaca que o regime de patrimônio comum da humanidade foi utilizado como:

95 MERCOSUL. Comissão de Comércio do Mercosul. **Resolução nº 122/1996/CCM**. Tratamento aduaneiro para circulação nos países do Mercosul de bens integrantes de projetos culturais aprovados pelos órgãos competentes. Fortaleza, Brasil, 13 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/oldAssets/uploads/RES_122-1996_PT_TrAdProyCultur.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

96 Cf: MERCOCIDADES. **Rede de Cidades do Mercosul**. Disponível em: <https://mercociudades.org/pt-br/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

[...] um marco jurídico-internacional adequado à regulação de bens cuja capacidade integradora da espécie humana em seu conjunto está muito além de sua dimensão de recursos econômicos. O que há nestes bens de globalizador é o fato de que eles concorrem em outras dimensões da condição humana, situadas não no âmbito estritamente material, mas sim no que de qualitativo implica em bem-estar da humanidade (qualidade de vida), desde sua dimensão estética ao equilíbrio de seu meio físico⁹⁷.

Nesse desiderato, os movimentos dos povos, principalmente os provenientes de países em desenvolvimento, que colocaram a valorização de suas manifestações culturais como forma de preservação de suas identidades culturais, também foram fundamentais para concepção de patrimônio da humanidade usada pela Unesco, inspirando a elaboração, em 1972, da Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural⁹⁸, a qual caracteriza-se pela “[...] criação de novas disposições estabelecendo um sistema eficaz de proteção coletiva do patrimônio natural de valor universal excepcional, organizado de modo permanente e segundo métodos científicos modernos⁹⁹”. Assim, por força da aplicação da Convenção:

[...] certos bens naturais ou culturais localizados nos Estados são expressamente arrolados em decisão colegiada do Comitê como integrantes de um patrimônio mundial. As obrigações de preservação não só exigíveis dos países que se encontram situados, como de toda comunidade internacional, assim, corresponsabiliza-se, por meio de programas internacionais de financiamento e cooperação, a preservar os mesmos¹⁰⁰.

O Brasil possui diversos bens que ostentam estas características e alguns compõem a Lista do Patrimônio Mundial¹⁰¹. De acordo com a Convenção em destaque, são patrimônios (materiais) da humanidade: Parque Nacional do Jaú, Ouro Preto, Olinda, São Miguel das Missões, Salvador, Congonhas do Campo, Parque Nacional do Iguaçu, Brasília, Parque Nacional da Serra da Capivara, Centro Histórico de São Luís do Maranhão, Diamantina.

97 PUREZA, Jose Manuel. **El patrimonio común de la humanidad: hacia un derecho internacional de la solidaridad?** Madrid: Trotta Editorial, 2003, p. 333.

98 Esta Convenção teve a adesão de mais de 150 países até o ano de 2006. O Brasil também é signatário. O texto do aludido documento foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1967, com promulgação através do Decreto nº 80.978/1977 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). **Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 23 de novembro de 1972**. Paris, França, [1972]. Disponível em: <https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020; BRASIL. **Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977**. Aprova o texto da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-74-30-junho-1977-364249-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 ago. 2020).

99 Conforme disposto no preâmbulo da Convenção em comento.

100 SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 156.

101 Cf.: <https://pt.unesco.org/fieldoffice/brasil/expertise/world-heritage-brazil>.

Pantanal Mato-grossense, Costa do Descobrimento, Reserva Mata Atlântica, Reserva do Cerrado, Centro Histórico de Goiás e Ilhas Atlânticas¹⁰².

Conforme Soares¹⁰³, o bem considerado como patrimônio da humanidade não transfere à comunidade internacional o poder de ingerência sobre ele, tampouco delimita a soberania dos Estados, mas lhe impõe um dever de cooperação na sua preservação pela comunidade internacional. Nesse sentido, Machado infere que “[...] não se internacionaliza o bem classificado como patrimônio da humanidade, também não pode o país onde esteja situado esse bem transferir suas responsabilidades administrativas de conservação para Unesco¹⁰⁴”.

Contudo, a Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, ao não incluir os bens imateriais em sua definição, provou uma reação no sentido de exigir a produção de documento que contemplasse a proteção da cultura tradicional e popular. O resultado desse movimento foi a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, editada em 1989, pela Unesco. No preâmbulo dessa Recomendação é afirmado que a cultura tradicional ou popular “[...] faz parte do patrimônio universal da humanidade e que é um poderoso meio de aproximação entre os povos e os grupos sociais existentes e de afirmação de sua identidade cultural¹⁰⁵”.

Insta consignar, ainda, que a primeira Proclamação das Obras-primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade¹⁰⁶ ocorreu em 2003. Dentre as 28 listadas estão a arte Kusiwa e a arte gráfica Wãjapi, tendo, em 2005, sido incluído o Samba de Roda do Recôncavo Baiano, sendo ambos os bens considerados patrimônio da humanidade pela Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial¹⁰⁷, aprovada em Paris, no referido ano, pela Unesco.

Destarte, há de se ressaltar que a supramencionada convenção conclama a profunda interdependência que existe entre o patrimônio cultural imaterial e material cultural e natural e

102 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**, p. 54.

103 Ibidem, p. 55.

104 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 960.

105 Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, 1972.

106 Através de um compêndio dos diferentes tesouros orais e imateriais da humanidade em todo o mundo, o programa tem como objetivo chamar a atenção para a importância da salvaguarda do patrimônio intangível, que foi identificado pela UNESCO como um componente essencial e um repositório de diversidade cultural e da expressão criativa.

107 Aludida Convenção foi ratificada pelo Brasil em 01 de março de 2006 e entrou em vigor em 20 de abril de 2006 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). **Convenção Para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 17 de outubro de 2003**. Paris, França, [2003]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020).

reconhece que os processos de transformação social, ao mesmo tempo em que criam as condições propícias para um diálogo renovado entre as comunidades, também se debruçam sobre os graves problemas de deterioração, desaparecimento e destruição do patrimônio cultural imaterial, por falta de recursos para sua salvaguarda.

2.4 CONVENÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE MEIO AMBIENTE E OS REFLEXOS NA TUTELA AMBIENTAL BRASILEIRA

No mesmo ano da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, em 1972, a constatação de que o patrimônio cultural e histórico estavam cada vez mais ameaçados de destruição, não apenas pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução da vida social e econômica, levou à edição da Convenção de Estocolmo sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Unesco. Em seu primeiro princípio é declarado que “[...] o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, em um ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar¹⁰⁸”.

Com efeito, a alusão às condições satisfatórias de vida indicou a necessidade de fortalecimento e valorização dos bens (materiais ou imateriais) que contribuíssem para o bem-estar da comunidade. Por mais que exista consenso em relação aos bens naturais que devem ser preservados, a escolha dos bens se efetiva no plano interno, de acordo com o sistema jurídico e os interesses sociais e econômicos de cada país¹⁰⁹.

A Convenção de Estocolmo teve grande influência no Brasil, atuando diretamente na elaboração da Lei nº 6.938/81, dispondo sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e instituindo o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que, em sua primeira Resolução, modificou a tutela do patrimônio cultural material atingido pelas obras e atividades de grande porte¹¹⁰. Como objetivos da política ambiental brasileira estão a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando proporcionar condições para o desenvolvimento

¹⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). **Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 06 de junho de 1972**. Estocolmo, Suécia [1972]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁰⁹ SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**, p. 58.

¹¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986**. Brasília, DF, [1986]. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

socioeconômico, os interesses de segurança nacional e a proteção da dignidade da pessoa humana¹¹¹.

No final da década de 1980, outras leis ambientais foram editadas, mas, como salienta Santilli, a importância das normas ainda diz respeito à repressão das condutas e, não, à gestão participativa dos bens ambientais, uma vez que o patrimônio cultural continuou sendo ameaçado por falhas estratégicas de proteção, por problemas de fiscalização e, pela forma, sempre morosa, como são sempre decididos os assuntos no campo político. Nesse sentido:

Verifica-se nas leis ambientais editadas durante esse período histórico (década de oitenta), uma orientação conservacionista, voltada para proteção dos ecossistemas e espécies, mas em uma dimensão social claramente incorporada. Percebe-se também que as leis aprovadas durante esse período davam grande enfoque ao controle e à repressão de práticas lesivas ao meio ambiente, proibindo a pesca de baleias, a pesca em períodos de reprodução, restringindo o uso de agrotóxicos, proibindo determinadas atividades em áreas críticas de poluição, etc. As leis socioambientais editadas nos anos 90 e a partir de 2000, especialmente a Lei n. 9.433/97 (que institui o Sistema Nacional de Recursos Hídricos) e a Lei n. 9.985/2000 (que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), rompem com essa orientação e passam a prever mecanismos e instrumentos de gestão dos bens socioambientais, e não apenas de repressão a determinadas condutas e atividades¹¹².

Em consonância com Soares¹¹³, a transversalidade adotada pela Lei Ambiental tem repercussão no próprio sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, com absorção de elementos de outros meios de saber humano e com forte influência na tutela dos bens culturais impactados, em razão das obras e atividades com finalidades econômicas ou desenvolvimentista. Para ela, a variável ambiental passou a influenciar nos processos decisórios e nos mercados internos e externos.

Ressalta-se que, em outros países, o sistema ambiental adotou a perspectiva de que somente é possível proteger o meio ambiente das agressões e antecipar medidas que evitem ou minimizem danos futuros, ainda que desconhecidos, por meio da comunicação interdisciplinar e da adoção de medidas baseadas na prevenção e na precaução.

Os ensinamentos de conservação estáticas do patrimônio cultural cedem espaços para a concepção dinâmica¹¹⁴, com a consideração, no patrimônio cultural, também dos elementos

¹¹¹ Cf. Art. 2º (BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 20 ago. 2020).

¹¹² SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos** [...], p. 29 e 30.

¹¹³ SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**, p. 58.

¹¹⁴ “Deve-se voltar novamente à ideia de que o Direito Ambiental não é um direito estanque separado das outras manifestações da sociedade. Assim sendo, esses princípios que o delimitam e orientam estão presentes na formação de outros ramos do direito, ou porque não podem fechar-se nos objetos tratados pelas normas de

intangíveis que representam as diversas formas de expressão e manifestação da cultura de um povo ou de uma comunidade, com destaque para a diversidade. Meneses, ao discutir as repercussões a partir da Carta de Veneza na política patrimonial brasileira, destaca que esse documento possibilitou que se trilhassem novos rumos. Assim:

[...] patrimônio cultural deve ser considerado um fenômeno social complexo, e não um conjunto histórico e estático; o conceito de monumento deve ser substituído pelo de patrimônio cultural urbano ou rural de forma sistemática. A cidade seria, assim, considerada bem cultural; em última análise, está em causa a qualidade de vida, uma das dimensões da cidadania é o objeto da gestão urbana-territorial e de suas intercorrências - infraestrutura, habitação, reciclagem, planos de desenvolvimento. O correto agenciamento desses problemas é que conduzirá com eficácia as ações sobre o patrimônio cultural; ao aceitar hábitos ditos culturais, os projetos de valorização do patrimônio cultural deverão ter como ponto de partida o universo cotidiano e de trabalho¹¹⁵.

Isto posto, a relevância do meio ambiente e do entorno para tutela efetiva dos bens culturais passa a ser incorporada nas normas ambientais. A concepção constitucional de patrimônio cultural e de meio ambiente como direitos fundamentais resulta da soma de experiência e realidade jurídica, social e econômica da sociedade brasileira, com a extração dos traços principais do patrimônio cultural e ambiental decorrentes dos debates internacionais e nacionais. Por consequência, o sistema ambiental brasileiro é deveras marcado pela prevenção.

2.5 DIVERSIDADE DOS BENS CULTURAIS E NATURAIS BRASILEIROS COMO VALOR FUNDAMENTAL

É possível analisar que a CRFB/88 trata dos bens ambientais, culturais e naturais, na compreensão dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, particularmente, no que concerne à soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a conceituação dos bens ambientais como patrimônio da humanidade se fixa, a princípio, no tratamento desses bens no plano doméstico para, em um segundo momento, considerar as possibilidades de acesso, fruição e tutela dos bens para com a comunidade regional e global.

proteção ambiental, ou porque sua presença em outros ramos do direito acaba de revelar a existência, em última análise, de normas que, de alguma maneira, provocam alterações no ambiente” (DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156).

115 MENESES, Ulpiano Bezerra de. **Avaliação histórica da Carta de Veneza no Brasil**. Jornada Comemorativa da Carta de Veneza 1964-1989. São Paulo: ICOMOS, 1989, p. 15-17.

De acordo com Soares¹¹⁶, no que se refere ao patrimônio cultural, as questões que geraram os estudos e as discussões e influenciaram a elaboração de Normas Nacionais, Cartas, Recomendações e Convenções Internacionais, nos últimos trinta anos, giraram em torno de três grandes concepções: a referenciabilidade, a diversidade cultural e o meio ambiente como macrobem¹¹⁷.

Como já mencionado, a referenciabilidade é o entendimento de que o patrimônio cultural de um povo não se restringe apenas aos bens de notável valor econômico e artístico ou aos monumentos e que, além da história oficial valorizada pelo resguardo Estatal, há a necessidade de proteger e preservar os bens culturais que são referências para uma comunidade, em suas práticas cotidianas, de acordo com valores e observando um processo democrático de escolhas.

No que diz respeito à garantia da diversidade cultural, deve-se tutelar as manifestações culturais e a preservação *in situ* do patrimônio cultural, devendo ficar submetidos aos cuidados dos Estados e das comunidades locais, que têm a incumbência de geri-los da forma que melhor entender, em observância às suas prioridades de desenvolvimento social, econômico e cultural.

O entendimento de meio ambiente como macrobem, no que concerne à ideia de acoplação dos elementos naturais e culturais, foi desenvolvido na percepção de que a sobrevivência da humanidade dependia da preservação dos elementos materiais e imateriais essenciais ao desenvolvimento da vida e de uma relação equilibrada entre as necessidades e demandas humanas e de seu entorno. Assim, tal definição é considerada por Fiorillo¹¹⁸ como “[...] um conceito jurídico indeterminado”, uma vez que a expressão meio ambiente comporta uma infinitude de elementos, ocasionando uma grande dificuldade na elaboração de seu conceito, a ponto de nem mesmo os especialistas conseguirem elaborá-lo em definitivo.

A guisa desse entendimento, Benjamin¹¹⁹, realizando pesquisas comparadas, indica cinco elementos comuns ao regime de proteção do meio ambiente nos países que incorporaram a sua tutela na ordem constitucional, quais sejam: a adoção de uma compreensão sistêmica e legalmente autônoma de meio ambiente, determinando um

116 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**, p. 60.

117 Conceitos de direito ambiental relacionados ao “macrobem” – o meio ambiente como um todo, sua harmonia global e o equilíbrio ecológico – e ao “microbem” – elementos ambientais considerados de forma isolada, como a fauna, a flora e a água.

118 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

119 BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). **Desafios do direito ambiental no século XXI**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 365.

tratamento jurídico às partes a partir do todo; o direito de propriedade, bem como sua função social, orientado pela sustentabilidade ambiental; o compromisso ético de não empobrecer a Terra e sua biodiversidade, em atenção às futuras gerações; a estruturação do devido processo ambiental, com transparência, abertura e informações; e a busca de implementação das normas ambientais¹²⁰.

Dessa forma, o Texto Maior utiliza a expressão patrimônio cultural brasileiro como o conjunto de bens culturais, materiais e imateriais que sejam referência para grupos formadores da sociedade brasileira¹²¹. Assim, a abordagem constitucional de meio ambiente se pautou na dignidade da pessoa humana e na sadia qualidade de vida que conduz a interdependência da matéria ambiental com temas culturais.

Nesse viés, e com embasamento em uma interpretação sistemática do texto constitucional, pode-se afirmar que o direito ao patrimônio cultural brasileiro é uma espécie de direito análogo aos direitos e garantias fundamentais e, consequentemente, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, base da República Federativa do Brasil, que fundamenta o direito à preservação da identidade cultural do indivíduo, assim como dos valores materiais e imateriais colacionados às ações e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

2.6 CONCEPÇÃO DE MEIO AMBIENTE NO SISTEMA DE JUSTIÇA AMBIENTAL BRASILEIRO

No Brasil, no âmbito Federal, o IPHAN é responsável por promover e coordenar o processo de preservação e valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial. Por sua vez, nos Estados e Municípios, ficam a cargo das secretarias e/ou órgãos municipais.

Dessa forma, pode-se afirmar que o IPHAN é um órgão ambiental, voltado à preservação do meio ambiente cultural e, como órgão executor, setorial ou seccional federal, é, sem sombra de dúvidas, o responsável pela proteção e melhoria da qualidade ambiental

120 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**, p. 58.

121 Helita Bandeira Custódio, com base no sistema jurídico brasileiro, define patrimônio cultural como: conjunto de bens móveis e imóveis, materiais ou imateriais, decorrentes tanto da ação da natureza e da pessoa humana como da harmônica ação conjugada da natureza e da pessoa humana, de reconhecidos valores vinculados aos diversos e progressivos estágios dos processos civilizatórios e culturais de grupos e povos (CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 18 e 19, abr./jun. 1997. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1997;1000539636>. Acesso em: 20 abr. 2020).

cultural. Como tal, não é formalmente integrante do SISNAMA, mas a ele pode e verdade pertencer, uma vez que é o responsável pela proteção e melhoria da qualidade ambiental cultural¹²². Assim, os agentes designados pelo IPHAN para atividades de fiscalização estão habilitados a aplicar aos infratores as sanções previstas no Decreto nº 6.514/2008; já os órgãos estaduais e municipais de preservação do patrimônio cultural são também ambientais. Portanto, do mesmo modo, os agentes por eles designados estão habilitados a aplicar aos infratores as sanções previstas no decreto retromencionado¹²³.

Além das normas e valores estabelecidos pela Constituição, o sistema normativo de proteção do patrimônio cultural no Brasil é integrado por: a) tratados internacionais dos quais o país é signatário; b) legislação específica sobre os bens que integram o patrimônio cultural; c) Resoluções e Deliberações dos diversos Conselhos que tratam das questões culturais e da tutela dos bens culturais; d) todo o sistema jurídico-ambiental, especialmente pela Lei de Política Nacional de Meio Ambiente; e) Lei Complementar nº 140/2011¹²⁴; f) Lei de Crimes Ambientais¹²⁵; g) Resoluções do CONAMA (em especial, as Resoluções 001/86¹²⁶ e 237/97¹²⁷); e h) sistema processual que ampara a defesa dos direitos difusos e coletivos.

Soares¹²⁸ afirma que, desde a definição trazida pelo artigo 3º, inciso I, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981¹²⁹), a doutrina já considera o meio ambiente como macrobem, composto por elementos corpóreos e incorpóreos que tem

122. RODRIGUES, José Eduardo Ramos; WALCACER, Fernando. Infrações contra o patrimônio cultural: competência do IPHAN e demais órgãos de preservação patrimonial para aplicar sanções administrativas ambientais. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marco Paulo de Souza. **Estudos de Direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 249.

123 Ibidem, p. 233-256.

124 BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

125 BRASIL. **Lei nº 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. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

126 BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986**. Brasília, DF, [1986]. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

127 BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Brasília, DF, [1997]. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

128 SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**, p. 62.

129 O artigo mencionado é 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.

conceituação e regimes próprios (florestas, flora, água, mineração, garimpo, caça, energia nuclear, patrimônio cultural, patrimônio arqueológico, dentre outros¹³⁰). Logo, a partir da conceituação, foi instituído um aparato legal e administrativo apto a efetivar a proteção dos elementos que integram o meio ambiente, com a finalidade de preservar um ambiente harmônico e sadio para garantir melhor qualidade de vida.

Percebe-se, dessa maneira, que a conceituação de meio ambiente como macrobem e sua classificação como bem de uso comum do povo, com o distanciamento da propriedade em face da tutela dos bens ambientais, aliado à supremacia do interesse público sobre o privado, fortalecem e direcionam o sistema específico de proteção do patrimônio cultural brasileiro, que possui existência própria e autônoma e se submete à proteção específica, por representar a base material sobre a qual se sustenta a preservação da qualidade ambiental em nível amplo e global.

