



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL NACIONAL E
INTERNACIONAL

**O MEIO AMBIENTE E OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DO
PATRIMÔNIO CULTURAL**

ROSEMERI COPETTI FELISBERTO

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção de grau de Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional sob a orientação do professor Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior e co-orientação do Professor Me. Marcos Roberto de Lima Aguirre.

Porto Alegre, 2012.

Rosemeri Copetti Felisberto

**O MEIO AMBIENTE E OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DO
PATRIMÔNIO CULTURAL**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção de grau de Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional sob a orientação do professor Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior e co-orientação do Professor Me. Marcos Roberto de Lima Aguirre.

Aprovada em de de 2012, pela banca examinadora.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior

Dedicatória

A minha família, que com carinho, dedicação, amor e atenção, sempre estiveram ao meu lado, proporcionando-me o que há de melhor.

Aos amigos e às pessoas que são importantes em minha vida, pois sempre encontraram tempo para me auxiliar de uma forma ou de outra.

Por fim, ao meu orientador, Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior e ao meu co-orientador Prof. Me. Marcos Roberto de Lima Aguirre, pela paciência, cumplicidade, oportunidade, incentivo e disponibilidade ao longo da elaboração deste trabalho.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à Deus, pela vida, por estar sempre no meu caminho, iluminando e guiando às escolhas certas.

Aos meus pais João e Hilda, que deram toda a estrutura para que me tornasse a pessoa que sou hoje.

A minha filha Tatiana, por estar sempre presente na minha jornada.

Ao meu namorado Hudson, ofereço um agradecimento mais do que especial, por ter vivenciado comigo passo a passo todos os detalhes deste trabalho, ter me ajudado, durante toda a

coleta, por ter me dado todo o apoio que necessitava nos momentos difíceis. Agradeço meus familiares que sempre acreditaram muito no meu trabalho e me ajudaram no que foi preciso.

Em especial agradeço meu professor José Alcebíades, que foi um orientador extraordinário, esclarecendo as minhas dúvidas, com muita paciência, competência e confiança.

Ao professor Marcos Roberto de Lima Aguirre, pelo apoio, dedicação e auxílio durante a pesquisa do tema.

À todos os meus professores, acima de tudo por terem se tornado grandes amigos, fizeram com que eu continuasse e chegasse até onde cheguei.

Agradeço a todos os meus amigos e colegas de trabalho que de alguma maneira ajudaram para esta realização.

Agradeço à Coordenação e Secretaria do Curso pela oportunidade de ter angariado tão rico conhecimento e pela presteza com que sempre fui tratada.

“A natureza é o único livro que oferece um conteúdo valioso em todas as suas folhas”

Johann Goethe.

RESUMO

O presente trabalho é uma reflexão: tornar conhecidos os meios de preservação do patrimônio cultural, apresentando ao cidadão comum o direito que lhe assiste, oportunizando o reconhecimento e enriquecimento de sua identidade cultural através do tombamento e do meio ambiente. No Brasil, a consciência da importância do patrimônio cultural é marcante na Constituição Federal de 1988, determinando os deveres do Estado e da sociedade na preservação de bens coletivos e definindo os bens que constituem o patrimônio cultural.

Palavras-chave: Tombamento, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural.

RIASSUNTO

Questo lavoro è una riflessione: per far conoscere i mezzi di tutela del patrimonio culturale, con il cittadino medio alla sua destra e la possibilità di riconoscere e arricchire la propria identità culturale attraverso il ribaltamento e l'ambiente. In Brasile, la consapevolezza dell'importanza del patrimonio culturale è evidente nella Costituzione federale del 1988, determinando i doveri dello Stato e della società nella conservazione dei beni collettivi e la definizione delle risorse che costituiscono il patrimonio culturale.

Parole chiave: Mance, ambiente e patrimonio culturale.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. CULTURA: DO CONCEITO AO DIREITO	11
3. O SISTEMA DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL E OS MECANISMOS LEGAIS DE PRESERVAÇÃO NO BRASIL.....	18
3.1. MECANISMOS LEGAIS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL 	19
3.2. TOMBAMENTO	20
3.3. O CONTROLE JUDICIAL SOBRE O TOMBAMENTO	30
3.4. REGISTRO	33
3.5. REQUISITOS PARA REGISTRO DE BENS CULTURAIS IMATERIAIS	35
3.6. PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE	36
4. TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO	39
4.1. A NECESSIDADE DA TUTELA PENAL	40
4.2. A PROTEÇÃO PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL PELA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS.....	41
5. CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

INTRODUÇÃO

Patrimônio deriva do latim *pater*, pai, pátria. Quando a abordagem ao tema se dá sob o prisma cultural, patrimônio sintetiza conjunto material e imaterial de bens que traduzem os modos de viver e fazer de um povo e o ambiente que o acolhe, em toda a extensão desses conceitos.

No Brasil, a importância do patrimônio cultural é destacada em diversas normas e ganhou significativa relevância na Constituição Federal de 1988 que, em diversos artigos, determina os deveres do Estado e da Sociedade na preservação de bens coletivos e define os bens que constituem o patrimônio cultural, bem como formas de preservação e acautelamento.

Os direitos do cidadão à educação, à informação, livre manifestação de pensamento e expressão da atividade intelectual, artística e científica são igualmente assegurados na Carta Magna.

No entanto, o quadro descortinado pelos noticiários cotidianos estarrece pela violência exacerbada em todas as faixas sociais, corrupção desenfreada dos agentes estatais, precariedade nas condições de moradia, saúde e educação do povo brasileiro. Ao mesmo tempo, mananciais hidrográficos e santuários ecológicos são devastados, sítios arquitetônicos (registro edificado da vida em outras épocas) ruem sob a força do abandono e indiferença, o saber de etnias indígenas milenares se perde diante do extermínio de suas nações.

Este estudo concretiza o desejo de analisar os mecanismos legais de proteção ao patrimônio cultural em contraponto com a realidade nesta área e os possíveis instrumentos transformadores, alicerçados no Direito para garantia de perpetuação da identidade cultural e apropriação de seus recursos pela sociedade, enfatizando a Educação enquanto caminho maior de desenvolvimento e civilidade.

2. CULTURA: DO CONCEITO AO DIREITO

O patrimônio cultural no Brasil apresenta exemplos de abandono, esquecimento e deterioração que se contrapõem a singulares ações de preservação. Para conhecer os mecanismos legais de proteção ao patrimônio cultural e eficiência em sua aplicação, torna-se inevitável conceituar cultura e patrimônio cultural visando à exata noção da extensão e relevância do tema abordado.

Para a Antropologia, cultura é o conjunto de criações humanas a partir de suas faculdades: abrange o mundo humano em contraste com o mundo físico e o mundo biológico. O antropólogo Ashley Montagu (1977) entende a cultura como o complexo de configurações que, em forma de produtos do comportamento e produtos materiais, constitui o modo principal que tem o ser humano de adaptar-se ao meio total (natural e artificial), controlando, modificando, transmitindo e perpetuando os modos acumulados de fazer na interação social e com o ambiente que o abriga.

A noção de patrimônio cultural refere-se à idéia de memória, identidade, tempo e espaço em dimensão individual e também coletiva. Sua importância está manifesta não apenas na formação de uma identidade nacional, mas também na conservação e perpetuação de valores historicamente consagrados. Meirelles (2001, p.534) apresenta o entendimento da doutrina jurídica pátria acerca do patrimônio cultural:

O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional

abrange todos os bens, móveis e imóveis existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria, ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou ambiental.

Tal definição também está contida no art 1º do Decreto-lei nº25 de 30 de novembro de 1937, referente à organização e proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

A Constituição Federal de 1988 conceitua patrimônio cultural de forma expressa e abrangente em seu Capítulo III, Seção II:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

Não se trata de conceituação exaustiva e é marcante a intenção do legislador constituinte em ressaltar a importância da proteção do patrimônio cultural nacional, indicando a obrigação do Estado em garantir o pleno exercício dos direitos culturais, bem como garantir o acesso às fontes da cultura.

Encontra-se na Carta Magna comando dirigido a todos os entes federados no sentido de realizarem efetiva proteção aos bens culturais, incluindo a possibilidade de legislarem visando atingir efetiva tutela. Observa-se, ainda, que o sentido traduzido pelos artigos 215 e 216 da Constituição Federal explicita a

necessidade de uma política de preservação que garanta aos cidadãos o direito à cultura, esta entendida como os valores pelos quais se reconhece uma nação. Tal política abrange necessariamente um âmbito maior que o de um conjunto de atividades visando à proteção de bens.

É imprescindível ir além e questionar o processo de produção do universo que constitui um patrimônio, os critérios que regem a seleção de bens e justificam sua proteção; identificar atores envolvidos nesse processo e os objetivos que alegam para legitimar seu trabalho; definir a posição do Estado relativamente a essa prática e investigar o grau de envolvimento da sociedade.

A proteção constitucional ao patrimônio cultural nacional implica essencialmente na participação da comunidade para efetivo desempenho das formas legais de perpetuação. Pelo disposto no artigo 216, §1º, pode-se compreender que o poder público levará em consideração o entendimento comunitário do que seja importante, do que constitui seu patrimônio cultural. O referido artigo indica que a política de preservação deve ser democrática, participativa e aberta a todos os setores sociais que terão a sua memória individual protegida pela preservação da memória plural.

A participação da comunidade nos atos de proteção pode ocorrer por duas formas: a primeira, pela participação da Sociedade Organizada nos conselhos de cultura e nos organismos que decidem os objetos material ou imaterial a serem preservados; a segunda pela utilização de mecanismos legais.

A proteção do patrimônio cultural pode ser realizada por meio de: “inventário, registro, vigilância, desapropriação, tombamento e outras formas de acautelamento e preservação” (§1º, art. 216, CF); como também, por instrumentos processuais

como a Ação Civil Pública e a Ação Popular, tutela ampla que não necessita de tombamento para sua efetivação, bastando para tal proteção a aferição social do valor cultural do bem.

Aliado à contribuição da comunidade para a preservação do patrimônio cultural, o Estado poderá utilizar formas de preservação através de isenções fiscais aos proprietários de bens culturais de interesse da coletividade, bem como, favorecer a participação dos grandes grupos econômicos no financiamento de trabalhos que visem à identificação de bens de interesse cultural.

Como se constata mais adiante, União, Estados e Municípios, via de regra, utilizam leis de incentivo (a exemplo da Lei Federal Rouanet - nº 8313/91 e Lei Estadual nº 4.079, de 29 de setembro de 2003), que valorizam o investimento da iniciativa privada em ações culturais oferecendo em contrapartida meios de isenção fiscal.

A Constituição Federal de 1988 evoluiu em comparação às anteriores e definiu com forte delimitação a importância da preservação do patrimônio cultural considerando, inclusive, passíveis de punição, os danos e ameaças a tal patrimônio.

Pode-se, hodiernamente, identificar o patrimônio cultural como componente de um interesse transindividual. Para Bobbio (1996, p.68), o surgimento dessa nova modalidade de direito decorre de três fatores:

[...] aumento da qualidade de bens merecedores de tutela, estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade [...] e também enquanto parte integrante de uma comunidade cultural.