Ademais, a interpretação de justiça ambiental se traduz em um ambiente equilibrado e produtivo para todos, acoplando dimensões ecológicas, físicas, construídas, sociais, políticas, estéticas e econômicas. Destaque-se, por oportuno, que, em conformidade com Acsegrad, esta noção “[...] exprime um movimento de ressignificação da questão ambiental. Ela resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social¹³¹”.

Nesse diapasão, pode-se dizer que o meio ambiente é elemento produtor da dignidade da pessoa humana e um agente que, ao mesmo tempo, conduz e reflete a qualidade de vida. Por isso, os elementos que o integram devem portar valores e características que, isolados ou em conjunto com outros elementos, possibilitem a realização da vida digna num ambiente sadio. Assim:

O meio-ambiente, embora como interesse (visto pelo prisma da legitimidade de agir) seja uma categoria difusa, como macrobem jurídico é de natureza pública, como bem exercido - como verdadeira ‘universitas corporalis’ – é imaterial, não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, meio ambiente é bem, mas bem como entidade que se destaca dos vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa. Uma

130 José Rubens Morato Leite destaca: “[...] essa conceituação não aponta os elementos corpóreos que compõem o meio ambiente, mas considerou-o um bem incorpóreo e imaterial (LEITE, José Rubens Morato. **Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente**. 1999. Tese (Doutorado em Direito Ambiental do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial). Universidade de Santa Catarina, Santa Catarina, 1999, p. 60).

131 ACSEGRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental?** Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 108.

definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que um complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos, o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável¹³².

À luz dessa compreensão, o artigo 225 da CRFB/88 orienta as condutas do Estado e da sociedade no caminho de compatibilização da ação humana no meio ambiente e valorização da função dos bens ambientais. Assim, o Poder Público e a sociedade devem tutelar autonomamente os bens¹³³ que integram o macrobem ambiental, uma vez que somente através do equilíbrio entre interesses humanos e proteção *per se* do meio ambiente pode-se chegar à sadia qualidade de vida. Logo, o meio ambiente se expõe como valor fundamental, não sendo a tutela ambiental tratada em função dos interesses exclusivo do homem (e da geração presente), mas de outros valores importantes para manutenção da humanidade da Terra. Por isso, fala-se em uma ética antropocêntrica alargada¹³⁴.

Destarte, a implementação do patrimônio cultural no conceito de meio ambiente tem como resultado submeter os elementos que o integram ao sistema de proteção ambiental. Por mais que a assertiva em plano teórico seja quase redundante, na prática, tal entendimento gera uma série de exigências, tanto para o órgão responsável diretamente pela proteção do bem como para os empreendedores que possuem regras de obrigações mais rígidas.

2.7 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E EQUIDADE INTERGERACIONAL

A CRFB/88 estabelece que o meio ambiente, entendido em toda sua plenitude, deve ser conservado não só para a presente como para as futuras gerações. Dessa forma, toda conduta do Poder Público e da sociedade deve tangenciar os interesses futuros nas suas decisões de manutenção, determinação ou destruição de bens que integram o meio ambiente.

132 BENJAMIM, Função Ambiental, p. 75.

133 No mesmo sentido da argumentação foi a posição defendida pelo STF quando concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade suspendendo a eficácia da lei estadual que autoriza e disciplina a realização de competições entre ‘galos combatentes, visto que submete referidos animais a tratamento cruel’ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ**. Brigas de galo (Lei Fluminense nº 5.895/1998). Legislação Estadual que permite a exposição e a competição entre aves de raça combatentes. Favorece prática criminosa. [...] Crime ambiental (Lei nº 9.605/1998, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação (CF, art. 225) [...]. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>. Acesso em: 20 maio 2020).

134 LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. Estado de direito ambiental no Brasil. In: KISHI, Sandra Akemi S.; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês V. Prado (Orgs.). **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 616-617.

A ideia constitucional exige, portanto, o equilíbrio intergeracional, com a projeção da ação humana no tempo e com a realização da complexa busca da equidade geracional.

A perspectiva de proteção ambiental para as gerações futuras, prevista no artigo 225 do Texto Maior, exige que os agentes públicos e privados adotem posição compatível com as metas de sustentabilidade e com os parâmetros legais estabelecidos para a política cultural e ambiental¹³⁵. No que concerne à participação da coletividade na preservação e proteção do bem ambiental e de todos os seus elementos, a Constituição brasileira prevê não só a responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade, mas também a necessidade de respeito à diversidade cultural.

Como destaca Reisewitz, a preservação dos bens culturais, além de essencial para a memória coletiva, é necessária também para a construção da cidadania, da identidade nacional e da soberania¹³⁶. Nesse sentido, sob o enfoque cultural, a atuação da geração presente deve se dar no sentido de garantir minimamente às próximas gerações o acesso e fruição à memória coletiva e aos valores fortalecedores da identidade dos grupos formadores da sociedade brasileira, especialmente dos vulneráveis, com a finalidade de transmissão dos valores e direitos culturais, sem rompimentos bruscos, involuntários ou até mesmo injustos.

Conforme Millaré¹³⁷, a equidade intergeracional decorreu da constatação de que o desenvolvimento econômico dissociado da busca de uma melhoria na qualidade devida traria consequências desastrosas a médio e longo prazo. Restou evidente, em plano internacional, a partir das décadas de 1960/1970, que o manejo mal estudado (ou mesmo não planejado), dos recursos naturais e culturais acabaria por “[...] liquidar as potencialidades de desenvolvimento oferecido pela base territorial, levando a um esgotamento e a uma esterilização feitos ao maior custo e ao menor benefício social”. Esse entendimento desencadeou a construção do princípio do desenvolvimento sustentável, sistematizado no final dos anos 1980, no Relatório Brundtland¹³⁸, com base no tripé proteção ambiental, crescimento econômico e equidade social¹³⁹.

135 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, p. 66.

136 REISEWITZ, Lúcia. **Direito ambiental e patrimônio cultural**: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: J. de Oliveira, 2004, p. 59.

137 MILARÉ, Edis. Processo coletivo ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Hermann (Coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 262.

138 O documento final desses estudos fora denominado ‘Nosso Futuro Comum’, também conhecido como ‘Relatório Brundtland’. Apresentado em 1987, propõe o desenvolvimento sustentável, sendo considerado “[...] aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”.

139 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos [...]**, p. 31.

A Declaração do Rio de Janeiro, do ano de 1992, inseriu o princípio do desenvolvimento sustentável e ofereceu outros elementos para o tratamento do meio ambiente, com importância destacada para os bens naturais e culturais, dentro da análise da equidade intergeracional no exercício do direito ao desenvolvimento. No que se refere ao acesso comutativo aos recursos pelas presentes e futuras gerações e ao desenvolvimento sustentável, a Declaração, em seus artigos 3º e 4º, esclarece:

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de forma tal que responda equitativamente às necessidades ambientais e de desenvolvimento das gerações presentes e futuras, a fim de alcançar o desenvolvimento sustentado. A proteção ao meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada de forma isolada¹⁴⁰.

Na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), foi assinado outro documento que teve influência direta na elaboração das políticas sociais e culturais, a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB)¹⁴¹. Para Kishi, além da biodiversidade ser tratada como direito humano fundamental é também dimensionada como patrimônio da humanidade numa perspectiva de transtemporalidade. Nesse diapasão:

Nem mesmo o valor econômico da biodiversidade escapa do valor humano protegido, na medida em que a valorização econômica da biodiversidade permite que durante todo o processo, desde o acesso até a efetiva utilização dos recursos biológicos, sejam efetivas e equitativamente compensados os valores humanos, afastando-se a retórica de cumprimento de dever ético para com a humanidade, num primeiro momento, e, de cumprimento de dever monetário às empresas, num segundo posterior (KISHI, [s/d], [s/p])¹⁴².

Ressalta-se, pois, que o princípio do desenvolvimento sustentável presume um desempenho do Estado e seus gestores na definição e execução de políticas que possibilitem a atuação de um conjunto de fatores convencionalmente definidos de bem-estar. Esse conjunto

140 Cf.: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta do Rio 1992.pdf>.

141 A Convenção foi assinada no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992. Está incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, visto que ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 2, de 03 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 05 de junho de 1992**. Rio de Janeiro, Brasil [1992]. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28347-o-que-e-a-convencao-sobre-a-diversidade-biologica/>. Acesso em: 20 abr. 2020).

142 KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Na encruzilhada das águas e dos conhecimentos tradicionais: necessários diálogos e controle social**. Ministério Público Federal. 4ª Câmara – Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, [(s/d)], [(s/p)]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/projetos/qualidade-da-agua/boletim-das-aguas/artigos-cientificos/na-encruzilhada-das-aguas-e-dos-conhecimentos-tradicionais-necessarios-dialogos-e-controle-social/view>. Acesso em: 20 dez. 2020.

de atos envolve ações de interesses diversos e, às vezes, até contrários, por isso, a obtenção de resultados imediatos para as medidas adotadas¹⁴³ é imprescindível para a continuidade da atuação do princípio. No entanto, a complexidade de interesses diversos e das forças envolvidas indicam que a continuidade do processo não é linear.

No que diz respeito ao processo cultural, a atuação da geração presente deve se dar no sentido de garantir minimamente às próximas gerações o acesso e fruição à memória coletiva e aos valores identificadores da sociedade brasileira, especialmente de grupos vulneráveis, com a finalidade de transmissão do direito de continuidade ao caminho cultural escolhido para ser trilhado e evitar rompimentos bruscos e involuntários.

Outrossim, a Constituição Federal pressupõe que os direitos da coletividade à memória e à identidade cultural necessitam ser acessíveis à presente geração e, no mesmo caminho, constituem um legado às futuras. Sendo assim, a justiça ambiental pensada em tempo futuro indica o dever de respeito e proteção à biológica e cultural.

143 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, p. 176-177.

3 TOMBAMENTO

O termo tombamento foi introduzido em nosso ordenamento jurídico por influência do Direito Português. Os bens da Coroa Portuguesa haviam de ser inventariados em livros especiais, mantidos na Torre do Tombo¹⁴⁴, em Lisboa, atual Arquivo Nacional Português¹⁴⁵, onde também eram conservadas escrituras públicas, tratados, contratos e demais documentos de interesse do reino¹⁴⁶.

Nesse sentido, tomar significa arrolar, registrar, cadastrar, inscrever, lançar, catalogar em arquivos próprios. E a doutrina pátria aprova a utilização do vocábulo pelo legislador brasileiro, posto explicitar, de início, o desejo de preservar o patrimônio linguístico nacional¹⁴⁷.

Dentre os instrumentos protetivos dos bens culturais brasileiros, o tombamento é, sem dúvida, o mais importante e tradicional. Está vinculado à proteção do patrimônio cultural brasileiro desde a década de 1930, quando da edição do Decreto-Lei nº 25/1937, e, nesses quase oitenta anos de vigência, garantiu a não destruição ou a preservação de bens culturais relevantes para o conjunto do patrimônio cultural. Dessa forma, pode-se afirmar que o instituto contribuiu demasiadamente para compreensão e proteção patrimonial do país, bem como para reflexão acerca do que deve se preservar e transmitir às gerações futuras.

Para Bacelar¹⁴⁸, ao analisar o instituto do tombamento, faz-se necessário relacioná-lo ao campo de efetivação dos direitos fundamentais, valendo-se de uma abordagem também afetiva e mais restritiva do direito administrativo. Para a autora, imprescindível fazer essa intercomunicação, sob pena de silenciar o mais importante aspecto do tombamento, qual seja: a concretização de um direito fundamental. Dessa forma, observa-se que o substrato axiológico do tombamento se compõe de valores indissociáveis do patrimônio cultural brasileiro e da sua imprescindibilidade de preservação. Melhor explicando, seria difícil o exercício pleno da soberania e da cidadania sem forte conscientização e sólida política de proteção à memória nacional.

144. TELLES. Antônio A. Queiroz. Tombamento e seu regime jurídico. São Paulo, RT, 1992, p. 13.

145 Fundado no século XIV, o Arquivo Nacional Português funcionou, em princípio, numa das torres da muralha de Lisboa, passando ao Castelo de São Jorge por conta de um incêndio e, por fim, sendo transferido para o Convento de São Bento após o terremoto de 1755.

146 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos, p. 28.

147 MIRANDA, Marcos Paulo Sousa. Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 108.

148 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos, p. 31.

Quanto aos aspetos estruturais, a despeito de sua precisão infraconstitucional (Decreto-lei nº 25/1937) e aplicação nas situações concretas de tutela do patrimônio cultural material, a indicação do tombamento no texto constitucional (art. 206, § 1º) consolidou sua importância como mecanismo da atividade ordenadora do Estado na propriedade privada e instituto protetivo. O dispositivo constitucional o atualiza, colocando-lhe ao lado de outros instrumentos e mecanismos que se ajustam para garantir a tutela (preventiva e protetiva) dos bens culturais relevantes para a memória, identidade e ação do povo brasileiro.

Nesse sentido, Calaza¹⁴⁹, em artigo publicado no programa EL PacCTO, expõe a visão da União Europeia sobre o tombamento brasileiro, considerando-o como uma importante ferramenta utilizada no Brasil para a preservação dos bens culturais e a proteção administrativa em forma de registro, seguindo a natureza de cada bem, estabelecendo diferentes legislações ao longo do tempo. Assim, dispõe:

En cuanto al “tombamento”, que equivaldría al reconocimiento y anotación de los bienes, corresponde señalar que este es el instrumento de protección más antiguo en uso en Brasil y, mientras que puede ser utilizado por la Administración federal, estatal o municipal, a nivel federal fue instituido por el Decreto Ley 25, de 1937130. Implica la prohibición de destrucción de los bienes culturales listados, que quedan bajo la supervisión del IPHAN. Para ser listada, una propiedad pasa por un proceso administrativo, hasta que se inscribe en al menos uno de los cuatro Livros do Tombo: el arqueológico, etnográfico y paisajístico; el histórico; el de bellas artes; o el de artes aplicadas¹⁵⁰.

O tombamento é o ato administrativo da autoridade competente, que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por tais características, passam a ser preservados¹⁵¹. O tombamento se realiza pelo fato administrativo de inscrição ou registro em um dos livros de tomo criados pelo Decreto-lei nº 25/1937. Nas palavras de Meirelles, “[...] é ato administrativo do órgão competente e não função abstrata de lei. A lei estabelece normas para o tombamento, mas não o realiza em cada caso¹⁵²”. Contudo, embora seja um ato administrativo, já que é fato de

149 CALAZA, Valeria. **Diagnóstico de la situación y de las herramientas existentes en la lucha contra los delitos de tráfico ilícito de bienes culturales**. Madri: Programa EL PacCTO, 2020, p. 34. Disponível em: <https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2021/02/BIENES-CULTURALES.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

150 Quanto ao “tombamento”, que equivaleria ao reconhecimento e averbação de bens, deve-se destacar que este é o instrumento de proteção mais antigo em uso no Brasil e, embora possa ser utilizado pela administração federal, estadual ou municipal, na Federal foi instituído pelo Decreto-Lei 25, de 1937130. Implica a proibição de destruição de bem cultural tombado, que está sob a tutela do IPHAN. Para ser listado, um imóvel passa por um processo administrativo, até ser registrado em, pelo menos, um dos quatro Livros do Tombo: arqueológico, etnográfico e paisagístico; o histórico; o das artes plásticas; ou artes aplicadas (tradução livre).

151 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. p. 83.

152 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

inscrição do bem no livro do tombo, nada impede que a lei tombe determinado bem ou conjunto de bens.

De outro lado, para Telles¹⁵³, tomba significa registrar nos livros de tombo, que certa propriedade móvel ou imóvel, particular ou pública, estará sujeita a regime jurídico próprio, visando ao resguardo contra a destruição, abandono e inutilização adequada. Já para Odete Medauar, tombamento “designa o ato administrativo pelo qual se declara o valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico e cultural de bens que, por isso, devem ser preservados”¹⁵⁴

Com efeito, o ordenamento jurídico criou o tombamento¹⁵⁵, as normas para sua utilização, o poder-dever da administração de cuidar, preservar e até mesmo interferir no bem tombado, bem como os direitos e deveres dos particulares e o órgão competente para sua execução. O tombamento, enquanto registro, é procedimento cartorial, que consiste na mera inscrição do ato administrativo no livro próprio. O ato é complexo, isto é, depende de um conjunto de atos independentes entre si, mas ligados por uma subordinação cronológica, que se inicia com a notificação ao proprietário e o tombamento provisório do bem, atribuindo-se o contraditório administrativo que culmina com a decisão do colegiado¹⁵⁶.

A decisão depende de homologação do Ministro da Cultura na esfera federal. Alguns Estados e Municípios reproduzem a norma federal e completam o ato com a homologação do governador ou do prefeito; outros preferem seguir a orientação do Decreto-lei nº 25/1937, que encerra o procedimento do tombamento com a decisão do colegiado e o registro físico no Livro do Tombo competente.

Insta consignar que o tombamento individualiza o bem, seja ele coletivo ou singular, colocando-o sob regime especial que inclui a proibição temporária de mutilar, destruir e demolir, e a exigência de autorização expressa para obras de reparação, restauro ou mesmo pintura. Em similar sentido, Bacelar¹⁵⁷ assinala que o tombamento, *per se*, não leva ao desfrute (sensorial) do bem pelos titulares do direito, ou seja, a coletividade. A inscrição no Livro visa tão somente resguardar e proteger a coisa para, mediante uma política cultural transversal que permeia aspectos sociais, turísticos e econômicos, eventualmente, desfrutar da expressão cultural no sentido sensorial do termo desfrutar.

Frise-se, ainda, que o tombamento pertence ao mundo do Direito Público, sendo considerado instituto do Direito Administrativo porque se relaciona com a possibilidade e o

153 TELLES, Antônio A. Queiroz. Tombamento e seu regime jurídico. São Paulo, RT, 1992, p. 13.

154 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 354.

155 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica.**

156 SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 499.

157 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento.** Afetos Construídos, p. 53.

dever de o Estado realizar o fim público. É um ordenamento cogente para o poder público, uma vez que, tombado o bem, a administração passa a ter obrigação de preservá-lo, restringindo-o para os particulares. Dessa forma, Cretella Júnior assevera: “[...] instituto de direito administrativo, o tombamento caracteriza-se por ser disciplinado por um feixe de normas de direito público e derogativas de direito comum¹⁵⁸”.

Sob a perspectiva do proprietário do bem, impõe-lhe também uma obrigação de preservação. A CRFB/88, em seu artigo 216, parágrafo 1º, determina que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, proteja o patrimônio cultural brasileiro. No seu artigo 225, impõe a este Poder e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (que inclui o patrimônio cultural) para as presentes e futuras gerações. Isso significa que há um dever da Administração Pública e do particular proprietário do bem, mas igualmente da coletividade.

Assim, não cabe somente ao Poder Público a defesa dos bens ambientais culturais. Além da previsão do artigo 225, caput, da CRFB/88, que indica o dever de a comunidade defender o meio ambiente e todos os seus elementos, o texto constitucional também estabelece a colaboração da comunidade na tutela do patrimônio cultural brasileiro, por meio da utilização de instrumentos nominados e inominados (art. 216, § 1º).

Nesse desiderato, mister se faz uma ressalva. O Poder Público exerce um papel de relevância destacada na proteção dos bens culturais, especialmente em face do poder econômico. Desse modo, por mais importante e exitosa que seja a participação da comunidade na preservação dos bens culturais, em países em desenvolvimento, como o Brasil, o papel do Estado sempre será imprescindível, principalmente porque a preservação desses bens exige o constante exercício do poder de polícia¹⁵⁹, somado a investimentos de recursos humanos e financeiros, para que possam selecionar, por ato administrativo, por exemplo, os bens merecedores de tutela especial.