Assim, uma lesão ocasionada ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural de

um povo não atinge apenas aspectos patrimoniais da coletividade, como também a própria coletividade em seu aspecto pessoal, no sentimento coletivo de viver ou conviver com algum monumento histórico ou ambiental. É nesse contexto que uma política de preservação ganha seus contornos mais delimitados, exigindo a conscientização da coletividade em relação à importância dos bens (materiais e imateriais) que compõem o patrimônio cultural bem como os mecanismos de atuação conjunta com o Estado para perpetuação desses bens.

Isto posto, tem-se que a Lei Maior é generosa e abrangente ao oferecer definições e instrumentos jurídicos para proteção do patrimônio cultural, outrossim as leis ordinárias no âmbito Estadual e Municipal oferecem formas de materializar tal preservação, mas de que forma pode a sociedade se apropriar tanto de seu patrimônio cultural quanto dos mecanismos para sua conservação?

A Constituição reconhece que o patrimônio cultural do povo brasileiro é ingrediente de sua identidade e da diversidade cultural, podendo também se tornar importante fator de desenvolvimento sustentado, de promoção do bem-estar social, de participação e de cidadania. A proteção pretendida pelo constituinte abrange o fenômeno cultural que possui três dimensões fundamentais. A criação, a difusão e a conservação.

A criação é feita em diversos níveis e manifesta-se em muitas formas, cabendo ao Estado favorecer a realização dessas manifestações através de incentivos diretos e indiretos.

A difusão corresponde ao acesso dessa produção cultural no meio social. De importância crucial é a informação e a educação da sociedade. A conservação, repercute na proteção dos bens e na sua manutenção.

Esses bens, materiais e imateriais, que formam o patrimônio cultural brasileiro são, portanto, os modos específicos de criar e fazer (as descobertas e os processos genuínos na ciência, nas artes e na tecnologia); as construções referenciais e exemplares da tradição brasileira, incluindo bens imóveis (igrejas, casas, praças, conjuntos urbanos) e bens móveis (obras de arte ou artesanato); as criações imateriais como a literatura e a música; as expressões e os modos de viver, como a linguagem e os costumes; os locais dotados de expressivo valor para a história, a arqueologia, a paleontologia e a ciência em geral, assim como as paisagens e as áreas de proteção ecológica da fauna e da flora.

Assim, cabe ao Governo Federal, por meio do Ministério da Cultura, operacionalizar a política que assegure os direitos culturais do cidadão, criar instrumentos e mecanismos que possibilitem o apoio à criação cultural e artística, o acesso aos bens culturais e à distribuição destes, bem como à proteção, à preservação e à difusão do patrimônio cultural brasileiro.

No momento em que este trabalho é elaborado, o Ministério da Cultura está às voltas com a reestruturação da Política Nacional de Cultura, em especial a Lei Rouanet, nº 8313/91 e a Lei do Audiovisual, visando à distribuição mais equilibrada de recursos para todas as regiões do País.

Patrimônio deriva do latim *pater*, pátria, etimologicamente significa herança paterna, é na verdade, a riqueza comum que nós herdamos como cidadãos e que se transmite de geração a geração.

Em um país de proporções continentais e diversidade tão ampla quanto seu território, a perpetuação de bens culturais tem importância secundária se considerados problemas de maior monta a exemplo da fome, miséria, salubridade,

desemprego, criminalidade. Entretanto, uma reflexão mais profunda indica que a Cultura, nela inclusa a educação para o reconhecimento do patrimônio cultural como referência de identidade de uma gente, é elemento essencial para a construção de soluções àqueles problemas, fornecendo instrumentos para a compreensão da origem de uma Nação.

3. O SISTEMA DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL E OS MECANISMOS LEGAIS DE PRESERVAÇÃO NO BRASIL

O art. 23 da Magna Carta brasileira determina em seus incisos III – VII a competência material da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios no sentido de proteger e preservar o patrimônio cultural. Já no art. 24 a Constituição determina a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar acerca desses bens. Quanto à competência legislativa dos Municípios, está prevista no art. 30 da CF.

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

[...]

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

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

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

[...]

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

[...]

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

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

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

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

[...]

Art 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação Federal e Estadual no que couber;

[...]

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

Nos termos do art. 23 da Constituição Federal, a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência material ou administrativa para, entre outras, proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e

cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos, bem como a União, os Estados e o Distrito Federal podem legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art.24, VII).

Com relação à competência legislativa, é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, cabendo à União a edição de normas gerais, as quais os Estados e o Distrito Federal deverão observar. Caso a União não legisle sobre a matéria estes têm competência legislativa plena.

No que tange ainda aos Municípios, de forma específica a Constituição Federal delimitou a competência legislativa Municipal para assuntos de interesse local e de forma suplementar às leis federais e estaduais, desde que existentes. Assim sendo, é seguro afirmar que ao Município caberá editar normas acerca de patrimônio cultural desde que existentes leis federais ou estaduais e a matéria das normas seja pertinente a assuntos de interesse exclusivamente local.

A Lei Federal nº 10257/2001, denominada Estatuto da Cidade, norma de caráter geral que confere ao ente local meios para efetivar a conformidade da propriedade pública e privada à função social, dispõe que política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, observando o dever de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (inciso XII, art 2º).

Nesse aspecto, destaque-se que um dos objetivos prementes do Plano Diretor Municipal é a conjugação do planejamento do território urbano com a proteção do patrimônio cultural, especialmente aquele de natureza imóvel.

3.1. MECANISMOS LEGAIS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Muitas são as alternativas para perpetuação do patrimônio cultural. No Brasil, a legislação infraconstitucional criou inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação entre outras formas de acautelamento e preservação.

Na verdade a maioria destes procedimentos tem cunho administrativo com exceção da desapropriação e tombamento que devem ser feitos por lei; no caso da desapropriação, não havendo acordo, a questão é decidida na esfera judicial.

Os inventários e registros têm a função de demonstrar que um patrimônio cultural é reconhecido como tal pelo Poder Público, o que não impede a degradação. A vigilância é um conjunto de atos que objetiva guardar o patrimônio cultural, com ações de policiamento e conservação. Quanto às demais formas de acautelamento, podem ser diversas e dependem da oportunidade e do bem a ser preservado. Porém, das medidas de proteção a que mais tem uso nesta matéria é o Tombamento.

3.2. TOMBAMENTO

O Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937 e posteriores alterações, por alcunha Lei do Tombamento, é o meio mais usual de proteção do patrimônio cultural, podendo ser definido como o procedimento mediante o qual o Poder Público impõe ao proprietário (particular ou público) de bem de valor comprovadamente de interesse cultural, restrições administrativas visando a sua preservação e proteção. As expressões Tombamento e Livro de Tombo provêm do Direito Português, onde a palavra tombar significava inventariar, arrolar ou inscrever nos arquivos do Reino, os quais eram guardados na Torre do Tombo.

O Estado de forma extraordinária pode intervir na propriedade regulando bens (coisas ou locais) particulares ou públicos em razão da supremacia do interesse público, por conter esses bens, inestimável valor histórico e cultural. Por consequência do Tombamento, têm-se bens privados integrando o patrimônio

histórico e artístico da Nação porquanto esses bens possuem indiscutível valor para a sociedade, merecendo, em razão disso, proteção do Estado.

O Tombamento explicita a submissão de certo bem público ou particular a um regime especial de uso, gozo, disposição ou destruição em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. É finalidade do Tombamento a proteção à própria identidade nacional, logo, o Estado intervém na propriedade privada em prol da coletividade. No Brasil, esse instituto é sacramentado com o Registro no Livro do Tombo, que na verdade são vários livros, um para cada tipo de Tombamento.

Além da legislação constitucional e específica, a previsão do Tombamento aparece em várias Constituições Estaduais, a exemplo do Acre (art 202,1º), Alagoas (art 209), Amazônia (art 207), Ceará (art 237), Espírito Santo (art 183), Maranhão (art 228, § 1º), Mato Grosso (art 252), Pará (art 286, §1º), Paraíba (art 216, §1º), Piauí (art 229, § 2º), Rio de Janeiro (art 321), Rio Grande do Norte (art 144, §1º), Rio Grande do Sul (art.222) e Sergipe (art.226, §1º), conforme relacionado por Paulo Affonso Machado (1999, p 588).

Embora tenhamos várias alternativas e um regime de preservação cultural que remonta às Constituições Federal e dos Estados, assistimos incrédulos à degeneração de nossa história, presenciamos a omissão dos entes políticos e, ainda, a passividade insólita de nós mesmos, diante de tímidas e insuficientes tentativas de manter vivas algumas construções, monumentos, objetos e paisagens de relevância cultural.

Reitere-se que a finalidade do Tombamento é conservar o bem cultural, com suas características originais. A decisão administrativa de Tombamento poderá ser

objeto de discussão na esfera do Judiciário, não se podendo excluir da apreciação daquele Poder nenhuma lesão ou ameaça a direito.

O órgão administrativo incumbido da atribuição de apontar bens passíveis de Tombamento, proclama-os tombáveis, mas não está afastada a possibilidade de irresignação do proprietário que, visando afastar o Tombamento, socorre-se ao Poder Judiciário, valendo-se, para tanto, de meios periciais adequados, cabendo ao Juízo apreciar tão somente a legalidade do ato administrativo, à luz da legislação pertinente.

Consoante à Constituição Federal cabe a todos os entes administrativos o dever de preservação dos bens de valor histórico e cultural. Repisa-se que o Tombamento efetiva-se na Constituição Federal à luz do §1º, art.216. Cabe ao Poder Público dispor sobre Tombamento, significando que qualquer entidade federada está autorizada através de órgão competente para fazer a declaração do bem, pertencente à pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado ou público, como sendo patrimônio histórico-cultural, desde que respeitado o procedimento administrativo.

Na esfera Federal o órgão responsável pelo tombo é o IPHAN - Instituto Brasileiro do Patrimônio Histórico Artístico Nacional, criado em 13 de janeiro de 1937 pela Lei nº 378, no governo de Getúlio Vargas; é uma autarquia Federal vinculada ao Ministério da Cultura.

Cabe à lei definir abstratamente o Tombamento, mas é o ato administrativo que efetiva o tombo, o qual deve restringir a obediência ao que prevê a norma nacional, expressa no Decreto-lei nº 25. É procedimento administrativo porque não se realiza em um só ato, mas em uma sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade

do ato final. Quanto ao Livro do Tombo é significativo aludir que quatro são os Livros: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, Livro do Tombo Histórico, Livro do Tombo das Belas-Artes e Livro do Tombo das Artes Aplicadas, os quais estão dispostos no Decreto Lei nº 25, art. 4º.

O procedimento do tombamento se encerra com o registro do bem no Livro de Tombo, entretanto, para que os efeitos do tombamento alcancem terceiros, bem como para que o Estado possa exercer o direito de preferência, em caso de alienação, é imprescindível a transcrição no Registro de Imóveis, averbando-se o Tombamento ao lado da transcrição do domínio.

Com relação ao Tombamento de bens móveis, embora a lei Federal não contenha norma semelhante, deduz-se do artigo 13, caput e §2º do Decreto Lei nº 25 que a transcrição deve ser feita em registro público, no caso o Registro de Títulos e Documentos. Ressalta-se que a transcrição do Tombamento no Registro do Imóvel não integra o procedimento administrativo, pois o tombamento, por conseguinte, os seus efeitos, independem da averbação na matrícula do imóvel, sendo esta necessária tão somente para produzir efeitos a terceiros e para que o Poder Público possa exercer o direito de preferência sobre o bem tombado.