158 CRETELLA JÚNIOR, José. Regime Jurídico do Tombamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, [(s/a)], v. 112, [(s/n)], p. 50-60, 1973. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37910/36659>. Acesso em: 20 mar. 2020.

159 CTN. Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

3.1 CONCEITO JURÍDICO

Sobre a coisa tombada recai regime jurídico especial, criando novo cenário normativo para aquele bem e, por consequência, submetendo o proprietário a outra realidade. Em viés distinto, uma vez perfeito o tombamento, a coisa se transforma oficialmente em patrimônio cultural e o direito de propriedade sofre modificações e condicionamentos, como já analisado. O bem passa a bem de cultura e o proprietário a senhor de cultura, assim verificado e chancelado pela própria Administração Pública¹⁶⁰.

A natureza jurídica do tombamento se efetiva a partir de dois enfoques: o do bem tombado e o do proprietário. Tais perspectivas não se excluem e servem para compreensão do alcance e dos limites jurídicos do instituto nos casos concretos. Assim, o panorama é o do bem cultural, cabendo analisar se a natureza do tombamento é ato declaratório ou constitutivo. Outrossim, quando se parte da ótica do proprietário, imperioso verificar se o tombamento é simples limitação administrativa, servidão administrativa ou desapropriação¹⁶¹.

3.2 ATO CONSTITUTIVO OU DECLARATÓRIO

Embora descrito por Cretella Júnior como “[...] ato administrativo unilateral, discricionário e constitutivo¹⁶²”, não é tão pacífica na doutrina a sua caracterização com ato constitutivo. Entre os italianos, dentre os quais se destacam Alibrandi e Ferri, é forte a corrente que entende o reconhecimento de valores culturais preserváveis em determinado bem como meramente declaratório. Alibrandi sustenta que este ato administrativo é declaratório porque agrega ao bem apenas “[...] una valutazione (giudizio) dell’amministrazione competente¹⁶³”.

No Brasil, o Decreto-lei nº 25/1937 parecia não deixar dúvidas nem margens para grandes discussões teóricas, já que no artigo 1º, §1º, definia o ato constitutivo do direito de tombar, nos seguintes termos: “os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros de tombo¹⁶⁴”.

160 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos, p. 52.

161 SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**, p. 159.

162 *Ibidem*, p. 159.

163 “[...] una avaliação (julgamento) da administração competente” (ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. **I bene culturale e ambientali**. Milano: Giuffrè, 1978, p. 240).

Para Silva, o tombamento modifica a posição jurídica do bem, transformando-o em bem de interesse público e “[...] impõe a seus proprietários, condutas jurídicas, *ob rem*, que antes não havia, demonstrando que o tombamento, em qualquer caso, é ato constitutivo¹⁶⁵”. Dessa forma, a Administração Pública ao reconhecer, diante das suas manifestações técnicas, que o bem se enquadra nos pressupostos legais, constitui o ato visando à sua preservação, com a consequente inclusão do bem no livro de tomo.

Com o surgimento da CRFB/88, foi alterado o conceito de patrimônio cultural e, em consequência, a natureza do tombamento, que não pode mais ser entendido como ato constitutivo. Antes, é necessário analisar o caráter do ato de tombamento, anterior à vigência da referida Constituição. O estudo é mais complexo do que a simples leitura do Decreto-lei nº 25/1937 possa entender.

Nesse sentido, Sousa Filho¹⁶⁶ destaca o caso de todos os bens culturais arqueológicos garantidos pela Lei de Sambaquis (Lei nº 3.924/1961), os quais podem ser tombados, na medida em que descoberto e avaliado seu potencial arqueológico, etnográfico e paleontológico. O referido tombamento é declaratório, pois torna pública uma qualidade já existente no bem: a existência da jazida obriga o proprietário, nesse caso, sempre público, antes mesmo do tombamento.

Também não é constitutivo o tombamento que recai sobre bens integrantes de monumentos nacionais, assim regidos por lei. Monumentos nacionais têm sido criados por lei, podendo ser uma cidade, um bairro, uma zona urbana ou rural. Nesses casos, a criação tem caráter constitutivo e o eventual tombamento que recaia sobre todo o monumento ou parte dele tem caráter declaratório, reconhecedor de uma situação jurídica anterior.

A CRFB/88 não apenas determina o tombamento de determinados bens, mas conceitua o patrimônio cultural brasileiro desvinculando-se do ato administrativo de tombamento. As constituições anteriores determinavam ao Poder Público a obrigação de proteger o patrimônio cultural, mas não o definiam. O Decreto-Lei de 1937 o fez, estabelecendo que eram bens inscritos no livro do tomo. Por seu turno, a norma constitucional vigente conceitua o patrimônio cultural e não o vincula ao tombamento.

Com precisão, afirma Oriá Fernandes que o tombamento trata-se, “ao mesmo tempo, de um ato declaratório, já que declara o valor cultural do bem, e constitutivo, vez que altera

¹⁶⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 499.

¹⁶⁶ SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**.

seu regime jurídico”¹⁶⁷. Nesse sentido, é possível aduzir que o tombamento declara oficialmente o relevante valor cultural expresso na coisa, mas, principalmente, insere-a noutro contexto do direito, alterando seu regime normativo.

Em resumo, considera-se que, para o bem cultural, o tombamento tem natureza jurídica declaratória, já que a referencialidade integra e qualifica o objeto, independentemente da dicção formal do Estado ou de particulares; para os proprietários, o tombamento tem natureza jurídica constitutiva porque, ao incidir sobre bens materiais móveis ou imóveis, transforma-os em patrimônio cultural, produzindo efeitos sobre a esfera jurídica de seus proprietários, impondo-lhes restrições ao direito de propriedade¹⁶⁸.

3.3 ADMINISTRAÇÃO E O PODER DE TOMBAR

Uma das questões que se discute consiste em saber se a Administração tem o poder de tomar ou se isso é uma obrigação, uma imposição da lei que a Administração não pode se furtar de cumprir. Este processo só se coloca para as Administrações cujos Poderes Legislativos tenham criado leis de tombamento, porque os Estados e os Municípios que não disponham dessa lei, como na maioria dos Municípios brasileiros, ficam sem direcionamento de como proteger seu patrimônio cultural, cabendo ao Poder Legislativo desencadear projeto de lei que objetive disciplinar, de forma suplementar, a condução do procedimento administrativo necessário para tal pretensão, na medida em que sua iniciativa é reservada ao Chefe do Executivo.

A discussão de ser faculdade ou obrigação se confunde com o imbróglio de o tombamento ser ato discricionário ou vinculado¹⁶⁹, como chama o direito público. A Constituição Federal, desde 1988, determina ao Poder Público a obrigação de proteger os bens de valor cultural, histórico e artístico. Por outro lado, a lei, complementando a Constituição, define o significado de valor cultural, em especial o Decreto-lei nº 25/1937 e a Lei nº 3.924/1961. A aplicação destes dispositivos legais define o ato de tal forma que, reconhecido

167 FERNANDES, José Ricardo Oriá. O direito à memória – a proteção jurídica ao patrimônio histórico e cultural. 1995. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, p. 83.

168 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Atividades administrativas de ordenação da propriedade privada e tombamento: natureza jurídica e indenizabilidade. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coords.). **Intervenções do Estado**. Quartier Latin, 2008, p. 251-261.

169 Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”, ao passo que “discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização”.

o valor cultural do bem, incumbe à Administração inscrevê-lo em livro próprio e preservá-lo. Contudo, é necessário observar que o ato administrativo de inscrição no livro próprio, isto é, de tombamento, tem situações e momentos diferenciados.

Para Sousa Filho¹⁷⁰, se o bem integrante do patrimônio cultural, assim definido pela norma constitucional, está em perigo, com risco de destruição, por exemplo, é dever do Poder Público interferir para protegê-lo. Assim, tendo a competência para tombamento, passa a ser obrigado a fazê-lo imediatamente e, nesse caso, deixa de haver discricionariedade. Contudo, se não há risco atual que ameace o bem, embora haja obrigação e não mera faculdade, o Poder Público pode escolher o momento de tombamento, utilizando-se assim de sua discricionariedade quanto à oportunidade da prática do ato, não quanto ao seu exercício. Dessa forma, o ato só será discricionário quanto ao momento, porque não é necessário estar sob risco para ser tombado.

Com efeito, cumpre destacar que o problema acaba recaindo na avaliação dos riscos, pois alguns são claros e anunciados, como, por exemplo, uma casa unifamiliar da cultura nacional localizada em zona de construção de apartamentos que esteja em risco evidente de demolição. A existência de projetos de demolição de áreas ou de modificação de sítios, conhecidos como patrimônio cultural não tombado, por certo, representam ameaça atual e grave, que motivam o Poder Público a agir com rapidez e eficiência.

No entanto, há situações nas quais esse risco não se apresenta com clareza e pode ensejar dúvidas quanto a sua real existência. Nessas situações, fica difícil para os cidadãos provocar o Poder Público e suas ações. Entretanto, sempre existe a possibilidade de recurso ao Judiciário ou mesmo ao Poder Legislativo para a proteção do bem. No primeiro caso, todo o problema reside na prova para se fazer do risco em que se encontra o bem. No segundo, a ação é política e, portanto, depende da correlação de forças dos interesses em confronto¹⁷¹.

À luz desse entendimento, fica claro que a única discricionariedade possível reside no início do processo de tombamento. Depois de iniciado, seus passos são sempre vinculados, pois cada ato vincula o seguinte, com exceção de duas condutas extravagantes que foram disciplinadas no Decreto-lei nº 25/1937 e copiadas em algumas legislações estaduais e municipais: a necessidade de homologação do ato pela autoridade superior e a possibilidade de cancelamento pelo Presidente da República.

170 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**.

171 CRETELLA JÚNIOR, José. Regime Jurídico do Tombamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, [(s/a)], v. 112, [(s/n)], p. 50-60, 1973. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37910/36659>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Nesse diapasão, o Decreto-lei nº 3.866/1941 confere ao Presidente da República poderes, em grau de recurso e “[...] atendendo a motivos de interesse público”, para determinar o cancelamento do tombamento. Nesse caso, o chefe da nação está desvinculado do exame técnico do Conselho e, por razões estranhas ao conceito legal de patrimônio histórico, pode deixar sem efeito o reconhecimento do valor histórico ou artístico do bem e sua consequente necessidade de preservação. Tal decreto-lei frustra a decisão constitucional de proteger os bens culturais e não resiste a um cotejo com qualquer das constituições brasileiras desde 1934, o que tem gerado duras críticas dos juristas, a exemplo de Meirelles¹⁷².

Consigne-se, por oportuno, que a instituição desse recurso se deve, naturalmente, à origem ditatorial do diploma, em cujo regime o Chefe de Estado absorvia todos os poderes e funções, inclusive os julgamentos artísticos e históricos, pouco condizentes com as funções de governo da Nação.

Outra alteração que enfraquece o caráter vinculado do tombamento, depois de iniciado seu processo, é a exigência de homologação pelo Ministro da Educação – hoje, Cultura, instituída pela Lei nº 6.292/1975, condicionando a eficácia do instituto a esta homologação. Entretanto, o Ministro pode deixar de homologá-lo, determinando o seu cancelamento por entender inoportuno e inconveniente¹⁷³.

Há de se pontuar, ainda, que a retromencionada lei foi elaborada em um período em que o Brasil sequer gozava de plenitude democrática, tendo recebido duras críticas de Silva, nos seguintes termos: “[...] certamente que não foi uma boa solução submeter à discricção de um homem, não necessariamente técnico, a apreciação da decisão de um órgão altamente técnico, com possibilidade de desfazê-la”.

Ademais, estes dois atos, do Ministro e do Presidente da República, são discricionários. O que se pergunta, então, à luz da CRFB/88, é sobre a possibilidade de constranger essas autoridades a praticarem o ato ou, em não praticando ou cancelando o tombamento, que responsabilidade terão em sua deterioração. É difícil constrangê-las quando o bem não está correndo o risco iminente de ruir porque, como já abordado, o pressuposto das ações é sempre o risco que correm os bens, mas é clara a responsabilidade dos agentes públicos, que pode ser apurada através da Ação Popular e Ação Civil Pública.

172 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

173 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*.

3.4 TIPOS E PROCESSOS DE TOMBAMENTO

O tombamento poderá ser individual ou coletivo, envolvendo conjuntos arquitetônicos e/ou paisagísticos. O Decreto-lei nº 25/1937 criou quatro diferentes tipos de tombamento: tombamento de bens públicos; tombamento voluntário; tombamento compulsório; e tombamento provisório. De todos, o que traz maiores discussões para o Direito é, evidentemente, o compulsório.

O tombamento de bens públicos ocorre quando a autoridade reconhece o valor cultural de um bem público, oficiando o proprietário, seja a União, o Estado ou Município, comunicando tal fato a quem tiver sua guarda. Esse tipo de tombamento é muito simples, porque não prevê nenhum tipo de contraditório, isto é, não oportuniza contestação do proprietário. Assim, resta clarividente que assim foi pensado porque se tratava de integrar o bem, já público, ao patrimônio nacional¹⁷⁴.

A lei de tombamento prevê em seu artigo 5º o referido procedimento. Muitos Estados, em suas leis, não repetem esse dispositivo, com justa razão, pois não é próprio de um ente legislar sobre os bens de outro ente público. Tal norma deveria ser pertinente aos bens federais, enquanto o procedimento em relação aos bens estaduais e municipais deveria seguir o contraditório¹⁷⁵.

Sousa Filho¹⁷⁶ ressalta que diferente é a situação dos bens integrantes do patrimônio arqueológico protegidos pela Lei nº 3.924/1961, os quais são bens culturais de domínio público federal e de proteção já definida em lei. Desse modo, não será necessário um ato administrativo que constitua ou declare esse bem como cultural. Trata-se apenas de um registro ou fato administrativo. Portanto, a inscrição no livro de tombamento independe até de ofício que, em todo caso, deverá ser feito para comunicar, informar a quem lhe tem a guarda.

No tombamento voluntário, conforme artigo 7º, do Decreto-lei nº 25/1937, é possível que o proprietário de um bem móvel ou imóvel possa solicitar seu tombamento. Quando isso ocorre, o processo de tombamento se inicia e fica dispensada, é claro, a notificação do proprietário requerente. Em tal caso, basta que o bem seja revestido dos requisitos para

174 BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

175 *Ibidem*.

176 SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**.

integrar o patrimônio histórico ou artístico nacional, sendo inscrito no livro de tombamento respectivo. Esse tombamento se repete na maioria das leis estaduais e municipais¹⁷⁷.

Já o tombamento voluntário por anuência do proprietário ocorre quando, embora seja de iniciativa do Poder Público, o proprietário notificado anui ao tombamento com ele concordando. Tal tombamento tem dois momentos: o primeiro, que consiste na iniciativa do Poder Público em tomba o bem, notificando o proprietário; e, o segundo, referente à anuência do proprietário com o tombamento. No primeiro momento, ocorre o tombamento provisório, no segundo, o definitivo. O primeiro momento é uma decisão discricionária da administração, que pode escolher a melhor oportunidade para dar início ao processo, mas, uma vez tombado provisoriamente e tendo a anuência do proprietário, já não se pode voltar atrás, devendo o bem ser tombado como obrigação administrativa¹⁷⁸.

O tombamento compulsório é a regra dos tombamentos de bens privados e, por isso, quase sempre que se discute o tema é esse tipo que entra em debate. Formado por um processo administrativo complexo, o tombamento se inicia por uma decisão da autoridade competente que, ao notificar o proprietário, tomba o bem provisoriamente. Essa primeira decisão está na esfera discricionária da Administração, que pode escolher o momento mais oportuno e conveniente para fazê-lo. Se o proprietário impugna o ato inicial de tombamento, a decisão passa ao colegiado do Conselho, que deve decidir e, sendo apurado e reconhecido o valor cultural do bem, determinar o seu tombamento definitivo como ato vinculado à definição de lei¹⁷⁹.

Os primeiros tipos de tombamento não geram vontades contraditórias, tendo, inclusive, sido pacíficos e até mesmo estimulados. Contudo, quando se trata de tombamento compulsório, que impõe restrições mais sensíveis aos bens, geram-se sérias controvérsias, pois há, *ipso facto*, vontades contraditórias¹⁸⁰. Essa disputa se dá, via de regra, com bens imóveis, cuja limitação mais onerosa é a proibição de demolição, impedindo a construção de edifícios maiores e, portanto, mais rentáveis do ponto de vista econômico.

Para a garantia da preservação dos bens pertencentes a proprietários privados em processo de tombamento, a lei criou a figura jurídica do tombamento provisório. Por esse instituto, de acordo com o artigo 10, do Decreto-lei 25/1937, ficam os bens protegidos como

177 BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

178 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**, p. 91.

179 LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase judiciais na administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 124-140, jul./1945.

180 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

se estivessem tombados, acarretando-lhes todos os efeitos do tombamento definitivo, à exceção do registro de imóveis¹⁸¹.

O tombamento provisório não pode ser indefinido. A lei federal estabelece que o Conselho decida sobre a impugnação em sessenta dias, contudo, não pode esse prazo servir para a efetivação do tombamento, uma vez que a partir daí o ato é encaminhado para homologação da autoridade superior, a qual não tem prazo para se manifestar. O tombamento provisório, portanto, possui caráter preventivo e assemelha-se ao definitivo quanto às limitações incidentes sobre a utilização do bem tutelado, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei nº 25/1937.

Com efeito, a Carta Constitucional de 1988 estabeleceu como princípio da Administração Pública a razoabilidade, razão pela qual o tombamento provisório não pode se eternizar, tendo em vista que poderá acarretar prejuízos indenizáveis ao proprietário, caso seja acatada a impugnação ao tombamento¹⁸². Dessa forma, para que o tombamento seja legítimo e possa produzir seus efeitos, deve obedecer ao processo próprio, específico, individualizado, com ampla defesa dos proprietários.

Dessa forma, apesar de a lei ser clara em não determinar que o tombamento provisório seja anotado no registro de imóveis, é conveniente que seja informada a circunstância correspondente para que não haja prejuízos a terceiros de boa-fé. É preciso salientar que a lei não obriga nem mesmo indica a possibilidade de criação de um livro de tomo provisório ou de inscrição provisória dos bens no livro definitivo. Em geral, não há inscrição, ficando na memória dos funcionários a existência do tomo provisório¹⁸³. Não é, evidente, a melhor solução. A criação de um livro provisório, que tenha espaço para inscrever o seu cancelamento definitivo ou pela decisão de não o tomar, ajudaria muito na organização e proteção dos bens.

No tombamento provisório, a lei repercute a ideia de rapidez, isto é, propõe que o tombamento seja por espaço de tempo provisório, independentemente, assim, de qualquer registro. No entanto, não é essa a realidade na prática. A recomendação é que seja criado um livro de tomo provisório, independente de alteração legislativa, e seja comunicado ao registro do

¹⁸¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁸² SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**, p. 91.

¹⁸³ LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase judiciais na administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 124-140, jul./1945.

imóvel correspondente essa situação. Destarte, providências para seu cancelamento devem ser tomadas quando da decisão de não tombamento ou tombamento definitivo.

3.4.1 Processo de tombamento

O processo de tombamento estabelecido no artigo 9º do Decreto-lei nº 25/1937 deve seguir com muita precisão. Os Estados e Municípios que tenham leis próprias de tombamento devem se guiar, também, por suas leis, posto que o direito brasileiro é exigente quanto à forma. Alguns órgãos, por falta de orientação jurídica, deixam de montar o processo com o formalismo exigido e têm causado nulidades em prejuízos à preservação dos bens culturais. Afirmam Nunes Leal¹⁸⁴ que este processo de tombamento é quase judicial, sendo necessário ter autos montados, com rigor de um juízo.

Analisando as orientações do Decreto-lei nº 25/1937, pode-se afirmar que o tombamento começa por ordem escrita do diretor do órgão competente, que deve ser autuada, isto é, protocolada e capeada, à qual se juntarão todos os atos praticados e documentos produzidos, como, por exemplo, os ofícios enviados aos responsáveis pelas entidades que tiveram a guarda dos bens, as decisões, encaminhamentos, entre outros.