Entende-se, desse modo, que o fundamento da atribuição de tombamento é tríplice, pois é político, vez que o Poder Público possui exercício sobre todas as coisas, bens e pessoas em seu território; é constitucional, por estar o Tombamento previsto na Lei Maior e legal, em razão de existir legislação própria a amparar o tombamento.

Como do Tombamento decorrem restrições ao direito de propriedade privada, o procedimento administrativo deverá oportunizar ao proprietário do bem o

direito ao devido processo legal, com ampla defesa, na forma da lei, sendo que a desobediência às garantias previstas enseja a nulidade do procedimento a ser declarada pelo Poder Judiciário, em ação própria, na qual serão analisados, segundo a expressa legalidade dos motivos, bem como a regularidade do procedimento administrativo.

O Tombamento pode gerar restrições individuais ou gerais. São individuais as limitações quando atingem determinado bem, reduzindo o direito de propriedade ou impondo-lhe encargos. Já os efeitos gerais ocorrem quando as limitações impostas por decorrência do Tombamento atingem toda a coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos, a exemplo do Tombamento de locais históricos.

Quanto aos efeitos individuais, muito embora diretamente atinjam somente o proprietário do bem, atingem também a terceiros que sofrem limitações indiretas, a exemplo de não poder construir de modo a sobrepor o bem tombado ou mesmo quando possuem o dever de preservá-lo.

O ato administrativo que declara e registra o Tombamento pode ser feito de ofício, voluntário ou compulsoriamente.

O tombamento será de ofício quando o bem declarado de valor histórico-cultural for público, decorrendo os efeitos do tombamento a partir da notificação à entidade a que o bem pertence. Será voluntário quando o proprietário do bem solicita a declaração de Tombamento, sendo necessário que este possua os requisitos para a declaração de interesse social, a juízo do órgão competente ou que o proprietário no momento em que for notificado pelo órgão competente a respeito do Tombamento expressar anuência, por escrito, ao procedimento.

Por fim, será compulsório quando o tombamento for realizado por iniciativa do Poder Público ainda que não corresponda à vontade do proprietário (o procedimento para o Tombamento compulsório está estipulado no art 9º do Decreto-lei nº 25).

Apesar de haver na Constituição Federal previsão dos bens que constituem patrimônio histórico-cultural passíveis de Tombamento, ao Executivo foi facultada a análise do caso concreto, podendo afastar a incidência do tombamento. Destarte, tem-se hipótese em que o bem satisfaz as exigências contidas na lei maior e na própria legislação infraconstitucional, porém, o Poder Público, de forma motivada, afasta-o do tombamento, sob o fundamento de prevalência do interesse público.

Nota-se então a existência de interesses públicos conflitantes, conferindo-se ao Executivo a possibilidade de escolha. Entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade.

Essa apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto; evidentemente, se nenhuma razão de interesse público obstar o Tombamento, este deve ser feito; por isso mesmo, a recusa em fazê-lo há de ser motivada, sob pena de transformar-se a discricionariedade em arbítrio que afronta a própria Constituição, na parte em que protege os bens de interesse público.

Quanto ao Tombamento constituir servidão administrativa ou limitação administrativa à propriedade, temos o Tombamento como categoria própria, pois muito embora o tombamento possua semelhança com a limitação administrativa pelo fato de que é imposta ao proprietário em benefício do interesse público, dela se afasta por que no tombamento há a individualização do imóvel. No comparativo com a servidão o tombamento se aproxima pelo fato de que em ambos o bem é individualizado, contudo,

afasta-se porque falta no tombo a principal característica existente na servidão, a coisa dominante.

A abertura do procedimento de Tombamento decorre exclusivamente de deliberação do órgão competente, sendo que, desde o momento da declaração do tombo, com a devida notificação do proprietário, até a decisão final, o bem estará protegido, ficando sustada qualquer modificação ou destruição do mesmo. A decisão definitiva sobre o Tombamento compete ao órgão que declarou a necessidade de preservação do bem, que deve, necessariamente, proferir decisão em sessenta dias.

A sustação de alteração do bem, decorrência da declaração do tombo é o que se chama de tombamento provisório e seus efeitos são equiparados aos do Tombamento definitivo, à exceção do registro no cartório imobiliário e ao direito de preferência reservado ao Poder Público, que advém na fase final do procedimento em que o bem é definitivamente tombado com a inclusão no Livro de Tombo.

Caso seja deferido o tombamento pelo órgão responsável em âmbito Federal, deverá ocorrer necessariamente a homologação pelo Ministro da Cultura.

Da decisão pelo Tombamento definitivo cabe recurso ao Presidente da República, com previsão no Decreto-lei 3.866/41, visando o recorrente cancelamento do registro do bem no Livro de Tombo, sendo que poderá o Presidente, de ofício, cancelar o registro do bem tombado, sob a alegação de atender aos motivos de interesse público.

Esta via recursal é muito criticada doutrinariamente, vez que é flagrante a discricionariedade concedida ao chefe do executivo nacional, pois em matéria histórica e artística seu juízo particular se sobrepõe à decisão do órgão competente.

Ressalte-se que o recurso ao Presidente da República só é cabível quando o órgão administrativo que decretou o Tombamento for órgão Federal, no caso, o IPHAN, pois se a declaração de Tombamento emanar de órgão Estadual ou Municipal, só caberá recurso se previsto em legislação própria, sendo que será interposto perante o Chefe do Executivo Local, Governador ou Prefeito.

Os efeitos incidentes sobre o proprietário do bem inscrito no Livro do Tombo, como também aos bens submetidos ao Tombamento provisório são expressivos, pois, embora o bem permaneça no domínio e posse do proprietário, este não poderá em caso algum demolir, destruir ou mutilar, pintar ou reparar o bem, sem prévia autorização do Poder Público, sob pena de multa de 50 % do dano causado.

No mesmo sentido restritivo ao direito de propriedade está o fato de que nula será a alienação de bens tombados que se fizer sem comunicação ao Poder Público, decorrência do direito de preferência. Igualmente limita-se a saída de bens tombados do País, condicionada à prévia autorização da União, Estado ou Município.

As limitações ao bem tombado, como já mencionado, estendem-se à vizinhança, pois esta não poderá construir de modo a impedir a visibilidade do bem tombado. O art. 18 do Decreto-lei 25, quanto às restrições aos imóveis vizinhos expressa:

Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do objeto.

O artigo supra, muito embora institua uma servidão não delimita o seu

campo de incidência, deixando ao critério subjetivo a decisão quanto ao alcance da restrição em cada caso, gerando, em decorrência disso, flagrante insegurança, pois os vizinhos do prédio tombado não possuem certeza quanto ao alcance da limitação que surge em sua propriedade.

É relevante salientar que pela existência de interesse local a competência para autorização de construções é Municipal, já tendo ocorrido situações em que, aprovada pela Prefeitura, a construção é posteriormente impugnada pelo IPHAN.

Ainda como decorrência dos efeitos do tombamento, estão os deveres imputados ao IPHAN, que deve executar obras de conservação do bem, quando o proprietário não puder fazê-lo ou tomar as providências cabíveis à desapropriação do bem (não adotando as medidas que lhe compete, poderá o proprietário do bem requerer o cancelamento do tombamento); vigiar e inspecionar permanentemente as coisas tombadas e providenciar a inscrição do Tombamento na matrícula do bem imóvel tombado (do descumprimento desse dever decorre a perda do direito de preferência do Poder Público na hipótese de alienação do bem).

Oportuno mencionar que a legislação Federal visando à proteção dos bens tombados prevê aos infratores, além de sanções administrativas, sanções penais, explicitadas no Código Penal Brasileiro e em legislação ordinária.

As restrições incidentes sobre o bem após a inscrição no Livro do Tombo são reflexos de que o bem tombado (seja móvel ou imóvel, material ou imaterial, público ou privado) passa a ser bem de interesse público. Como o bem tombado permanece no domínio e na posse do proprietário este, em regra, não terá direito à indenização, a menos que a limitação da propriedade provoque interdição do uso ou que o direito à indenização decorra dos efetivos prejuízos advindos com o tombamento.

Importante ressaltar, pois, que o imóvel tombado não é adquirido pelo Poder Público.

O Tombamento é sempre restrição parcial, não impedindo o particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio. É irrefutável que o Tombamento encerra verdadeira restrição à propriedade privada, mas não caracteriza confisco, pois visa à preservação de interesses coletivos. Diante disso, salienta-se que se o particular for sacrificado em benefício dos demais será cabível indenização com o intuito de reparar o prejuízo ocasionado pelo tombamento.

Conclui-se que, ordinariamente o tombamento não gera ao Poder Público o dever de indenizar, entretanto, se houver imposição ao proprietário de despesas extras para a conservação do bem ou quando do Tombamento resultar à interdição do uso do bem ou prejudicar sua normal utilização, florescerá ao proprietário o direito à indenização.

A indenização, restrita às hipóteses mencionadas, poderá ser amigável ou efetivada mediante desapropriação que decorrerá por intermédio da própria entidade pública que realizar o tombamento, pois é ela que irá considerar a hipótese de utilidade pública do bem pela necessidade de preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, como pelo fundamento da necessidade da proteção de paisagens e locais particulares dotados pela Natureza.

Em decorrência da omissão do Poder Público em proceder ao Tombamento poderá intervir tanto o órgão ministerial, através da ação civil pública, como o cidadão, por meio da ação popular. Essas ações são passíveis de ajuizamento anteriormente ao tombamento do bem, em consonância com o que reflete o art 216 da Constituição Federal quando prevê a possibilidade da existência de outras formas de

acautelamento e preservação dos bens de interesse público.

A ação popular e a ação civil pública são mais úteis como forma de proteção precisamente em relação aos bens não tombados, porque os bens tombados, em razão das restrições e fiscalização a que se sujeitam já têm adequada tutela.

Nestas hipóteses caberá ao Judiciário determinar que o Executivo proceda devida proteção ao bem que se pretende declarar como de patrimônio público. Poderá ainda intervir o Poder Judiciário, anulando procedimento de tombamento, quando houver omissão durante a instauração do procedimento administrativo, hipótese em que ocorre flagrante desrespeito aos princípios administrativos, como também sensível prejuízo ao interesse individual.

Os bens tombados pelo IPHAN podem ser acessados por meio do Arquivo Noronha Santos. Localizado no Rio de Janeiro, é o guardião de valioso acervo, cuja origem remonta à criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional em 1937. O Arquivo Noronha Santos é o setor responsável pela abertura, guarda e acesso aos processos de Tombamento, de entorno e de saída de obras de artes do País, assim como pela emissão de certidão para efeito de prova e inscrição dos bens nos Livros do Tombo e nos Livros de Registro do Patrimônio Imaterial.

3.3. O CONTROLE JUDICIAL SOBRE O TOMBAMENTO

No Tombamento, o conteúdo do ato, os passos de sua execução e as alterações que produz no mundo jurídico são determinados em lei, porém a escolha do momento para tombamento, assim como a do bem a ser contemplado, fica a cargo da Administração, que opta, por meio de órgão técnico especializado, numa primeira

instância, e de agente político, posteriormente. O Tombamento pressupõe, assim, um exercício de seleção por parte do Poder Público, em função da relevância do bem, para que sobre ele se efetive a proteção. O bem é considerado enquanto valor simbólico, avaliado, entretanto, a partir de suas características em face da norma de proteção. Silva (1999, p. 491) afirma:

De lege lata, tem razão Cretella Jr, quando escreve que o pronunciamento da autoridade, concretizado em ato administrativo, está localizado na esfera discricionária da Administração. Pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se no parecer do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar nem conveniente e nem oportuno tombá-lo, concluindo com esta distinção judiciosa: Não se confunda, pois, a qualificação do bem com o Tombamento em si.