O tombamento voluntário a pedido do proprietário se inicia com o pedido, em geral, um requerimento, acompanhado de documentos do proprietário do bem. Tal documento deve ser autuado e só depois encaminhado ao Conselho competente¹⁸⁵. Todas as decisões e correspondências deverão ser juntadas a esses autos, com indicação de todos os trâmites pelo responsável. Se o Conselho entender que é ou não o caso de tombar, deve ser notificado o requerente. Todos os processos devem ser guardados em arquivo acessível, depois de inscritos no livro do tombo ou da negativa de sua inclusão.

O tombamento voluntário por anuência e o compulsório devem se iniciar da mesma forma que nos bens públicos, isto é, com a autuação da autoridade competente e a posterior juntada da notificação ao proprietário que, se anuir ou deixar de impugnar no prazo assinado, poderá ocasionar o encerramento do processo com a determinação de que o bem tombado seja inscrito; se impugnar, o processo será devolvido ao órgão solicitante do tombamento, por quinze dias, para sustentá-lo. A decisão será proferida pelo Conselho, num prazo de sessenta dias¹⁸⁶.

184 LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase judiciais na administração.

185 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**, p. 91.

A inscrição no livro de tombo deve também ser feita minuciosamente, ou seja, constar com precisão o que está sendo tombado e suas razões, para que as futuras autoridades possam avaliar os pedidos de modificações, restauros, pintura, alterações de uso e reformas. Dessa forma, o ato de inscrição no livro de tombo atesta a legalidade dos aspectos formais quanto à identificação e classificação do bem, segundo suas características, em conformidade com a legislação de proteção ambiental.

A Lei nº 6.292/75, que exigiu para o tombamento a homologação ministerial, na prática, impõe que todos os tombamentos passem pelo Conselho e, após sua apreciação, sejam remetidos ao Ministro para homologação. Sendo assim, na esfera federal, o Conselho será ouvido em todos os casos de tombamento. No tocante às legislações estaduais e municipais, resta evidente que não precisam reproduzir esse modelo, pois é essencial para legalidade do processo a abertura do contraditório que, mesmo nos processos administrativos, é garantia constitucional.

Ademais, o tombamento deverá ser levado ao registro de imóvel para conhecimento de terceiros com compradores ou interessados no bem. Portanto, deve haver dois registros: o primeiro, no livro de tombo correspondente, e o segundo, no registro de imóveis. Já para o tombamento de bens móveis deverá haver o registro no livro de tombo e nos assentos do Museu ou coleção em que esteja inserido, se for o caso¹⁸⁷.

3.5 EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DO TOMBAMENTO

Os efeitos do tombamento impedem o comprometimento das características e do significado do bem, assim como cristaliza aquela condição que o diferencia dos demais¹⁸⁸. Identificar, proteger e preservar o patrimônio cultural é um dos meios de garantir o exercício dos direitos culturais, acesso às fontes de cultura nacional e fortalecimento da memória e da identidade brasileira.

O tombamento, portanto, é uma forma de garantir a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público, através de ações dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, paisagísticos e outros

186 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2ª Turma. **Recurso Especial nº 753.534/MT**. Processo civil. Administrativo. Ação civil pública. Tombamento provisório. Equiparação ao definitivo. Eficácia. Relator: Ministro Castro Meira, 25 out. 2011 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21057768/recurso-especial-resp-753534-mt-2005-0086165-8-stj/inteiro-teor-21057769?ref=serp>. Acesso em: 20 ago. 2020.

187 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**, p. 94.

188 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos, p. 43.

relacionados à cultura, para fruição das presentes e futuras gerações. Assim, é o instrumento estatal de intervenção na propriedade utilizado para a preservação do bem cultural material ou do suporte físico do bem imaterial.

Nesse liame de compreensão, com o tombamento, há uma verdadeira intervenção administrativa para a proteção do bem cultural, com reflexos diretos no direito de propriedade. Logo, dada sua fisionomia jurídica própria e inconfundível, pode o tombamento ser classificado como meio de intervenção do Estado consistente na restrição do uso de propriedades determinadas¹⁸⁹.

Nas passagens sobre a natureza constitutiva ou declaratória do tombamento foram mencionados os efeitos sobre o bem tombado. Desse modo, resta a análise dos efeitos no que tange à definição dos direitos e deveres dos proprietários de bens tombados e de imóveis das áreas envoltórias, bem como dos limites de atuação do Estado no exercício de seu poder de polícia.

Em panoramas gerais, o efeito do instrumento é a garantia da conservação do bem para que seja fruído por toda coletividade. Dessa forma, um efeito é a conciliação do uso normal dos bens com sua visitação e estudo, ou mesmo, sua plena destinação para o desenvolvimento cultural de todas as gerações¹⁹⁰. Nessa perspectiva, Sousa Filho¹⁹¹ infere que, com o tombamento, ocorre uma alteração do próprio bem, que passa a ser reconhecido oficial e publicamente como merecedor de tutela de todo sistema jurídico, inclusive, o penal, passando a prevenir e reprimir condutas que lhe sejam lesivas.

Na conjuntura protecionista do tombamento, os efeitos de preservação dos bens e fruição pelas gerações presentes e futuras devem estar previstos no sistema normativo brasileiro (Decreto-lei nº 25/1937 e em outras legislações pertinentes), posto que no Estado de Direito não é admissível a imposição de obrigações ou ônus a particulares, especialmente as que se refletem no exercício do direito à propriedade privada, sem previsão legal.

Ao individualizar o bem, seja ele coletivo ou singular, o tombamento estabelece um regime que impede a destruição, demolição ou mutilação do bem cultural, condicionando à prévia autorização expressa do poder público a realização de obras de reparação, restauro ou mesmo pintura, além de determinar, no caso de bens móveis, que sua saída temporária deve ser autorizada, sendo a remessa definitiva ao exterior proibida.

189 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos, p. 42.

190 MACHADO, Paulo Leme. **Direito ambiental brasileiro**, p. 46.

191 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**.

Com isso, é possível afirmar que os detentores do bem tombado têm ônus e obrigações determinados e esclarecidos legalmente, de acordo com um regime próprio de tutela. E mais: a garantia da lei não é somente para imposição desses ônus e obrigações, mas também para que a atuação administrativa ordenadora atenda ao interesse público sem onerar desproporcionalmente o proprietário do bem tombado.

Há de se destacar, ainda, que todos os efeitos do tombamento estão disciplinados no Decreto-lei nº 25/1937, com a previsão das penalidades administrativas para o caso de descumprimento das obrigações ou desrespeito às restrições impostas. Tais efeitos não atingem somente os proprietários dos bens tombados, alcançando também os proprietários dos imóveis vizinhos. A restrição à área do entorno ou da vizinhança do bem tombado como efeito do tombamento está prevista no artigo 18 do Decreto-lei nº 25/1937, gerando uma restrição ao exercício de propriedade, já que deverão sempre observar a visibilidade, que não pode ser reduzida ou anulada, constituindo uma servidão administrativa. Essa área do entorno é determinada com a finalidade de preservar a ambiência do bem e impedir que novos elementos obstruam ou impeçam sua visibilidade¹⁹².

Por fim, como o enfoque do tombamento é a preservação do bem, caso o proprietário não disponha de recursos para obras de preservação e manutenção, deverá comunicar ao órgão competente, que mandará executar as obras de reparo e conservação ou providenciará a desapropriação do bem, nos termos do artigo 19 do Decreto-lei nº 25/1937.

3.6 TOMBAMENTO E INDENIZAÇÃO

Grande parte dos juristas, dentre os quais se destacam Castro e Meirelles¹⁹³, defende a gratuidade do tombamento, entendendo que se trata de uma limitação administrativa¹⁹⁴, pois impõe uma restrição geral e gratuita, de forma indeterminada às propriedades tombadas pelo Poder Público. Dessa forma, aqueles que entendem ser cabível a indenização do proprietário, consideram o tombamento como uma servidão administrativa¹⁹⁵, ou seja, um ônus real de uso

192 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**.

193 CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação dos bens culturais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998, p. 138-139; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 587.

194 É uma forma de intervenção estatal na propriedade privada e decorre de normas gerais que se direcionam a um grupo de propriedades inicialmente indeterminadas. Respalhada pelo princípio da supremacia do interesse público, a Administração Pública, fundada em leis ou atos administrativos normativos, pode restringir o uso de uma propriedade, impondo obrigações (positivas, negativas ou permissivas) que condicionam o exercício do direito de propriedade à satisfação de interesses coletivos e abstratos.

imposto especificamente pela administração a determinados bens particulares para possibilitar a realização de obras e serviços públicos.

Figueiredo entende que o tombamento pode ser limitação administrativa, servidão administrativa ou até mesmo desapropriação, dependendo do grau de limitação sofrida pelo particular na utilização do bem preservado¹⁹⁶. Logo, é preciso que se analise cada ato de intervenção para poder considerar as medidas restritivas ao bem e, assim, classificar o ato de acordo com suas especificações.

Machado considera não indenizável o tombamento se este vincular um bem no contexto de vizinhança de outros bens vinculados ou limitados, o que constituiria uma limitação com caráter de generalidade. Quando a propriedade é escolhida individualizante para ser vinculada, não havendo mais bens existentes na vizinhança ou bens existentes sujeitos a outro regime jurídico, teria o proprietário direito de pleitear indenização pelo dano ocorrido, continuando a coisa na propriedade do particular¹⁹⁷.

Por seu turno, Mello, até certa época, entendia que o tombamento era modalidade de servidão administrativa. Porém, atualmente, considera o tombamento distinto da servidão, pois essa é direito real sobre coisa alheia, ao passo que o tombamento também pode afetar um bem próprio (tombamento voluntário) e ser satisfeito mesmo quando o bem é expropriado, sem que sejam extintos os gravames inerentes ao tombamento; a servidão não impõe ao titular do bem o dever de agir, mas tão somente o de suportar, ao passo que o tombamento constitui o titular do bem tombado no dever de conservá-lo em bom estado, no que se incluem todas as realizações de reformas para tanto necessárias; as servidões só oneram bens imóveis e o tombamento tanto pode se referir a bens imóveis quanto a móveis¹⁹⁸.

Para Bacelar¹⁹⁹ o princípio da responsabilidade deve aparecer na base, na estrutura própria do estado jurídico democrático, assegurando o equilíbrio das relações de Direito Público. Sua atuação permeia todo ordenamento, conferindo justa forma e efetividade ao princípio da legalidade, vez que a norma idealizada como continente de justiça pode veicular o injusto, o arbítrio e até o terror. Contudo, é preciso perceber que tais proposições

195 É ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário

196 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. São Paulo. Malheiros, 1995, p. 200.

197 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). **Dano ambiental, preservação, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 945-947.

198 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo. Malheiros. 2011, p. 918.

199 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos, p. 99.

doutrinárias são analisadas a partir de princípios e institutos tradicionais do direito administrativo, os quais, muitas vezes, não conseguem alcançar as características específicas dos bens integrantes do patrimônio cultural. Basta verificar que sua aplicabilidade atinge apenas os bens materiais imóveis, olvidando os móveis.

E, quando se tratam de bens móveis, que diferença existiria para um proprietário se o tombamento atingisse bens em conjunto ou isolados? Parece que não há, pois para coisas móveis a situação no espaço é apenas uma questão de referência, já que elas podem ser livremente movimentadas. Dessa forma, tomados em conjunto ou separadamente, os bens culturais móveis são valorizados pelo tombamento.

Diante de tais questões, pode-se buscar, em relação ao tombamento, subsídios na doutrina italiana, uma vez que a Itália é detentora de um dos mais ricos patrimônios culturais preservados do mundo e, por conseguinte, de uma das maiores e melhores experiências sobre o tema. Dessa maneira, Alibrandi e Ferri enfocam que o conceito delimitação e servidão administrativa aplicável aos bens culturais está superado pela individualização da figura do bem cultural, que resulta da proteção objetiva do regime publicístico de tutela do patrimônio cultural²⁰⁰.

Nesse norte de ideias, também se entende que o bem cultural protegido, seja pelo tombamento ou por outras vias, em razão de seus aspectos constitutivos característicos e da tutela publicística específica, tem natureza jurídica própria. Logo, tendo o bem cultural esta natureza, é normal que o tombamento também o tenha, como instituto típico de direito ambiental, distinto das tradicionais categorias do direito administrativo. Portanto, dada sua fisionomia própria e inconfundível, pode o tombamento ser qualificado como meio de intervenção do Estado consistente na restrição do uso de propriedades determinadas²⁰¹.

Nesse sentido, a questão da indenização está intimamente ligada à natureza jurídica própria do bem cultural. Uma teoria adequada à questão parece ser a do jurista italiano Giannini, também adotada pela moderna doutrina espanhola. Na citação do jurista espanhol Alvarez²⁰², o referido mestre italiano busca reabilitar a antiga teoria da propriedade dividida, sob a qual viveu durante séculos o ocidente europeu. A propriedade dividida era então a distinção entre um domínio útil e outro direto coexistindo sobre a mesma coisa. Contudo, não é esse, segundo Giannini, o sentido atual da propriedade dividida. Há de se partir, conforme

200 ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. *I bene culturale e ambientali*, p. 20.

201 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 738.

202 ALVAREZ, José Luiz Alvarez. *Estudios sobre el patrimonio histórico español*. Madri: Civitas, 1989.

aduz, da distinção entre coisa como suporte físico e o bem, que é precisamente uma determinada utilidade da coisa. Essa distinção permite estabelecer, sob uma única entidade material, uma pluralidade de bens, desde que seja possível separar na coisa diversas utilidades, sendo, cada uma, objeto de tutela específica²⁰³.

O bem cultural, segundo o supracitado autor, seria um bem imaterial cuja nota característica seria a de ser um bem aberto a uma fruição coletiva. O titular dessa natureza jurídica seria o Estado, que tem poder suficiente para tutelar essa fruição coletiva, que resulta perfeitamente separável da coisa sobre a qual se assenta também um bem patrimonial, que, sob o ponto de vista do domínio econômico, pode ter outros ou infinitos titulares²⁰⁴.

Segundo tal teoria, o bem cultural é público, não enquanto bem de domínio, mas enquanto bem de fruição. Os dois bens, bem de domínio, propriedade privada, e o bem de fruição, coincidem no suporte físico, mas não na tutela jurídica nem na titularidade, que, no primeiro caso, são atribuídas ao proprietário e, no segundo, ao Estado. Assim, quando o Estado intervém em uma propriedade, terá de levar em consideração a situação atual e concreta para a indenização ou não, pois o que está fora da realidade palpável não pode ser objeto de apreciação para reparação indenizatória.

Dessa maneira, não se deve falar em indenização ou expropriação em caso de tombamento. O vínculo atinge apenas a fração pública da propriedade da coisa, mantendo incólume a privada. Isso origina uma obrigação para ambos, proprietário e Estado, de agirem conjuntamente em defesa do bem protegido. Destarte, o Poder Público deve cooperar com incentivos, recursos econômicos e técnicos para auxiliar a atuação do proprietário privado, que não se confunde em absoluto com indenização. Os investimentos públicos correspondem à posição do Estado como titular e tutor jurídico do bem de fruição que encontra suporte na coisa preservada²⁰⁵.

À luz desse entendimento, pode-se dizer que, apenas quando o tombamento de coisa imóvel ocasionar prejuízo econômico efetivo, concreto e atual, poderá se falar em indenização. Ou seja, caberá indenização apenas e tão somente desse prejuízo²⁰⁶, cumprindo ao proprietário comprovar a existência efetiva do prejuízo e formular seu pedido indenizatório no prazo de cinco anos, contado a partir do ato que efetivou o tombamento, sob pena de prescrição.

203 MIRANDA, Marcos Paulo de Sousa. **Estudos dos direitos do patrimônio cultural**, p. 107.

204 *Ibidem*, p. 26-27.

205 *Ibidem*, p. 31/42.

206 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente [...]**, p. 273.

3.7 TOMBAMENTO CONTRA ADMINISTRAÇÃO

Em quase totalidade, os entendimentos doutrinários têm se referido à situação de tombamento compulsório, cujo proprietário, inconformado, recorre à Justiça. É unânime a posição de que o Judiciário pode apreciar essa questão e analisar a legitimidade do motivo que, se provado falso, deve ensejar o cancelamento do tombamento. Situação nova se verifica na omissão do Poder Público, isto é, quando o proprietário ou os cidadãos consideram o bem de valor cultural e a administração não o tomba por decisão do Conselho, ou por não iniciar o processo, ou ainda porque o Ministro não homologou ou o Presidente da República determinou, em grau de recurso, o cancelamento. Cada uma dessas situações tem nuances e implica soluções diferentes.

Para Sousa Filho²⁰⁷, no caso de o proprietário solicitar o tombamento e esse não ocorrer por negligência da administração, é claro que cabe reparação judicial, até pela via do mandado de segurança, visto que o órgão tem obrigação de processar a solicitação. Uma vez processado o pedido do particular e tendo havido negativa do Conselho, poderá o proprietário, ainda assim, recorrer em juízo para provar que foi viciado o processo e que houve falso motivo na negação. No cotidiano, será muito mais difícil o Judiciário modificar a avaliação do Conselho.

Impende-se destacar que a situação é diversa quando o interesse de preservação não é do proprietário do bem, mas, da sociedade, da comunidade na qual o bem se encontra. A proteção do patrimônio histórico e artístico é de interesse público e obrigatória para o Poder Público, por definição constitucional desde 1934. Sendo assim, se a comunidade não pode exigir do proprietário particular que preserve o bem, deve exigi-lo da Administração.

É preciso analisar que, quando se trata de um bem tombado, não há dificuldade em encontrar meios judiciais para sua tutela. A Ação Popular, Lei nº 4.717/65, com redação dada pela Lei nº 6.513/77, considerando os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, como patrimônio público, pode ser utilizada por qualquer cidadão; e a Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, também possibilita a proteção dos bens tombados. Ainda que não tombados, os bens culturais que estão ameaçados de sofrer danos ou já os sofreram, podem ser protegidos por estas duas leis.

A indagação mais complexa e que ainda está por enfrentar um debate como ocorrido no pleno do STF em 1942 é a possibilidade de a cidadania ou a comunidade se utilizar da

207 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica.**

ação popular ou da ação civil pública para exigir do Estado o tombamento e, portanto, o reconhecimento do valor cultural de um bem individualizado, independente da ameaça de dano. Contudo, o posicionamento jurisprudencial já tem sido no sentido de que não há necessidade de prévia proteção administrativa para se buscar a tutela judicial a fim de evitar danos ao patrimônio histórico e artístico do país, como se extrai da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁰⁸.

Analizando o Decreto-lei nº 25/1937 e os dispositivos do destombamento e homologação, o Decreto-lei nº 3.866/41 e a Lei nº 6.292/75, é possível concluir que não é possível incluir um bem integrante do patrimônio histórico e artístico nacional em um livro de tomo por decisão judicial, contra a vontade da Administração quanto à oportunidade e conveniência de um tombamento. É discricionário o início do processo, é discricionário o ato de homologação e é discricionário o ato do Presidente da República em determinar o cancelamento do tombamento²⁰⁹. Esse conjunto de dispositivos leva ao entendimento de que os bens integrantes do patrimônio cultural, com evidente e reconhecido valor cultural, podem deixar de fazer parte dos livros do tomo por deliberação da autoridade superior, Ministro ou Presidente da República.

Segundo Sousa Filho²¹⁰, a concepção de proteção representa um avanço em relação a não-proteção e à ideia de supremacia da propriedade privada. A partir da década de sessenta, porém, iniciou-se no mundo inteiro um verdadeiro movimento de defesa do meio ambiente que ganhou seu apogeu vinte anos depois. Em primazia ao desenvolvimento das ideias protecionistas, o Direito Público foi criando instrumentos cada vez mais eficientes para o controle da legalidade dos atos administrativos pelos cidadãos, abandonando a ideia civilista da vinculação do legítimo interesse para estar em juízo com o dano pessoal efetivo.