O Tombamento é um processo em que se distinguem três momentos de grande relevância: o momento do início do processo; o momento de avaliação do valor cultural do bem e o momento da decisão definitiva, tombando ou não o bem.

O primeiro momento é ato inteiramente reservado à avaliação de conveniência e oportunidade da Administração Pública, ou seja, é uma atividade discricionária. Da mesma forma, a avaliação de interesse público, a qual se caracteriza como discricionariedade técnica.

Nesses dois momentos, portanto, o Poder Judiciário poderá efetuar um controle de legalidade objetiva - a fim de averiguar se presentes os requisitos formais e se competente e civilmente capaz a autoridade (o objeto, por se tratar de Tombamento, será sempre lícito) - controle esse sempre possível. Quanto ao mérito do ato, ficará restrito a coibir a imoralidade e os excessos porventura existentes, representados por desvio de finalidade, vício de motivos ou desproporcionalidade.

O controle judicial, assim, será feito mediante uma avaliação do bem em

questão, não com o intuito de precisar o seu valor cultural, mas com o intuito de avaliar se evidentemente aquele bem não possui valor cultural. A distinção é sutil, porém significativa. O perito judicial não deve avaliar o bem e determinar sua importância cultural, mas sim avaliar os motivos apontados pela Administração como ensejadores da proteção, a fim de afirmar se aqueles motivos são inexistentes ou evidentemente falsos, inaptos a produzir o efeito desejado.

Assim, se a Administração deseja tombiar um bem porque ali morou uma personalidade histórica, cabe ao perito dizer se aquela pessoa realmente morou ali e se a mesma possui as características que a tornam especial; se deseja tombiar porque o imóvel tem características arquitetônicas específicas, deve o perito analisar se essas características realmente existem; se deseja tombiar porque o bem é obra de um artista renomado, deve o perito analisar se o fato é verídico e se o artista de fato possui as características apontadas que o tornam especial; enfim, deve o perito analisar se existentes e verídicos os motivos que ensejaram o processo de Tombamento, não emitir uma opinião se o bem tem ou não interesse público.

Presentes e verídicos aqueles motivos ensejadores do processo de Tombamento, então presume-se o valor cultural do bem, ainda que o perito tenha opinião diversa. Em outras palavras, se o perito, embora entendendo inexistente o valor cultural, reconhece a existência das características especiais apontadas pela Administração, razão do Tombamento, então há de prevalecer determinação da Administração, presumindo-se o valor cultural, a menos que o perito consiga comprovar que aquelas características não erigem o bem à categoria de interesse público.

Não basta a simples opinião do perito quanto à inexistência de valor cultural;

imperioso que o perito demonstre onde e porque está havendo o excesso. Se não o fizer, prevalecerá a opinião da Administração.

Por fim, resta o controle judicial sobre o último momento, o da decisão definitiva de Tombamento ou não. Sendo ato administrativo vinculado, admitirá um controle mais estrito e também mais simplificado. O importante será o resultado da avaliação acerca do interesse público do bem.

Caso positiva a avaliação, o administrador está obrigado a proceder ao Tombamento, podendo mesmo ser compelido a fazê-lo judicialmente, mediante processo promovido por qualquer cidadão interessado, inclusive o proprietário do bem.

Por outro lado, o Poder Judiciário pode anular a decisão administrativa que, contrariamente à avaliação, tenha ordenado o Tombamento do bem.

3.4. REGISTRO

O único instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro de que o poder público dispunha, até pouco tempo, era o Tombamento. Embora válido, eficiente e atual, quando aplicado a edificações, obras de arte e outros bens dessa natureza, o Tombamento é inadequado à preservação dos bens e manifestações de caráter processual e dinâmico, denominados imateriais. A esses cabe, antes, identificar, documentar e produzir conhecimento sobre eles, de modo a subsidiar políticas de reconhecimento e apoio adequados às suas características.

O IPHAN, com o apoio do Ministério da Cultura, de instituições a eles

vinculados e em parceria com entidades da sociedade civil, realizou estudos e discussões dirigidas à formulação e estabelecimento de novos instrumentos, como o Registro e os Inventários, mais adequados ao levantamento, identificação e proteção dos bens culturais, em especial dos considerados imateriais. Essas ações resultaram no Decreto nº 3551, de 04 de agosto de 2000 que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que irão compor o Patrimônio Cultural Brasileiro.

O mesmo decreto instituiu o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, visando à implementação de política específica de Inventários, como referência e valorização desse patrimônio.

O Registro significa identificação e produção de conhecimento sobre o bem cultural pelos meios técnicos mais adequados e amplamente acessíveis ao público, de modo eficiente e completo, mediante a utilização dos recursos proporcionados pelas novas tecnologias da informação. O ato culminante do Registro é a inscrição do bem em um dos quatro Livros estabelecidos: dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão e dos Lugares e sua titulação como Patrimônio Cultural do Brasil.

A instauração do processo de Registro tem início com a abertura de um Dossiê de Estudos. Após a conclusão da instrução técnica, o Dossiê é encaminhado ao Conselho do Patrimônio Cultural e só então recebe um número de processo.