As já citadas legislações da década de sessenta, setenta e oitenta, vieram a ser ratificadas na CRFB/88, que, além de ampliar o conceito de patrimônio cultural brasileiro, incluíram o tombamento como um dos instrumentos de proteção desse patrimônio, deixando claro que, ao contrário do que dispõe o §1º, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 25/1937, o patrimônio cultural brasileiro é maior que o conjunto dos bens tombados, motivo pelo qual é fundamental o desenvolvimento de outros instrumentos de proteção.

208 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 738.

209 *Ibidem*, p. 742/744.

210 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**.

3.8 QUANDO O TOMBAMENTO É INEFICIENTE PARA A PRESERVAÇÃO

Claramente, a presença de um instrumento como o tombamento, de impactos jurídicos tão fortes, decorre de uma prevenção contra a aceleração da história de que fala Goff²¹¹, fenômeno que, segundo ele, foi identificado principalmente nos países industrializados ou que, acrescenta-se, tinham tal pretensão e buscavam elementos de identidade cultural, o que justificou o grande apreço para com “[...] a moda retrô, o gosto pela história e pela arqueologia, o interesse pelo folclore, o entusiasmo pela fotografia, criadoras de memórias e recordações, o prestígio da noção de patrimônio”, resultando no grande entusiasmo estatal de se arvorar como o grande protetor da cultura.

Contudo, em termos realistas brasileiros, nem sempre a pretensão protetiva do tombamento é alcançada. Tombar e preservar são coisas distintas. Para que um tombamento funcione é preciso que o poder público atue no cumprimento de seus deveres legais, principalmente o fiscalizatório, bem como que o detentor do bem colabore com sua preservação. A ação ou omissão criminosa de certos proprietários é acordada por Marchesan, para quem “[...] tantas e tantas vezes o que se verifica é que o particular deixa de conferir um uso ao imóvel para justamente provocar sua deterioração”, entendendo que a situação pode ser sanável por aplicação de normas como a Lei de Crimes Ambientais²¹².

A proteção dos bens culturais é um dever do qual o poder público não pode se abster. Deve-se ter compreensão de que a vedação ao tombamento de uso não significa que a administração pública deveria se olvidar da tutela do seu uso. Em caso de uso inadequado, deverá interpor as ações previstas em leis, seja para aplicar penalidades, motivar o restauro (quando da impossibilidade do proprietário) ou impulsionar a desapropriação.

O artigo 19 do Decreto-lei nº 25/1937²¹³ prevê a possibilidade de o poder público realizar as ações de restauro, o que se confronta com a realidade de que estas nem sempre podem ser concretizadas, levando-se em consideração a delicada situação orçamentária dos órgãos de preservação ao patrimônio cultural, os quais dispõem de orçamentos enxutos para salvaguarda dos bens culturais. De outra maneira, e de certo modo, a desapropriação, prevista

211 LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Bernardo Leitão (Trad.). Campinas: UNICAMP, 1990, p. 193.

212 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 178-180.

213 Decreto-lei nº 25/1937, art. 19: O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

como alternativa legal quando o poder público deseja interferir mais densamente, poderia aniquilar o espírito do lugar, retirando a essência do bem cultural.

Outrossim, conforme já mencionado, o uso de mecanismos combinados é possível e recomendável, pois não se pode omitir que o mecanismo utilizado, como o simples registro, possua baixo poder de restrição de direitos, tendendo a ser ineficaz para a função protetiva do bem cultural. Dessa forma, ainda falta muito para uma efetivação real, no que tange à eficácia do tombamento, pois é necessário avançar em áreas como o interesse coletivo de preservar, levando em conta os interesses econômicos com contrapartidas dos proprietários.

3.9 OUTROS INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO CULTURAL

Haberle²¹⁴, ao realizar um estudo comparativo sobre o conceito de cultura, analisa o que é relevante quanto à universalidade dos direitos culturais e, em estudo relativo às cláusulas sobre patrimônio cultural em diversas constituições, ao se deparar com a brasileira, também percebe que:

El patrimonio cultural brasileño es protegido de manera muy detallada (artículo 216): desde las ‘formas de expresión’, pasando por las formas de crear, hacer y vivir, hasta otros espacios destinados a las manifestaciones artísticas y culturales²¹⁵.

Tal complexidade demandou a criação de múltiplos instrumentos jurídicos à base protetiva, para os quais o constituinte fez diretamente ou concedeu autorização ao legislador ordinário. A proteção engloba todas as medidas relativas às diversas áreas do conhecimento que objetivam a conservação do bem, suas restrições e restaurações. Dessa forma, há outros instrumentos jurídicos de proteção cultural, como incentivos fiscais, as normas urbanísticas, o inventário, a desapropriação, a vigilância e outros, sendo perceptível que as atividades de proteção são diversas e abrangem diversos ramos do conhecimento científico e técnico, como por exemplo, as restaurações, filmografias, registro, acondicionamento e transporte desses bens.

Insta frisar, por oportuno, que a desapropriação, muitas vezes considerada como uma violação à propriedade privada, é, na verdade, o reconhecimento de sua integridade, já que é

214 HABERLE, Peter. **El estado constitucional**. Héctor Fix-Fierro (Trad.). Cidade do México: Universidade Federal Autónoma do México, 2003, p. 233.

215 O patrimônio cultural brasileiro é protegido de forma muito detalhada (artigo 216): desde as ‘formas de expressão’, passando pelas formas de criar, fazer e viver, até outros espaços destinados às manifestações artísticas e culturais.

restituído ao detentor do bem o valor integral, prévio e em dinheiro pela transferência compulsória do domínio. Nesse sentido, a Constituição de 1824, que estabelecia o caráter absoluto do direito de propriedade privada, entendia a desapropriação como única exceção à plenitude do direito de propriedade e ao império de sua vontade. Portanto, a desapropriação sempre foi um instrumento ligado à propriedade privada, mesmo em sua roupagem de caráter mais absoluto.

A desapropriação, para fins de proteção socioambiental, ocorre em casos extremos e excepcionais. Pode e tem sido utilizada para proteção de conjuntos urbanos, no sentido de melhorar o uso de determinadas áreas da cidade. É o caso do centro histórico de algumas cidades que, preservados por lei de zoneamento, tem alguns imóveis desapropriados para lhes dar destinação cultural, possibilitando a revitalização da região.

O inventário é uma forma de proteção que carece de lei reguladora. Independentemente da lei, os órgãos públicos responsáveis pela preservação dos valores culturais podem e devem promover o inventário de bens, para ter uma fonte de conhecimento das referências de identidade descritas na Constituição em vigor²¹⁶. Seu principal objetivo é compor uma base de dados que possibilite a valorização e a salvaguarda, planejamento e pesquisa, conhecimento de potencialidades e educação patrimonial.

Uma lei que regulamente o inventário não necessita estabelecer o procedimento, mas os seus efeitos. Contudo, é necessário estabelecer quais consequências advirão para o bem incluído em inventário. Nos dias atuais, já existem diversos inventários de bens culturais, a exemplo dos museus que mantêm inventariadas as obras de determinado autor. Entretanto, falta previsão legal sobre quais consequências isso acarretará ao bem.

É explícito que a própria existência do inventário tem como consequência a preocupação com o bem e o reconhecimento de que ele é relevante. Dessa maneira, o inventário pode servir de prova nos processos de Ação Civil Pública. Suas formalidades criteriosas estabelecem a relação dos bens culturais portadores de referências de identidade, cujo efeito jurídico é, no mínimo, prova da necessidade de sua preservação, em juízo ou fora dele²¹⁷.

Quanto ao registro, pode-se conceituá-lo como um instrumento legal de preservação, reconhecimento e valorização do patrimônio imaterial do Brasil, composto por bens que assessoraram a formação da sociedade brasileira, razão pela qual há a possibilidade jurídica da criação de mais este instrumento para fins de proteção dos bens culturais. Ressalte-se,

216 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**.

217 *Ibidem*, p. 103/106.

inclusive, que o registro ganhou um novo sentido quando o governo federal instituiu, pelo Decreto nº 3.551/2000, o registro de bens culturais imateriais²¹⁸. Com esse Decreto, o registro, de criação constitucional, passou a ter vida própria no direito brasileiro, sendo aplicado àqueles bens que obedecem às categorias fixadas no Decreto, tais como: celebrações, lugares, formas de expressão e saberes, ou seja, as práticas, representações, expressões, lugares, conhecimentos e técnicas que os grupos sociais reconhecem como parte integrante do seu patrimônio cultural²¹⁹.

Outrossim, alguns Municípios brasileiros regulamentam a transferência do potencial construtivo dos bens imóveis de valor cultural, fazendo com que o proprietário do imóvel tombado ou inventariado possa transferir, de forma onerosa ou não, o direito de construir impedido pelo tombamento. Tal instituto tem parentesco com o solo criado, que diz respeito à criação artificial de solo através da construção de patamares ou pavimentos aéreos ou de subsolo²²⁰.

Na prática, entre os instrumentos mais eficazes de proteção ao patrimônio cultural edificado urbano, estão as leis de zoneamento que, ao caracterizarem certas regiões da cidade como de baixo potencial construtivo, desestimulam a especulação imobiliária e incentivam a manutenção de construções antigas. Tais leis têm sido usadas com grande eficácia nos municípios brasileiros visando à criação de zonas de preservação cultural. Hoje, com a obrigatoriedade do Plano Diretor para as cidades brasileiras, esse instrumento está muito disseminado, podendo-se esperar que haja no futuro uma melhor preservação do patrimônio construído²²¹.

No que concerne à proteção de bens móveis, aqueles de valor artístico ou históricos têm sua melhor proteção na organização oficial dos museus, que devem ter umidade e temperatura para perfeita proteção das obras de arte, em geral criadas sobre suporte de tecido ou de papel.

Com efeito, o sistema jurídico pátrio não dispõe, como em outros países, de normas gerais para sua formação, organização e sistema de proteção dos museus, mas, apenas de tímidos atos de criação, seja na esfera municipal, estadual ou federal. Nesse diapasão, para proteção dos bens móveis, o Poder Público pode se utilizar dos instrumentos de tombamento,

218 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo. Malheiros. 2011, p. 918.

219 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos, p. 77.

220 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**, p. 105.

221 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 738.

inventário, registro, entre outros, embora seja muito difícil para os órgãos públicos municipais mantê-los protegidos em seu território, salvo seus próprios e os acervos de seus museus.

Há de se ressaltar, ainda, que os incentivos fiscais têm sido usados pela União, Estados e Municípios, com dificuldades para proteção dos bens culturais. Cada um utiliza seus próprios impostos, mas os resultados têm sido insuficientes. A razão da pobreza de resultados nas políticas de incentivos fiscais é que estes não são acompanhados de uma política de cultura de aproveitamento, de tal sorte que normalmente ficam à disposição dos pagadores de impostos, que investem na proteção como um negócio e, não, como uma política²²². É claro que os pagadores de impostos de qualquer natureza escolhem onde poderão aplicar seu dinheiro, descontando dos impostos a serem pagos, nas atividades e da forma que lhes seja mais vantajosa. Com esse critério, não há apenas uma renúncia fiscal por parte do Estado, mas, sobretudo, ao cumprimento de uma política de cultura.

Ademais, de todos os impostos brasileiros, o mais eficaz para ajudar na proteção cultural de bens imóveis é, sem dúvida, o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), de competência municipal, isto porque o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) traduziu expressamente a concessão de incentivos e benefícios fiscais e financeiros como instrumento orientador das políticas de gestão urbana²²³, nas quais o patrimônio cultural é um dos elementos mais importantes, estabelecendo que os tributos serão diferenciados em função do interesse social. Assim, diversos entes municipais têm instituído isenção do IPTU para os proprietários de bens tombados que os mantêm em bom estado de conservação.

No mais, vislumbra-se a vigilância. Elevada à categoria de proteção cultural pela Constituição vigente, a vigilância nada mais é do que aquilo que a lei do tombamento considera efeito do ato, isto é, a permissão ao Poder Público para inspecionar a coisa tombada, aí incluindo o ingresso, sob condições, nas dependências das casas. É claro que esse meio pode ser utilizado antes do tombamento, para se ter a certeza de que o bem deva ser tombado ou mesmo para ser conhecida a sua plena existência, nos casos de tombamentos de interiores ou de móveis²²⁴.

Além disso, está à disposição do Poder Público, na defesa dos bens socioambientais, todo um sistema que vai desde o poder de polícia, capacidade do Estado de adequar a conduta individual ao disposto legal, até a desapropriação. Mas, também, verificam-se que são vários

222 SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**.

223 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo. Malheiros. 2011, p. 918.

224 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 752.

os benefícios e incentivos fiscais que podem ser usufruídos pelos proprietários de bens tombados. Identificar esses institutos e exigir do poder público sua concretude trata-se de ato de cidadania e solidariedade nas ações de proteção ao patrimônio cultural.

4 CARTOGRAFIA DA DISSERTAÇÃO

A cartografia é uma linguagem que expressa e transmite a compreensão da realidade que é percebida pelo homem e a necessidade que se tem de registrar e comunicar suas observações e reflexões. Nesse sentido, por meio da cartografia, quaisquer levantamentos (ambientais, socioeconômicos, educacionais, etc) podem ser representados espacialmente, facilitando e tomando mais eficaz a compreensão do tema²²⁵, logo, o sentido da titulação do presente capítulo é justamente servir de orientação, no sentido de apontar a direção que vem adotando os Tribunais de Justiça brasileiros quanto a temática do tombamento.

Importante, também, salientar e correlacionar o termo tombamento ambiental, pois à luz da concepção ampla de meio ambiente²²⁶ entende-se o tombamento não apenas como meio de preservação histórico-cultural, mas como relevante instrumento de proteção ao exercício do direito ambiental às futuras gerações vindouras. Dessa forma, a utilização do tombamento como mecanismo de preservação e proteção do patrimônio cultural brasileiro permite o acesso de todos à cultura, consubstanciando verdadeiro instrumento de tutela do meio ambiente.

No mais, percebe-se o Direito vai criando, nas diversas esferas de atuação, normas e determinações para proteger o patrimônio cultural de seu povo, não sem dificuldades e disputas, mas com razoável efetividade, razão pela qual não raras são as decisões administrativas que envolvem o tombamento ambiental e chegam ao crivo do Poder Judiciário para que seja efetivado o controle judicial, o qual é baseado na unicidade de jurisdição e no modelo de ampla revisão dos atos da administração por este Poder, constituindo manifestações evidentes da influência do sistema da *common law* no ordenamento pátrio²²⁷.

A partir dessa conjuntura, têm-se como elementos de proveito no direito estrangeiro os mecanismos de controle da atividade administrativa pela via judicial, como o mandado de segurança e as *class actions* (ação popular e ação civil pública), bem como a legitimação ampla para o controle da administração pública nos *writs* constitucionais, sendo imperioso ressaltar que todo instituto utilizado pelo poder público ou pela coletividade na preservação dos bens ambientais configura um ‘instrumento de proteção ambiental’²²⁸.

225 <https://atlasescolar.ibge.gov.br/conceitos-gerais/o-que-e-cartografia>

226 FARIAS, Talden Queiroz. **O conceito de meio ambiente na ordem jurídica brasileira**. In: Justicia y medio ambiente / Álvaro A. Sánchez Bravo, Espanha: Punto Rojo, 2013, p. 59-74.

227 WALDRON, Jeremy. **The rule of law and the measure of property**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 430.

228 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 162.

No direito comparado norte-americano, Fiss²²⁹ aponta categoricamente uma série de fatos e casos naquele país, nos quais foram necessárias observações e seguimentos de instrumentalização de um processo coletivo, de cunho social, voltado a este propósito específico de o Juiz dar significado à Constituição. Nesse sentido, destacam-se alguns excertos de seu pensamento similar àquele definido por Grinover²³⁰ ao comentar sobre as *class actions*, na qual se busca tal efetividade para o processo de interesse social brasileiro. Assim, Fiss afirma que:

A função do juiz não é falar pela minoria ou aumentar sua expressividade, mas dotar os valores constitucionais de significado, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional. Essa atividade é estruturada por fatores institucionais e ideológicos que permitem e, talvez, forcem o juiz a ser objeto – não para expressar suas preferências ou crenças pessoais acerca do que é certo ou justo, ou as preferências populares, mas para o constante empenho na busca do verdadeiro significado dos valores constitucionais.

[...] Atribuímos, de forma ampla, função com bases em fundamentos processuais e, ao mesmo tempo, tal função confere forma aos processos. Outros podem procurar um significado verdadeiro para os valores constitucionais, mas para fazê-lo será necessário imitar – se possível – o processo do juiz.

[...] na minha concepção, as cortes existem para dar significado aos valores públicos, não para solucionar controvérsias. (...)

[...] A função da adjudicação nunca foi solucionar controvérsias entre indivíduos, mas dar significado a valores públicos. (...)

[...] É limitado, como sugeri inicialmente, pela vontade e habilidade do juiz para aderir a um processo que tipifica o Poder Judiciário e constitui a base da sua idoneidade especial – diálogo processual e independência²³¹.

Ademais, diante de tais visões, faz-se imperiosa a análise do autor Komesar²³², através da obra de Salles (1998), que propõe a valorização dos bens públicos sob três óticas distintas: mediante o mercado, a política e o Judiciário, apontando o funcionamento em determinados casos, quanto à eficiência de benefícios públicos, aduzindo que esta forma de organização selecionará, dentre uma série múltiplo-infinita de pontos pareto-eficientes, aqueles que produzem o máximo de bem-estar social.

O referido autor²³³ indica que as escolhas para atuação das instituições junto a determinados (e complexos) sistemas de tomadas de decisões para escolher a melhor instituição a ser aplicadora de certas políticas dotar-se-ão de extrema importância para o melhor resultado aos beneficiários de bens públicos, justamente porque decorrem da

229 FISS, Owen. **Um novo processo civil**. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

230 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ, 2006, p. 194.

231 FISS, Owen. **Um novo processo civil**, p. 36, 41, 46, 65, 74 e 87.

232 SALLES. Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 70-71.

233 *Ibidem*, p. 70-71.

capacidade dos administradores em escolher a alternativa que melhor satisfaz às necessidades e assegura os resultados desejados.

Em resumo, Komesar²³⁴ condiciona a eficiência de tomadas de decisões em benefício coletivo ao melhor aplicador das políticas e sistemas públicos, havendo ressalva de que algumas minorias necessitam de representação e efetivação de atitudes impostas por uma das citadas instituições, em detrimento de uma maioria que apoia outra vertente. Logo, há necessidade de enfrentar, também, a cultura, como um lócus de injustiças e conflitos, sobretudo quando relacionada a ideologias ou identidades nacionais.

Portanto, apoiando-se primordialmente na questão dos aspectos culturais envolvidos na proteção cultural e ambiental brasileira, depreende-se que se tratam de questões de preservação dos bens culturais como de suma importância à coletividade e de primazia representativa por instituições sérias (dentre elas, o Judiciário), capazes de implementar ações e políticas de cumprimento de determinados *mandamus* em prol da manutenção dos fatores culturais.

Dessa maneira, quando da análise judicial no que concerne aos bens culturais, é perceptível que o controle de justiça corretiva será aplicado após a avaliação do bem que será tombado ou não, com o objetivo de verificar se este possui valor cultural. O referido controle analisa a legalidade dos atos administrativos, cuja divergência reside no fato de que se deve focar em determinar a importância cultural do bem, ou apenas avaliar as características mencionadas pela Administração para demonstrar se tais motivos são existentes.

Destarte, pretende-se demonstrar nesta pesquisa que, mesmo sendo insipiente a temática no Direito Brasileiro, de maneira indireta, o princípio da herança cultural vem recebendo, de modo paulatino, consagração no entendimento jurisprudencial, em face da relevância constante na expressa manifestação constitucional acerca do reconhecimento do valor da cultura e do patrimônio cultural. Nesse norte de ideias, o STJ já se manifestou no seguinte sentido:

[...] a grave crise habitacional que continua a afetar o Brasil não será resolvida, nem seria inteligente que se resolvesse, com o aniquilamento do patrimônio histórico-cultural nacional. Ricos e pobres, cultos e analfabetos, somos todos sócios na titularidade do que sobrou de tangível e intangível da nossa arte e história como Nação²³⁵.

234 *Ibidem*, p. 70-71.

235 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 808.708/RJ**. Administrativo. Jardim Botânico do Rio de Janeiro. Bem Público. Decreto-lei nº 8.760/1946. Patrimônio histórico e artístico nacional. Bem tombado. Artigos 11 e 17 do Decreto-lei nº 25/1937. Ocupação por particulares. Construção. Benfeitorias.

Pois bem, ao editar ato de tombamento visando à proteção do patrimônio cultural brasileiro, cabe ao Poder Público aferir e atestar, previamente à sua edição, o “[...] relevante valor cultural” do bem a ser preservado (art. 216, CRFB/1988 e art. 1º do Decreto-Lei nº 25/1937²³⁶). Nesse contexto, resta evidente a presença de conceito jurídico indeterminado nos comandos normativos legitimadores do ato. Sobre a matéria, a doutrina administrativa, a exemplo de Krell²³⁷ e Medauar²³⁸, tem se debruçado há muito tempo – sem consenso –, com o escopo de determinar se esse tipo de estrutura normativa confere (ou não) discricionariedade ao agir do administrador²³⁹.

Nesse diapasão, surge uma corrente, a exemplo de Mello e Freitas²⁴⁰, que, apesar de afastar a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo, confere ao Poder Judiciário a prerrogativa não apenas de analisar os aspectos legais envolvidos nos procedimentos adotados pela Administração Pública, mas também a juridicidade desses atos, sendo entendida tal interferência como a busca pela adequação da atividade pública aos princípios norteadores do Direito.

Diante da divergência, surge o questionamento observado na presente pesquisa que, dentre outros aspectos, investiga o controle jurisdicional sobre a definição do ‘relevante valor cultural’²⁴¹ do bem tombado proferida pela autoridade administrativa para a edição do ato de tombamento, bem como analisa a efetividade dessas decisões judiciais, no sentido de não somente revisar a decisão administrativa, mas também substituí-la por uma decisão própria visando à proteção do patrimônio cultural.

Indenização. Impossibilidade direito de retenção. Descabimento. Arts. 100, 102, 1.196 e 1.255 do Código Civil brasileiro [...]. Relator: Ministro Herman Benjamin, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19107718/recurso-especial-resp-808708-rj-2006-0006072-8-stj/relatorio-e-voto-19107720>. Acesso em: 20 ago. 2020.

236 BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

237 KRELL, Andreas J. **Discricionariedade e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 18.

238 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 191.

239 TRINDADE, Carmélia Carreira. **A proteção do meio ambiente cultural**. O tombamento da propriedade privada na cidade de Belém- Pará. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade da Amazônia, Amazonas, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp104423.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.

240 FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais. **Revista NEJ**. Governador Valadares, v. 18, n. 3, p. 416- 434, set./dez. 2013. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5131/2691>. Acesso: 10 out. 2020.

241 BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

Ante as considerações anteriores, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: as decisões judiciais quanto à temática do tombamento nos Estados brasileiros, no plano jurídico, representam instrumento efetivo de preservação do meio ambiente cultural?

Trabalhando sobre a hipótese de apontamento de deficiências na prestação efetiva dos deveres dos órgãos públicos em qualquer das três esferas (Legislativa, Executiva e Judicial), percebe-se que a execução dos mandamentos legais estipulados no ordenamento jurídico brasileiro, referentes especialmente aos bens culturais e/ou ambientais, encontram-se como alvo de omissões quanto à prevenção, promoção e defesa da manutenção daquilo estatuído em lei e determinado para proteção do patrimônio cultural.

Na hipótese de eventual falha da prestação de proteção via Executivo ou Legislativo, como órgãos públicos competentes pelo controle sobre inventários, registros, vigilância, tombamentos e desapropriação e enfim, por quaisquer dos demais meios inominados de acautelamento e preservação dos bens que concretizam os valores culturais em âmbito nacional, analisa-se justamente a possibilidade e limites de intervenção do Poder Judiciário diante dos referidos órgãos para fazer valer este direito ou estas determinações constitucionais e infraconstitucionais, que asseguram a todos o direito ao patrimônio cultural especificamente e ao patrimônio ambiental de forma geral, englobando e reforçando o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Parte-se da hipótese de que as decisões judiciais, quanto ao tombamento ambiental, são de relativa efetividade enquanto instrumento de preservação do meio ambiente cultural. Busca-se, portanto, a proteção ambiental devida, em virtude da insuficiência dos diplomas normativos e das falhas de gestão por parte dos órgãos ambientais responsáveis pela preservação do meio ambiente. Assim, diante de tal hipótese, há necessidade de se aparelhar, utilizando instrumentos que a própria Constituição Federal disponibiliza para efetivação e concretização de importantes direitos de gozo e fruição do patrimônio cultural, que reflete a identidade e tradição advinda do povo.

4.1 PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA E DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

As promessas introduzidas no Texto Maior são largas, abrangentes e compreendem a essência de um Estado de Bem-estar Social (*Welfare State*)²⁴², que traria para uma maior quantidade de pessoas direitos e elementos essenciais para uma vida digna. Contudo, quando confrontada com a realidade concreta, percebe-se que se finaliza o século XX sem que os direitos sociais alcancem a população e, com isso, o acesso ao poder judiciário para exigir a concretização individual dos direitos se tornou prática recorrente.

Nesse momento, mister se faz a investigação do princípio da deferência, que, no entender de Moreira²⁴³, é aplicado quando (...) decisões proferidas por autoridades detentoras de competência específica – sobretudo de ordem técnica – precisam ser respeitadas pelos demais órgãos e entidades estatais (em especial o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Cortes de Contas).

Por seu turno, Araújo²⁴⁴ infere que o Judiciário não pode substituir a discricionariedade dos órgãos e entidades do Poder Público para, em casos particulares, afastar a normatividade editada por tais órgãos, defendendo um autocontrole do ativismo judicial, visando à contenção de abuso de poder e especialização funcional. Desse modo, ao compulsar o princípio da deferência, assevera que:

Um juiz que se debruce sobre um ato específico de uma agência reguladora pode não ter o conhecimento pleno das razões que a levaram a editar a referida norma técnica. Numa rápida leitura, algumas regras das agências podem, até mesmo, ser interpretadas como ofensivas a princípios constitucionais. Contudo, uma vez que se tornem conhecidos os detalhes técnicos que justificaram a sua edição, pode-se até concluir o contrário, isto é, que, na realidade, nada havia de errado no seu conteúdo. Essa constatação reforça, por exemplo, a inadequação da vulgarização do uso de princípios para o controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras. Princípios como os da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da proporcionalidade, da razoabilidade e da autonomia da vontade são fundamentais em um Estado de Direito, mas a sua utilização de forma genérica e dissociada da matéria específica regulada pode ensejar resultados desastrosos.

242 O Estado do Bem-estar também é conhecido por sua denominação em inglês, *Welfare State*. Os termos servem basicamente para designar o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos.

243 MOREIRA, Egon B. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. **Direito do Estado**, nº 168, [(s/p)], 2016 Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egonbockmann-moreira/crescimento-economico-disc>. Acesso em: 10 mar. 2021.

244 ARAÚJO, Valter Shuenquener. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20 n. 120, p. 64-91, fev./maio 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e120-1659>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Nesse liame de compreensão, Eduardo Fortunado Bim, procurador federal do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, em São Paulo, em artigo intitulado ‘Divergências científicas e metodológicas e no Direito Público e no Ambiental²⁴⁵’, reflete sobre casos judiciais em que empresas se opunham à regulamentação editada por agências reguladoras e trata da autocontenção judicial na análise de questões sobre as quais existem divergências científicas.

Segundo o autor (2012)²⁴⁶, estado de coisas no âmbito do direito norte-americano vem sendo observado em termos de decidibilidade judicial envolvendo questões sobre as quais pende divergências científicas: "Uma teoria que evita a utilização abusiva do Judiciário é a da *judicial deference* ou *Chevron doctrine*". A Suprema Corte estadunidense, em *Chevron v. NRDC* (*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc* - 1983), entendeu que a Administração Pública detém primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigidas, somente podendo intervir o Judiciário em casos teratológicos e, apesar de os tribunais estarem fazendo diversas escolhas técnicas, isso não significa que tais medidas sejam as mais acertadas ou incontestáveis, mas, provavelmente, apenas razoáveis:

A discussão técnica sempre estará aberta, sendo um *moto perpetuo* científico de contestação. Entretanto, reconhecer esse *moto perpetuo* científico não autoriza a ingerência judicial nessa matéria, antes a desaconselha, a não ser em casos flagrantemente desarrazoados, uma vez que essa cautela "não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo" (REsp 1.171.688). Frise-se que essa autocontenção judicial engloba as opiniões dos auxiliares do juízo. Não faria sentido deixar nas mãos do perito a escolha da teoria/metodologia científica mais correta e vedá-la ao julgador²⁴⁷.

No âmbito da tutela dos bens culturais, inicialmente, não há de se pensar diferente, uma vez que as decisões sobre tombamento são de responsabilidade da administração pública, por meio de seus órgãos técnicos, tais como o Conselho Consultivo, que visa proteger o relevante valor cultural do patrimônio, devendo todo o processo ser conduzido de forma a

245 BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas e no Direito Público e no Ambiental. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 193, p. 125-139, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496561>. Acesso em: 10 mar. 2021.

246 BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no Direito ambiental e autocontenção judicial. **Direito Público**, v. 9, n. 46, p. 9-38, jul./ago.2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496561>. Acesso em: 10 mar. 2021.

247 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.171.688/DF**. Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência. Violação do art. 267, § 3º do CPC. Inocorrência. Prestação de serviço público. Telecomunicações. Interconexão. Valor de uso de rede móvel [...]. Relator: Ministro mauro Campbell Marques, 23 de junho de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14604526/recurso-especial-resp-1171688-df-2009-0242534-7/inteiro-teor-14604527>. Acesso em: 20 mar. 2021.

priorizar aspectos técnicos comprovados, que possam ser utilizados como substrato da decisão alcançada.

Contudo, apesar de se estar em momento social e econômico em que as decisões judiciais deveriam considerar a aplicação do princípio da deferência, que se expõe no acórdão proferido pelo Ministro Campbell²⁴⁸, do STJ, o Poder Judiciário deve ter cautela sempre que estiver à frente da responsabilidade de decidir casos que envolvam aspectos técnicos multidisciplinares, no caso do tombamento, cabendo ao poder público atestar e auferir previamente o ‘relevante valor cultural’ do bem a ser preservado.

Paralelo ao que já fora exposto, ressalta-se a metáfora do romance em cadeia, afinal, observa Dworkin²⁴⁹ a necessidade de uma coerência entre uma decisão e outra, na qual o intérprete, ao escrever um novo capítulo do ‘romance’, estaria obrigado a seguir uma linha lógica e coerente, no sentido de que não poderia contradizer o que já fora dito e, ainda, desenvolver as novas teorias com base em uma história construída passo a passo durante todos os anos. É dizer, portanto, que há limitações, não podendo haver modificações arbitrárias e deslocadas do que fora posto, inclusive por conta de influências da mídia e preconceitos. Nesse viés, destaca-se:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

Sob esse liame de compreensão, quando se analisa uma decisão discricionária, é preciso ter em mente que deve ser prestigiada uma escolha superior a todas as outras disponíveis, uma vez que não existe uma solução única, o que deve ser evitado é uma sucessão de controles extraordinários que geram intensas dificuldades em implementar soluções cabíveis e inseguranças jurídicas.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

É entedimento pacífico que o tombamento é um ato discricionário, sendo faculdade do poder público escolher a solução que melhor satisfaça ao interesse público em questão. Contudo, existem limites nessa discricionariedade, na medida em que possibilita definir a extensão do controle a ser realizado pelo Judiciário, compreendendo um fenômeno decorrente de uma ideia associativa a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujos conteúdos material e exilógico se irradiam, com força normativa, por todo o sistema jurídico²⁵⁰.

Nesse sentido, em decisão do STF, o Ministro Luiz Fux, relator em um voto sobre extradição, ao tratar do controle dos conceitos indeterminados, filiou-se à teoria da vinculação dos atos administrativos²⁵¹ a diferentes graus de juridicidade, consignando entendimento de que a utilização dos referidos conceitos seria hipótese intermediária de ato vinculado, proferindo argumentos que se enquadram no controle judicial das decisões sobre tombamento, *in verbis*:

Esses diferentes graus de vinculação ao ordenamento se pautam por uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, a saber: (i) atos vinculados por regras; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) atos vinculados diretamente por princípios²⁵².

Nesse cenário, identifica-se uma expansão das hipóteses de controle do mérito do ato administrativo, por meio do uso de termos jurídicos dotados de considerável abertura semântica, com o conseqüente fortalecimento do Poder Judiciário, acompanhado da redução da discricionariedade do gestor. Assim, para Pelisser²⁵³, no que tange ao argumento do Ministro Fux,

Interpreta-se, a partir desse precedente, uma tendência a abrandar o entendimento externado pelo Ministro Eros Grau pela sindicabilidade total dos conceitos jurídicos indeterminados, auferidos por simples atividade interpretativa. A tese utilizada pelo Ministro Luiz Fux enquadra os conceitos abertos em uma zona intermediária de vinculação à norma, em consonância com a doutrina dominante.

Dessa forma, de acordo com Binenbojm²⁵⁴ - autor que serviu como base para a

250 BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 379.

251 A vinculação existirá quando uma lei, ao regular determinada situação, antecipar (ou estabelecer) de maneira rigorosamente objetiva os requisitos necessários para a edição de um ato administrativo perfeito. Assim, sempre que a situação hipotética regulada pela lei ocorrer, a Administração Pública (ou quem lhe faça as vezes) deverá atuar concretamente, através de um ato administrativo que será vinculado (MELLO, Celso Antônio B, de. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 885).

252 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Renovar. São Paulo. 2006, p. 223.

253 PILESSER, Fernanda Caroline. **Revista CEJ**, Brasília, ano 21, nº 73, p. 7-19, set./dez. 2017.

254 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** [...], p. 223.

fundamentação do voto do Ministro em comento -, o controle judicial seria possível em relação às zonas de certeza positiva e negativa do conceito. No entanto, quando a atuação administrativa se pautar na zona de penumbra de um conceito jurídico indeterminado, devem os tribunais atuar com autocontenção (*judicial self restraint and autocontenção*²⁵⁵), pois seria a Administração a detentora do conhecimento especializado para atribuir significado ao conceito indeterminado na casuística.

Assim, entende-se que, em matérias técnicas e nas quais houve um eficiente debate em consultas e audiências públicas, o Judiciário deve buscar preservar a decisão técnica, desde que razoável. Restando evidenciado, também, o viés político das decisões de caráter normativo proferidas pelos órgãos regulamentares, a participação da população no seu processo decisório, bem como o aparato técnico do qual elas se valem para editar tais regras regulamentares, devem ser entendidos como fatores que corroboram para a legitimidade democrática desses atos e, ao mesmo tempo, justificam a abstenção por parte do Poder Judiciário, no sentido de permitir prevalecer as ditas regras regulamentares. Logo, o Judiciário não pode substituir a interpretação razoável pela sua, porque também seja plausível. Trata-se do Princípio da Deferência do Poder Judiciário para com as decisões administrativas²⁵⁶.

Contudo, é preciso que se entenda que a realidade é múltipla, plural e dinâmica, composta de indivíduos e grupos de indivíduos titulares de direitos e interesses contrapostos. As circunstâncias reais, como vem pontuado por Bacelar²⁵⁷, apresentam-se repletas de variáveis diante do administrador público. Essa heterogeneidade factual pode apresentar conflitos de diversos graus; inclusive, situações de oposição de dois direitos fundamentais, como aqui já debatido, compelindo a autoridade a optar por um deles.

Por fim, parece que a intensidade do controle deve se dar a partir da análise do caso concreto, sempre em consonância com a ordem jurídica vigente, destacando-se que a aplicação do princípio da deferência é entendido, aqui, como a melhor técnica que harmoniza o princípio da separação dos poderes com a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, consolidando a divisão da atuação de cada Poder proposta pela Constituição.

255 A teoria da autocontenção (*self restraint*) consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas, refutando a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política

256 O Judiciário não pode substituir a interpretação razoável de um órgão regulador pela sua, por que também seja plausível.

257 BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos, p. 62.

4.2 RACIONABILIDADE AMBIENTAL NOS PROFERIMENTOS JUDICIAIS QUANTO À TEMÁTICA PATRIMÔNIO CULTURAL

A racionalidade ambiental tratada nesta subseção, aqui entendida como a atuação positiva do Poder Judiciário, está normatizada no texto constitucional sob o seguinte enfoque: qualquer ação do poder público deve ter como objetivo manter o equilíbrio ecológico, considerando o patrimônio público de uso coletivo e não pode ser pensando de forma diferente quando essas demandas chegam ao Judiciário.

Atualmente, parece ser lugar comum defender a natureza jurídica de interesses públicos do meio ambiente, sobrepondo-os aos interesses privados, cabendo ao Poder Judiciário papel destacado e cada vez mais atuante nessa defesa, viabilizando o cumprimento do direito-dever solidário que aduz ao poder público e à sociedade na tarefa de proteger os bens pertencentes ao patrimônio cultural, como ensina Benjamin:

Num passado até bem próximo, era o próprio Poder Judiciário – e a jurisprudência está aí para comprovar – o primeiro a encorajar o indivíduo a usar sua propriedade de forma mais desinibida (melhor dizendo, irresponsável), independente dos custos ambientais que tal atividade pudesse ter sobre toda comunidade²⁵⁸.

Com efeito, para que os deliberantes da norma ambiental levassem em conta os interesses públicos deveria haver uma espécie de introjeção de uma “[...] ideologia de interesses difusos, um novo sistema de organização política”, que resultaria em uma mudança de tratamento do bem ambiental em, pelo menos, três frentes encadeadas: (I) modificaria as estruturas de poder; (II) devolveria a “[...] participação e o controle social na tomada de decisões”; e (III) faria com que se implantasse sistemas de comunicação e negociação com a sociedade civil²⁵⁹.

Nesse desiderato, a interpretação de um fato, ou porque não dizer de uma demanda judicial levada ao Judiciário, sob o enfoque do patrimônio cultural, não deve ser tratada de forma tão particular, nem pode estar limitada a interesses momentâneos: deve ser transcendente ao indivíduo. Habermas traz a posição de Pierce, segundo o qual o consenso deve ser construído a partir de condições ideais, de forma que o real não pode estar preso aos caprichos individuais; deve envolver “[...] a noção de uma comunidade, sem limites definidos, e ser capaz de aumentar o conhecimento”. Para Pierce, ainda, verdadeiro é aquilo que é válido diante de um auditório de intérpretes “[...] alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico²⁶⁰”.

258 BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental., p. 7.

259 PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro. Parâmetros Ideológicos da Gestão dos Interesses Difusos Alicados ao Gerenciamento Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 2, v. 6, p. 75, abr./jun. 1997.

260 HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 32-33. A obra de Pierce trabalhada por Habermas nesse

A proteção jurídica ambiental deve permitir o acesso comum e solidário de todos os cidadãos a um ambiente sadio e equilibrado como bem de uso comum do povo (art. 22, CRFB/1988²⁶¹). Assim, o bem ambiental deve ter administração, uso e gestão compartilhados e solidários com toda a comunidade, inspirados num perfil de democracia ambiental²⁶², devendo pertencer à coletividade e não integrar o patrimônio disponível do Estado, impedindo o uso irracional e autoritário do patrimônio ambiental pelo poder público e pelo particular.

Ressalta-se, que, ao defender a supremacia do interesse público sobre o privado, não se está concedendo ao poder público o direito de ingerência sobre o meio ambiente. Como já mencionado, a ideia é conferir à proteção ambiental uma natureza supraindividual. Nesse viés, ao ocorrer a deliberação ambiental, não apenas os interesses privados devem ser mitigados, mas também os interesses dos Estados.

Sen afirma que “[...] a política do consenso social requer não apenas a ação com base em preferências individuais *dadas*, mas também a sensibilidade das decisões sociais para o *desenvolvimento* de preferências e normas individuais”²⁶³. Na esfera ambiental, isso pressupõe, por exemplo, retirar de foco as preferências individuais dadas, como os interesses econômicos e privados, e colocar o desenvolvimento de novas preferências, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Se há disposição de ir “[...] além de nosso bem-estar ou auto-interesse amplamente definidos, podemos estar dispostos a fazer sacrifícios para promover outros valores, como justiça social, nacionalismo ou bem-estar da comunidade”, o que pode incluir a preservação do patrimônio cultural ambiental. Para isso, é necessário “[...] ir além da escolha imediata de objetivos isolados, chegando à durabilidade de objetivos devido a sua eficácia e sobrevivência”²⁶⁴.

Dessa forma, pressupõe-se que as disposições judiciais podem se ater à racionalidade comunicativa de Habermas, que exige a capacidade de os participantes anuírem sobre algo sem coações e de gerar consensos. Para isso, os participantes devem superar a “[...] subjetividade inicial de seus

trecho do livro citado é *Collected Papers*, v. 5. Habermas alerta, porém, que Pierce tinha em mente a prática de argumentação de uma República de eruditos, mas sua teoria deve ser aplicada à comunicação do dia-a-dia, pois esta tem a mesma estrutura e pressupostos daquela. Em ambos os aspectos, “[...] os participantes entendem entre si sobre algo do mundo, ao pertencerem a validade de suas expressões” (*Ibidem*, p. 34).

261 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

262 Isso deve levar à mitigação dos interesses de mercado, pois “[...] uma das implicações do pensamento econômico moderno é que muitas leis são designadas a servir a interesses privados ao invés de interesses públicos” (MILARÉ, Édis. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55).

263 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 288.

264 *Ibidem*, p. 306-309.

respectivos pontos de vista²⁶⁵”. Assim, os bens culturais são bens de fruição coletiva que “[...] não resulta em nenhuma prerrogativa privada, mas apenas na fruição em comum e solidária do mesmo ambiente com todos os seus bens”.

Insta afirmar, ainda, que existe uma “[...] ordem pública ambiental” que presume: “[...] sempre que houver dúvidas sobre a norma a ser aplicada a um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade – a dizer, *in dubio, pro ambiente*”. Para tanto, é necessária a criação de decisões judiciais nas quais se desenvolva a autorreflexão dos cidadãos com o “[...] restabelecimento do diálogo entre interesses específicos e os interesses coletivos”, afastando os paradigmas sociológicos tradicionais do público *versus* o privado. O indivíduo ético trabalhado por Kierkegaard tem como ponto de partida seu passado histórico para, no presente, traçar “[...] possibilidades de ações futuras²⁶⁶”.

Ademais, para Habermas, a racionalidade de um proferimento, aqui entendidas em decisões judiciais, exige que os participantes abram mão de seus interesses privados: “[...] não se deixando levar por suas paixões nem entregando-se a seus interesses imediatos, senão esforçando-se por julgar imparcialmente a questão desde um ponto de vista moral e por resolvê-la consensualmente²⁶⁷” ou, aplicando a este capítulo, um ponto de vista ambiental.

À luz desse entendimento, busca-se a observação dos casos concretos, nos quais o Poder Judiciário foi instado a se manifestar nesse sentido, com a análise das jurisprudências colacionadas; cumprindo destacar que o cenário ocupado pelo Direito não é plataforma de universalidades, porém, é palco onde se deve atuar com extrema coerência e racionalidade, principalmente, diante de conflitos extremos e de grande repercussão, devendo, de forma eficaz e direta, cumprir os mandamentos constitucionais, pautados nos preceitos de proteção e preservação e fundamentados no princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, esperança que persiste contra a cultura de destruição do patrimônio cultural.

4.3 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE TOMBAMENTO

A racionalidade dos pronunciamentos judiciais aqui analisados se atém em perquirir até que medida os Tribunais brasileiros estão autorizados a revisar o ato ou o processo de tombamento, sobrepondo-os por uma decisão própria em atenção à tutela do patrimônio cultural. Além da coleta e estudos de dados bibliográficos sobre o tema, foram analisados 12 (doze) casos decididos por Tribunais

265 HABERMAS, Jorgen. **Teoria de la accion comunicativa**. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo I. Buenos Aires: Taurus Humanidades, 1992, p. 27.

266 HABERMAS, Jorgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? K. Jannini e E. A. Sousa (Trads.). São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 9-10.

267 HABERMAS, Jorgen. **Teoria de la accion comunicativa**, p. 38.

de Justiça brasileiro, quais sejam: os Tribunais do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Santa Catarina. Ressalte-se que a escolha dessas cortes se deveu, primeiramente, ao fato de nesses Estados se encontrar quantidade expressiva de bens de relevante valor cultural, bem como apresentarem jurisdições que são, em sua maioria, seguidas de parâmetros para os demais Tribunais brasileiros.

Da análise dos dados colhidos, extrai-se a presença dos seguintes posicionamentos: o termo tombamento ambiental não toma forma de análise concreta, pairando a análise sobre o tombamento, defesa do patrimônio cultural, dentre outros. As análises referentes ao instituto tombamento (propriamente dito), quando analisadas nessas decisões judiciais, indicam uma tendência arcaica para discussões ligadas ao direito de propriedade em face do direito ou meio ambiente cultural preservado, ou seja, direito de propriedade *versus* patrimônio cultural preservado.

Nesse norte de ideias, há de se ressaltar que, mesmo com o advento da CRFB/88 e seus respectivos artigos protetores e promotores do meio ambiente natural e cultural (222, 215, e 216), ainda resta apoio principal às questões de ordem privada (direito de propriedade), em razão do ordenamento coletivo (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à preservação e promoção e do patrimônio cultural coletivo, por exemplo).

Racionalmente, há de se consignar que não é somente nessa direção que os Tribunais tratam as questões do exercício da tutela do patrimônio cultural pelo Judiciário e da determinação de medidas aos demais Poderes, conforme já mencionado em capítulos anteriores. Poderá ser observada determinada vertente tendente a permitir a intervenção do Judiciário, principalmente em face do Executivo, para implementar medidas de proteção ao patrimônio cultural, cujo limite dessas medidas seria justamente exigir dos demais Poderes aquilo que a lei os obriga fazer, ou seja, zelar pelo patrimônio cultural.

Dessa forma, em um balanço dos julgados analisados, percebe-se uma tendência para a adoção da corrente que apoia as intervenções do Judiciário para promover a proteção cultural, aceitando-se que não se trata de interferência entre Poderes da nação. Assim, quando se parte para análise material dos fatos, a maioria dos julgados mais recentes já implementam a doutrina mais moderna de atendimento das necessidades da coletividade com caráter de primordialidade e aspectos de direito fundamental constitucional para questões de defesa do patrimônio cultural através do tombamento.

Contudo, destrinchando ainda mais esses julgados, quando se discute a discricionariedade do ato de tombamento, observa-se que, em algumas oportunidades, foi aventada a possibilidade de anulação do tombamento feito pela Administração e, em outras, o que se pretendia era a efetivação do ato de tombamento pelo Judiciário, dada a omissão do Poder Executivo em promover o tombamento de bens considerados de relevante valor cultural pelos seus promoventes.

Nesse sentido, em análise aos dados obtidos, extrai-se a existência de posicionamentos completamente distintos dos Tribunais, a depender da circunstância de interferência requerida na atividade da Administração. Logo, quando instada a se manifestar sobre possibilidade de concretização do tombamento pela via judicial, dada a omissão da autoridade administrativa, as Cortes ainda são unânimes em afastar o pedido dos demandantes. Contudo, quando provocados para decretar a nulidade do ato produzido pela Administração, os Tribunais não reproduzem o mesmo entendimento.

Visando afastar a possibilidade da decretação do tombamento pela via judicial, os Tribunais consideraram ser o mencionado ato decorrente da competência da Administração imune de controle. Observa-se que essa posição é derivação lógica da aceitação sobre a existência de discricionariedade pela presença de conceito jurídico indeterminado, ou seja, quando há reconhecimento de que o comando legal, ao determinar a conduta abstrata, assim a fez deixando ao administrador a opção de avaliar tanto o relevante valor cultural do bem quanto o momento da edição do ato de tombamento. Esse foi o entendimento proferido nos casos 7, 8, 9, 10, 11 e 12 do anexo I.

No que diz respeito aos demais casos, nos quais se discutia a capacidade de anulação do tombamento anteriormente realizado pela Administração, os Tribunais se manifestaram expressamente sobre qual seria a natureza do ato. Dessa maneira, o entendimento que prevaleceu foi no sentido de que o tombamento é ato de natureza discricionária, cuja classificação foi utilizada apenas nos casos 7, 8 e 9 como fundamento para impossibilidade de análise da questão pelo Judiciário. Nas outras lides, o reconhecimento da presença de certa margem de discricionariedade do ato não foi capaz de afastar a análise promovida pelo Judiciário, especialmente no que tange à análise dos motivos apresentados pela Administração. Essa posição vai ao encontro do entendimento abarcado pelas teorias que pregam a redução ou até mesmo a eliminação da discricionariedade.

Em 6 ocasiões (casos 1 ao 6), contudo, a tese vencedora foi a de que o tombamento pertence ao campo da vinculação administrativa. Ressalta-se que esse último entendimento foi reproduzido nas decisões mais recentes dos Tribunais ora analisados, o que demonstra a vertente atual das Cortes em considerar que o tombamento não traduz hipótese de pura atuação discricionária do administrador. No mais, ressalta-se que, quando o Poder Judiciário foi provocado a dar suporte, pelos instrumentos processuais devidos, não se vislumbrou, na quase unanimidade da pesquisa, a impossibilidade jurídica do pedido ou falta de fundamento legal para tal. Os dados coletados confirmam que o que leva o julgador a não reconhecer, em alguns casos, a necessidade do provimento de certos bens de valor cultural se dá em razão da falta de comprovação da real necessidade de proteção do bem cultural.

Dessa maneira, percebe-se que o intuito do tombamento judicial carrega a intenção de efetivamente proteger um bem cultural que necessita dessa atuação em razão da omissão dos órgãos

públicos em promovê-lo, retirando-os da inércia que compromete a preservação do bem. Portanto, verifica-se que, de fato, por envolver situação de conflito de direitos, o tombamento merece ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, tendo em vista a aplicação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88.

Planilha (1)

ORDEM	NÚMERO DO PROCESSO	TRIBUNAL DE ORIGEM	DATA DO JULGAMENTO
1)	EI 70023476856	TJRS	2008
2)	AI 70065478927	TJRS	2015
3)	EI 70054377232	TJRS	2013
4)	AI 700754416391	TJRS	2013
5)	AC: 10630 SC 1997.001063-0	TJSC	1999
6)	AC 10210170045376/001	TJMG	2021
7)	AC 10481120132206/001	TJMG	2017
8)	AC 10567100088275002	TJMG	2018
9)	AC 1.0481.12.013220-6/001	TJMG	2017
10)	AC 1.0024.12.046612-3/002	TJMG	2016
11)	AC 1.0481.09.093907/001	TJMG	2017
12)	AC 0012095-57.2013.8.24.0036	TJSC	2013

4.5 PATRIMÔNIO CULTURAL NA JURISPRUDÊNCIA: CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS, RESULTADOS DA PRESENTE PESQUISA EM APLICATIVO ESTATÍSTICO: IRAMUTEQ²⁶⁸

A proposta desta sessão constitui-se em explorar um software informático planejado para análises textuais extensas e acuradas: o Software Iramuteq. A partir da experiência realizada no acervo jurisprudencial acima colhido, intuímos fornecer mais detalhes dos dados resultantes das decisões jurídicas colhidas, uma vez que foram analisadas conjuntamente, a fim de identificar peculiaridades, similaridades, convergências e divergências entre as linguagens, expressões comuns e diferenciadas, entre outras características que se fizeram relevantes de observações e apontamentos.

²⁶⁸ Software de análise de dados.

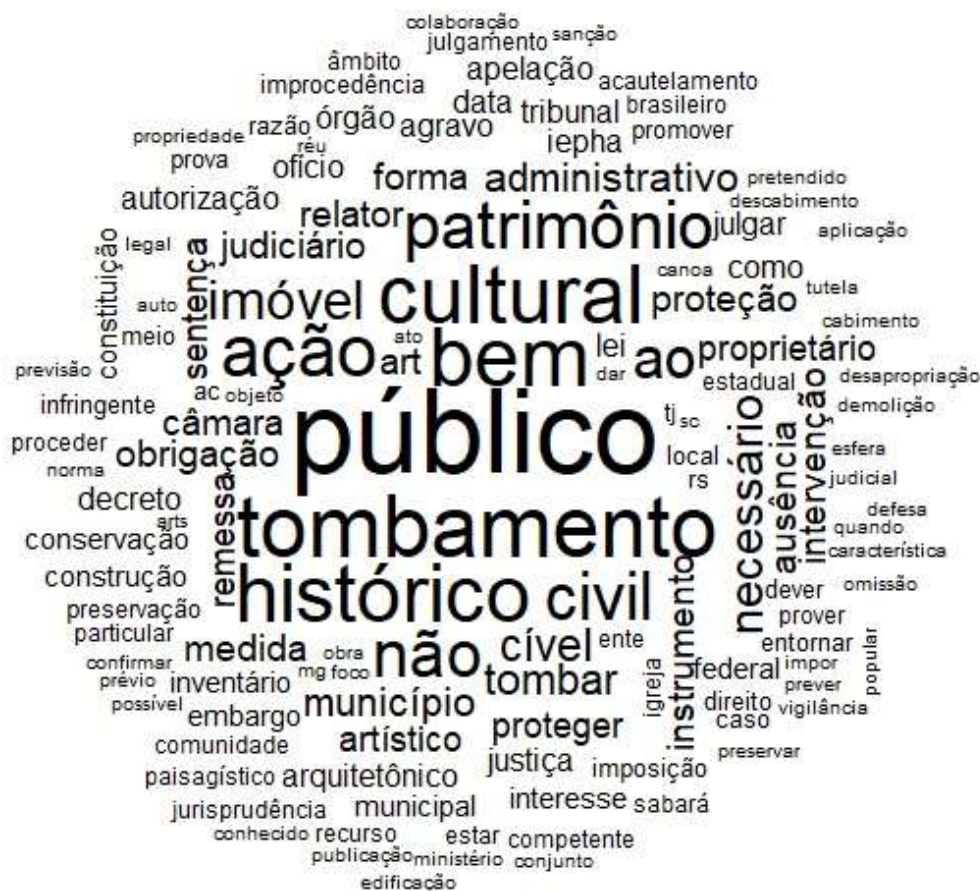
Vale ressaltar, que, por mais que não seja objeto da pesquisa a questão da linguagem em si, faz-se necessário uma pequena observação quanto a essa temática, no que tange as decisões judiciais colhidas. Nesse sentido, percebe-se que a palavra isolada, por si só, não produz significação. A linguagem não é mero instrumento de comunicação ou expressão do pensamento individual, mas sim uma faculdade constituidora dos sujeitos sociais, significando dizer, com isso, que a linguagem é que estrutura a própria consciência social ou individual. Nessa perspectiva, o sentido linguístico de uma palavra não é um produto final previsível, independente de um contexto, mas sim um processo constante que envolve a relação homem x linguagem x temática, na qual cada um desses elementos possui papéis relevantes²⁶⁹.

Quanto à análise de conteúdo, segundo Bardin²⁷⁰ tem por base três momentos: a pré-análise, fase que se organiza sistematicamente o material que será analisado por meio de leitura flutuante dos documentos e a escolha do que será efetivamente analisado. Em seguida, vem a etapa de exploração do material, momento em que é realizada uma classificação temática e se escolhe as unidades de codificação a serem utilizadas, realiza-se a codificação e a categorização – a categorização dos dados desta dissertação, também tiveram como base os preceitos de tombamento e de controle judicial. O terceiro momento consiste no tratamento dos dados, onde é possível a interpretação dos elementos identificados, assim como a inferência dos dados, para que dados brutos se transformem em elementos significativos para a pesquisa.

A figura abaixo, conhecida como nuvem de palavras, representa de forma gráfica a organização e agrupamento das palavras-chaves presentes na compilação das ementas dos julgados colacionados, sem tratamento de dados. Trata-se de uma análise lexical simples, cuja estrutura da figura é criada em função da quantidade numérica de ocorrências que cada palavra tem no resultado da análise efetuada pelo software, após o processamento automático dos dados. Quanto maior e mais centralizada estiver a palavra na nuvem, maior é o grau de evocação pelos sujeitos. Ao passo que quanto mais afastada e menor seu tamanho, menor é seu grau de utilização. Desta forma, ocorreu o processamento dos dados e as informações geradas serão analisadas e interpretadas no tópico seguinte

269 FIORIN, José Luiz (org.) Introdução à Lingüística. Vol. 1 Objetos Teóricos. São Paulo: Contexto, 2002.

270 BARDIN, L. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2004.



Com base nas informações fornecidas pela figura, e, de acordo com a descrição feita no parágrafo anterior, verificam-se que as ementas dos julgados selecionados têm na palavra ‘público’ a sua centralidade representacional, em termos numéricos, ainda que não venham a ser o núcleo da representação. Esse resultado de ocorrências da palavra público pode ser explicado pelo fato de que, em boa parte dos processos relacionados, o julgador foi chamado a discorrer sobre aspectos relacionados a qualidade dos bens patrimoniais a serem objeto do tombamento.

Assim, a nuvem expressa pela figura se trata de uma síntese gráfica da estratégia discursiva com a qual os Tribunais respondem questões referentes aos processuais judiciais que envolvem os processos de tombamentos de bens de relevantes valores culturais. Dessa forma, os discursos judiciais permitem inferir a necessidade de se reforçar a noção de bem público do patrimônio cultural, ou seja, a de pertencimento a toda sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define o patrimônio cultural com base na noção de referência cultural, associando à identidade, nação e memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira. Assim, os bens culturais, materiais e imateriais, são valorados a partir de sua referenciabilidade, que é o elemento de conexão entre o grupo social ou a comunidade e o bem cultural correspondente. Essa valoração, contudo, apenas faz sentido se realizada pela própria comunidade ou, pelo menos, considerando os valores pertencentes a ela.

A valorização do patrimônio cultural realizada pela comunidade a torna intérprete da sua própria cultura e a conduz a um papel de protagonismo na proteção dos bens culturais, especialmente, no que se refere às escolhas dos bens que serão juridicamente protegidos pelo tombamento. Essa mudança de pensamento amplia as possibilidades de realizar o tombamento dos mais variados bens culturais pertencentes aos mais diversos grupos formadores da sociedade brasileira, num movimento rumo à democracia cultural. Logo, é necessário romper o monopólio dos intelectuais e dos *experts* na seleção dos bens culturais a serem protegidos pelo tombamento.

Tal ruptura, a bem da verdade, é feita pelo Texto Maior, quando confere autonomia ao campo cultural, em especial ao patrimônio cultural, ao compartilhar entre o poder público e a comunidade a decisão coletiva acerca da seleção, promoção e proteção desses bens. A sociedade, contudo, não atua sozinha, pois colabora com o poder público. Com efeito, a expressão ‘poder público’, no entanto, é abrangente, e, em seu sentido mais amplo, engloba todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Município) e os três Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), ou qualquer outro órgão ou instituição pública ligados a quaisquer destes.

Entretanto, como se trata de uma atividade eminentemente administrativa e que impõe a participação da sociedade, deve ser exercida pelo poder Executivo, cabendo aos outros poderes da República proteger o patrimônio cultural conforme suas funções típicas, editando normas gerais e aplicando a jurisdição, mas não suprimindo o protagonismo da sociedade com a edição de leis de efeitos concretos ou decisões judiciais declaratórias do valor cultural do bem.

Nesse sentido, é preciso ressaltar que a competência do Executivo, para condução dos processos administrativos de tombamento dos bens de valor cultural, ainda não é

suficiente para denominá-lo como ente da federação competente, pois a Constituição a coloca no rol daquelas que são atribuídas de forma comum e, portanto, exercível por todos eles ou quaisquer deles. No entanto, o que em um primeiro momento pode significar maior proteção ao patrimônio cultural, pois é dever de todos zelar pela sua preservação, na prática, gera uma sobreposição de atribuições e uma zona conflituosa que coloca em risco a própria salvaguarda dos bens culturais.

Assim, a presente dissertação propôs lidar com a distribuição de competências entre os poderes da República, no caso, quanto ao Judiciário na proteção do patrimônio cultural com a implementação do princípio da deferência e da racionalidade dos pronunciamentos judiciais. Dessa forma, a elucidação principal em termos judiciais é aferir os limites de uma atuação judicial quando instado a se posicionar a respeito da proteção do patrimônio cultural por meio de uma ação judicial com o propósito de tombamento.

Para tanto, encontram-se no presente trabalho fundamentos para se fazer valer uma atuação do Judiciário, sem intervenções nas áreas do Executivo e Legislativo capazes de suscitar desrespeito aos preceitos e divisões da harmonia e independência dos Poderes da nação, exposto no artigo 2º da Carta Magna. Nesse diapasão, tendo em vista a situação apresentada, a pesquisa propõe o levantamento de garantias constitucionais resultando num grande arcabouço que abriga dispositivos específicos de proteção do patrimônio cultural, dentre eles, o de maior destaque apresentado no trabalho, qual seja, o tombamento.

A pesquisa revisa toda estrutura do tombamento, instrumento inicialmente tido como exclusivo de utilização do Poder Executivo, fazendo parte da aplicação discricionária da Administração Pública, no que diz respeito a decidir sobre a relevância de bens culturais serem protegidos, lançando mão do recurso do tombamento propriamente dito.

Acredita-se que, por envolver questão de conflitos de direitos, o tombamento merece ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, mormente a aplicação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do *in dubio, pro ambiente*, viabilizando o cumprimento do direito-dever solidário que assiste ao poder público e à sociedade na tarefa de proteger os bens pertencentes ao patrimônio cultural.

Entretanto, e de igual modo, entende-se que o sobredito controle não poderá ser aplicado de forma plena, devendo-se limitar à análise jurídica envolvida no caso concreto. Isso porque a presença de um conceito jurídico indeterminado sobre o ‘relevante valor cultural’, torna necessária a edição do ato de tombamento e introduz hipótese de atuação discricionária do administrador, estabelecida nos ditames da apreciação judicial.

Por outro lado, os argumentos utilizados e as fundamentações jurídicas coletadas na jurisprudência e doutrina apontam para a possibilidade de o Poder Judiciário agir com o intuito de declarar a relevância do bem cultural e sua devida proteção diante da omissão do Poder Público, como uma espécie de garantia extra, visando à proteção e salvaguarda dos bens culturais.

Nesse sentido, conclui-se que o problema da dissertação é respondido não só pela suposição de ideias, mas pela confirmação de que, em casos concretos nos quais o Poder Judiciário é chamado a oferecer suporte, provocados pelos instrumentos processuais devidos, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido ou falta de fundamento legal para tal. Os dados coletados conformam que o julgador não reconhece, em alguns casos, a necessidade do provimento a certos bens de valor cultural, em razão da falta de comprovação da real necessidade disso.

Dessa maneira, os limites do tombamento analisados pelo Judiciário ocorrem em âmbito processual e probatório da real necessidade e anseio da coletividade que o exige e não, somente, a respeito da interpretação literal da expressão utilizada, compreendendo que a lacuna legislativa de previsão expressa de tal instrumento não o fez inexistente no mundo jurídico. Isto é a real intenção e sentido de provimento jurídico: fazer valer o direito material através do processo judicial.

A própria *Lex Mater* estimula a interpretação hermenêutica de previsões legais para todo tipo de instrumento de proteção de bens culturais, ao prever as ‘demais formas de acautelamento do patrimônio cultural’, em seu artigo 216, parágrafo 2º. Dessa forma, o Poder Judiciário tem, não só competência, possibilidade e limite para utilizar a proteção do patrimônio cultural através do tombamento, mas, fundamentalmente, o dever de assim atuar para fazer cumprir sua participação social como órgão do Poder Público incumbido de tais obrigações.

Isto posto, insta consignar que o patrimônio cultural é matéria instigante a ser protegida amplamente, possibilitando à coletividade toda sua aplicação, porém sem atender, jamais, às perspectivas que essa coletividade remete e escolhe, cabendo ao Judiciário atuar de forma mais racional e razoável, visando à promoção cultural do país.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental?** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Guido Antônio de Almeida (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1985.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Tomo II. Boaventura Pellesé Prats (Trad.). 3. ed. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. **I bene culturale e ambientali**. Milano: Giuffrè, 1978.

ALVAREZ, José Luiz Alvarez. **Estudios sobre el patrimonio histórico español**. Madri: Civitas, 1989.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20 n. 120, p. 64-91, fev./maio 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e120-1659>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BACELAR, Manuela Queiroz. **Tombamento**. Afetos Construídos. Fortaleza: IBDCult, 2016.

BAHIA, Carolina Medeiros. A farra do boi à luz do princípio da proporcionalidade. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004.

BALLART, Joseph; TRESSERRAS, Jordi Juan i. **Gestión del patrimonio cultural**. 2. ed. Barcelona: Ariel, Ariel, 2005.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas e no Direito Público e no Ambiental. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 193, p. 125-139, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496561>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no Direito ambiental e autocontenção judicial. **Direito Público**, v. 9, n. 46, p. 9-38, jul./ago.2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496561>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Renovar. São Paulo, 2006.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Desidério Murcho (Trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977.** Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6513.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961.** Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. Brasília, DF: Presidência da República, [1961]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3924.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975.** Dispõe sobre o tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Brasília, DF: Presidência da República, [1975]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6292.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.551, de 04 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941.** Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3866.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977.** Aprova o texto da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-74-30-junho-1977-364249-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977.** Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-80978-12-dezembro-1977-430277-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 2, de 03 de fevereiro de 1994.** Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998.** Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540/DF.** Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais. Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III). Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente. Medidas sujeitas ao princípio

constitucional da reserva de lei. Supressão de vegetação em área de preservação permanente [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf>. Acesso: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei fluminense nº 2.895/98). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosas. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei nº 9.605/98, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta. Procedente. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 808.708/RJ**. Administrativo. Jardim Botânico do Rio de Janeiro. Bem Público. Decreto-lei nº 8.760/1946. Patrimônio histórico e artístico nacional. Bem tombado. Artigos 11 e 17 do Decreto-lei nº 25/1937. Ocupação por particulares. Construção. Benfeitorias. Indenização. Impossibilidade de direito de retenção. Descabimento. Arts. 100, 102, 1.196 e 1.255 do Código Civil brasileiro [...]. Relator: Ministro Herman Benjamin, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19107718/recurso-especial-resp-808708-rj-2006-0006072-8-stj/relatorio-e-voto-19107720>. Acesso: 20 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 4ª Turma. **Recurso Especial nº 115.599/RS**. Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas e sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. Recurso reconhecido em parte e provido. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 27 de junho de 2002. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19656863/recurso-especial-resp-115599-rs-1996-0076753-0>. Acesso: 20 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 1ª Turma. **Recurso Especial nº 32.222/PR**. Meio ambiente. Danos. Direito de propriedade. Direito de instituir parques nacionais, estaduais e municipais. Respeito ao direito de propriedade assegurado na Constituição Federal [...] Recurso provido. Relator: Ministro Garcia Vieira, 17 de maio de 1993. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/576847/recurso-especial-resp-32222>. Acesso: 20 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2ª Turma. **Recurso Especial nº 753.534/MT**. Processo civil. Administrativo. Ação civil pública. Tombamento provisório. Equiparação ao definitivo. Eficácia. Relator: Ministro Castro Meira, 25 out. 2011 Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21057768/recurso-especial-resp-753534-mt-2005-0086165-8-stj/inteiro-teor-21057769?ref=serp>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. **Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC**. Costume. Manifestação cultural. Estímulo. Razoabilidade. Preservação da fauna e da flora. Animais. Crueldade [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 13 de março de 1998. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185142&modo=cms, Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei fluminense nº 2.895/98). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei nº 9.605/98, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta. Procedente. Relator: Ministro Celso de Mello, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE**. Processo objetivo. Ação direta de inconstitucionalidade. Atuação do Advogado-Geral da União. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do diploma maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Inconstitucionalidade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso vii do artigo 225 da Carta federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 27 de abril de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204983%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 82.424-2/RS**. *Habeas Corpus*. Publicação de livros. Antisemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator: Ministro Moreira Alves, 19 de março de 2004. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.171.688/DF**. Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência. Violação do art. 267, § 3º do CPC. Inocorrência. Prestação de serviço público. Telecomunicações. Interconexão. Valor de uso de rede móvel [...]. Relator: Ministro mauro Campbell Marques, 23 de junho de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14604526/recurso-especial-resp-1171688-df-2009-0242534-7/inteiro-teor-14604527>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986**. Brasília, DF, [1986]. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Brasília, DF, [1997]. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanentes. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 41–60, out./dez. 1996. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1996;3000541383>. Acesso em: 10 set. 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). **Desafios do direito ambiental no século XXI**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman. Função ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 9, a. 3, jan./mar. 1998.

BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOSELTMANN, Klaus. **Property rights and sustainability: can they be reconciled?** V. 11. New Zealand: David Grinlinton, Prue Taylor, 2011.

CALAZA, Valeria. **Diagnóstico de la situación y de las herramientas existentes en la lucha contra los delitos de tráfico ilícito de bienes culturales**. Madri: Programa EL PacCTO, 2020. Disponível em: <https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2021/02/BIENES-CULTURALES.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CAMPOS, Juliano Bitencourt; PRÉVE, Daniel Ribeiro; SOUZA, Ismael Francisco. **Patrimônio cultural, direito e meio ambiente**. V. II. Curitiba: Multideia, 2016.

CAMPOS, Juliano Bitencourt; RODRIGUES, Marian Helen da Silva Gomes; SANTOS, Marcos César Pereira. **Patrimônio cultural, direito e meio ambiente**. Criciúma: EDIUNESC, 2018

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação dos bens culturais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. Regime Jurídico do Tombamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, [(s/a)], v. 112, [(s/n)], p. 50-60, 1973. Disponível em : <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37910/36659>. Acesso em: 20 mar. 2020.

COELHO, Teixeira. O novo papel dos direitos culturais. Entrevista com Farida Shaheed, da ONU. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011, p. 15-27. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). **Resolução CONAMA nº 001-A, de 23 de janeiro de 1986**. Estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, Brasília, DF: Presidência da República, [1986]. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; NOGUEIRA, Paulo Sérgio Freire. A natureza jurídica extraordinária do tombamento dos antigos quilombos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 14, n. 1, p. 01-23, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30750>. Acesso em: 06 mar. 2020.

CHUVA, Márcia. Entre vestígios do passado e interpretações da história: introdução aos estudos sobre patrimônio cultural no Brasil. In: CUREU, Sandra *et al* (Coord.). **Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CUREAU, Sandra. Dimensões das práticas culturais e direitos humanos. In: SOARES, Inês Virginia Prado; CUREAU, Sandra (Orgs.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

CORNU, L.; VERGNIOUX, A. **La didactique en questions**. Paris: CNDPHachette, 1992.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 17–39, abr./jun. 1997. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1997;1000539636>. Acesso em: 20 abr. 2020.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. A influência do direito ambiental sobre alguns institutos clássicos do direito civil. **Revista da Escola da Magistratura do TRT da 4ª Região**, v.4, 2015.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONDERS, Yvonne. Cinderela encontra seu príncipe: a especialista independente no campo dos direitos culturais. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011, p. 73-89. Disponível em: <http://d3nvljy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Talden Queiroz. **O conceito de meio ambiente na ordem jurídica brasileira**. In: Justicia y medio ambiente / Álvaro A. Sánchez Bravo, Espanha: Punto Rojo, 2013

FRANÇA, R. Limonji. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito brasileiro**, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIORIN, José Luiz (org.) **Introdução à Lingüística. Vol. 1 Objetos Teóricos**. São Paulo: Contexto, 2002.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 2005.

FREITAS, Juarez. Discrecionalidade administrativa: o controle de prioridades constitucionais. **Revista NEJ**. Governador Valadares, v. 18, n. 3, p. 416- 434, set./dez. 2013. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5131/2691>. Acesso: 10 out. 2020.

FREITAS, Juarez. Discrecionalidade administrativa: o controle de prioridades constitucionais. **Revista NEJ**. Governador Valadares, v. 18, n. 3, p. 416- 434, set./dez. 2013. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5131/2691>. Acesso: 10 out. 2020.

FUNARI, Pedro Paulo. **Arqueologia**. São Paulo: Contexto, 2003.

FUNARI, Pedro Paulo; CARVALHO, Aline Vieira de. **O patrimônio em uma perspectiva**

crítica: o caso do Quilombo dos Palmares. Diálogos, Maringá, v. 9, n.1, 2005, p. 34-47.

Disponível em:

http://professor.ufop.br/sites/default/files/mas/files/carvalho_funari_quilobolas_0.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINE, Sandra. **Patrimônio histórico e cultural**. 2. ed. São Paulo: Zahar, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ, 2006.

HABERLE, Peter. **El estado constitucional**. Héctor Fix-Fierro (Trad.). Cidade do México: Universidade Federal Autônoma do México, 2003.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial dos derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2003.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Flávio Beno Siebeneichler (Trad). Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? K. Jannini e E. A. Sousa (Trads.). São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Teoria de la accion comunicativa**. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo I. Buenos Aires: Taurus Humanidades, 1992.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Na encruzilhada das águas e dos conhecimentos tradicionais**: necessários diálogos e controle social. Ministério Público Federal. 4ª Câmara – Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, [(s/d)], [(s/p)]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/projetos/qualidade-da-agua/boletim-das-aguas/artigos-cientificos/na-encruzilhada-das-aguas-e-dos-conhecimentos-tradicionais-necessarios-dialogos-e-controle-social/view>. Acesso em: 20 dez. 2020.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase judiciais na administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 124-140, jul. 1945.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Bernardo Leitão (Trad.). Campinas: UNICAMP, 1990.

LEITE, José Rubens Morato. **Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente**. 1999. Tese (Doutorado em Dano Ambiental do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial). Universidade de Santa Catarina, Santa Catarina, 1999.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. Estado de direito ambiental no Brasil. *In*: KISHI, Sandra Akemi S.; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês V. Prado (Orgs.). **Desafios do direito ambiental no século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEMOS, Carlos A. C. **O que é patrimônio histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A contribuição da teoria do multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros**. Congresso Nacional do CONPEDI, 15., 2007, Manaus. Comunicação Oral. Manaus, AM. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). **Dano ambiental**: preservação, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. **Patrimônio cultural, democracia e federalismo na realidade manauara**: o princípio da subsidiariedade e os papéis da comunidade e do poder público na seleção dos bens culturais protegidos pelo tombamento. 2019. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_ad7fb2eebc7289df62f6e35979dd6e29. Acesso em: 20 dez. 2020.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo. Malheiros. 2011.

MELLO, Celso Antônio B, de. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, António Rosa. **O que é património cultural**. [(s/l)]: Gente Singular, Olhão, 2012.

MENESES, Ulpiano Bezerra de. **Avaliação histórica da Carta de Veneza no Brasil**. Jornada Comemorativa da Carta de Veneza 1964-1989. São Paulo: ICOMOS, 1989.

MERCOSUL. Comissão de Comércio do Mercosul. **Resolução nº 122/1996**. Tratamento aduaneiro para circulação nos países do Mercosul de bens integrantes de projetos culturais aprovados pelos órgãos competentes. Fortaleza, Brasil, 13 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/oldAssets/uploads/RES_122-1996_PT_TrAdProyCultur.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

MILARÉ, Édis. Processo coletivo ambiental. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MILARÉ, Édis. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: gestão ambiental em foco: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo Sousa. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Sousa. **Estudos dos direitos do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOREIRA, Egon B. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. **Direito do Estado**, nº 168, [(s/p)], 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egonbockmann-moreira/crescimento-economico-disc>. Acesso em: 10 mar. 2021.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Atividades administrativas de ordenação da propriedade privada e tombamento: natureza jurídica e indenizabilidade. *In*: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coords.). **Intervenções do Estado**. Quartier Latin, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 17 de outubro de 2003**. Paris, França, [2003]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). **Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 23 de novembro de 1972**. Paris, França, [1972]. Disponível em: <https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). **Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 06 de junho de 1972**. Estocolmo, Suécia [1972]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 05 de junho de 1992**. Rio de Janeiro, Brasil [1992]. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28347-o-que-e-a-convencao-sobre-a-diversidade-biologica/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. **O direito à memória – a proteção jurídica ao patrimônio histórico e cultural**. 1995. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará.

PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro. Parâmetros Ideológicos da Gestão dos Interesses Difusos Aplicados ao Gerenciamento Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 2, v. 6, p. 71-86, abr./jun. 1997.

PELEGRINI, Sandra C A; FUNARI, Pedro Paulo A. **O que é patrimônio cultural imaterial**. São Paulo: Brasiliense, 2013.

PEREIRA, Júlio Cesar. O conceito de cultura na Constituição Federal de 1988. Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, 4 (ENECULT), 2008, Salvador. **Anais**. Salvador, BR: Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia, 2008, p. 1-12. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecul2005/MonicaStarlingNiciaRaiesMoreiradeSouzaeSylvana.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

PILESSER, Fernanda Caroline. **Revista CEJ**, Brasília, a. 21, nº. 73, p. 7-19, set./dez. 2017.
PUREZA, Jose Manuel. **El patrimonio común de la humanidad: hacia un derecho internacional de la solidaridad?** Madrid: Trotta Editorial, 2003.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro**. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; WALCACER, Fernando. Infrações contra o patrimônio cultural: competência do IPHAN e demais órgãos de preservação patrimonial para aplicar sanções administrativas ambientais. *In*: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marco Paulo de Souza. **Estudos de Direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROLLA, Giancarlo. Bienes Culturales y Constitución. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, [(s/v)], n. 02, p. 170, Enero/Abril 1989. Disponível em: dialnet.unirioja.es. Acesso em: 20 abr. 2020.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução Judicial em Matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANT'ANNA, Márcia. Relatório final das atividades da comissão e do grupo de trabalho patrimônio imaterial. *In*: IPHAN. Patrimônio Imaterial: O Registro do Patrimônio Imaterial: 273 Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: Ministério da Cultura /Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 4. ed., 2006. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv_ORegistroPatrimonioImaterial_1Edicao_m.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria geral do direito civil**. Manuel do Alarcão (Trad). Coimbra: Atlântica Editora, 1967.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Laura Teixeira Motta (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Crime contra bens culturais**. São Paulo: Planeta Verde, 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TAPPER, James. Rising from the rubble. London pub rebuilt brick by brick after illegal bulldozing. **The Guardian**, Londres, 21 de março de 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2021/mar/21/rising-from-the-rubble-london-pub->

rebuilt-brick-by-brick-after-bulldozing?fbclid=IwAR1RoCDJmxZGjPQgza31VL7MM-nXjtwICvBXgNZPn88UmczTEIDDG0dElbg. Acesso em: 30 mar. 2021.

TELLES. Antônio A. Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo, RT, 1992.

TRINDADE, Carmélia Carreira. **A proteção do meio ambiente cultural**. O tombamento da propriedade privada na cidade de Belém. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade da Amazônia, Amazonas, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp104423.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.

WALDRON, Jeremy. **The rule of law and the measure of property**. New York: Cambridge University Press, 2012.