3.5. REQUISITOS PARA REGISTRO DE BENS CULTURAIS IMATERIAIS

Os requisitos que devem ser cumpridos no processo de Registro de um bem cultural de natureza imaterial, conforme previsto no Decreto nº 3551/2000, são os seguintes:

1º) Apresentação de requerimento, em documento original, datado e assinado, acompanhado obrigatoriamente das seguintes informações e documentos:

I - identificação do proponente;

II - denominação e descrição do bem proposto para Registro, com indicação do que consiste, da participação e atuação dos grupos sociais envolvidos (os produtores do bem), do local onde ocorre ou se situa, do período e da forma em que ocorre;

III - documentação iconográfica disponível, adequada à natureza do bem, tais como fotografias, desenhos, vídeos, filmes, gravações sonoras, partituras, etc;

IV - declaração formal de representante da comunidade produtora do bem, ou de seus membros, demonstrando o interesse e a anuência com a instauração do processo de Registro.

2º) A instrução técnica do processo (que significa produção e/ou sistematização de conhecimento sobre o bem) consiste em:

I - elaboração de descrição pormenorizada do bem que contemple todos os seus elementos culturalmente relevantes - identificação dos produtores, formas de produção, contexto cultural específico, significados atribuídos no processo de produção, circulação e consumo - sua origem e evolução histórica, dados etnográficos e sociológicos (essa descrição pode ser elaborada por meio da

aplicação da metodologia do Inventário Nacional de Referências Culturais - INRC, sob supervisão do IPHAN);

II - referências documentais e bibliográficas;

III - reunião e apresentação de todo o material bibliográfico e audiovisual produzido sobre o bem e/ou que lhe seja pertinente;

IV - complementação ou produção de documentação audiovisual que dê conta do bem cultural.

O Registro tem suma importância uma vez que possibilita a identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do patrimônio cultural.

3.6. PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE

A democrática participação popular, devidamente informada e esclarecida, é imprescindível para garantir ações que reflitam a preocupação preservacionista, a partir de onde se concretizará a perpetuação da memória e identidade cultural.

A coletividade pode participar na preservação do patrimônio cultural de diversas maneiras, entre elas a apresentação de projetos de lei; na fiscalização da conservação de tais bens e na proteção legal.

Na propositura de lei Municipal os cidadãos, em número que preencham os requisitos do art 29, XI da Constituição Federal, poderão apresentar projetos de interesse específico do Município.

A iniciativa popular poderá também ser exercida pela representação de

projetos de lei à Câmara dos Deputados, desde que preencham o número de eleitores referido no art 61, §2º da Constituição Federal.

Poderão também os cidadãos fiscalizar ações que podem causar impacto ao patrimônio cultural, acompanhando os estudos realizados e seus relatórios, nos termos da legislação que protege o meio ambiente, no qual se inclui o ambiente cultural (interpretação ampla da Lei 6.938/81).

Por último, a coletividade pode proteger juridicamente o patrimônio cultural através da ação civil pública prevista na Lei 7.347/85, a qual rege as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, entre outros ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A ação civil pública pode ser proposta pela União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, o Ministério Público e associações na forma determinada pelo art 5º, caput e parágrafos da Lei 7.347/85.

Ainda, através da ação popular (art. 5º, LXXIII da CF) poderá o cidadão sozinho pleitear a anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de fundações, entre outras, considerando-se como patrimônio público os bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art.1º, caput e §1º).

Portanto, o cidadão consciente poderá participar diretamente da preservação do patrimônio cultural mediante as possibilidades indicadas, seja individualmente,

seja formando ou associando-se a alguma entidade.

Preocupa e incomoda, entretanto, o fato do País, em sua história, não priorizar a educação efetiva (que muito além do ler e escrever, prepara o indivíduo para o interesse, o questionamento, a consciência da realidade que o cerca e os mecanismos para transformá-la).

Disso resulta uma grande maioria da população ignorante não somente de seus direitos mais elementares quanto mais dos elementos que constroem e representam sua identidade cultural.

Uma Nação que não conhece, não preserva e não valoriza seu patrimônio cultural é uma nação sem alma e sem sentido, fatalmente fadada ao subdesenvolvimento e retrocesso.

4. TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, por questão de sistematização legislativa, estabeleceu em capítulos apartados as diretrizes atinentes à preservação do patrimônio cultural (art. 216, § 1º) e do meio ambiente (art. 225, caput), dispondo, no entanto, de forma idêntica, que incumbe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, o dever de preservá-los e defendê-los. Fato é que meio ambiente e patrimônio cultural são temas incidíveis sob a ótica do Direito.

O meio ambiente não mais se resume ao aspecto meramente naturalístico, compreendendo tudo o que cerca e condicionando o homem em sua existência, seu desenvolvimento, na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o cerca.

Assim e em conformidade com o art. 216, o conceito de patrimônio cultural comporta em si o de patrimônio ambiental, porque a noção de patrimônio cultural é ampla e abrange, sem exceção, todos os recursos naturais e culturais (nestes compreendidos os artificiais).

Torna-se cada vez mais difícil separar o natural do cultural. A questão não é mais qual o lugar do homem na natureza, o que se questiona é como podem o homem e a natureza interagir melhor para benefício mútuo?

Para fins de proteção, a noção de patrimônio cultural é muito ampla, incluindo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, 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, além das variadas disciplinas urbanísticas contemporâneas.

Importante a identificação da relevância ambiental dos bens tradicionalmente considerados simplesmente como culturais haja vista a grande atenção dispensada ao meio ambiente nos últimos tempos, culminando com a edição de um grande número de normas protetivas e a formulação, inclusive, dos princípios de um emergente ramo das ciências jurídicas: o Direito Ambiental. A possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas em virtude de condutas lesivas ao meio ambiente, prevista no art. 225, § 3º, da Carta Magna e regulamentada na Lei 9605/1998, cria uma possibilidade ainda maior de responsabilização do agressor ambiental e, conseqüentemente daquele que destrói ou avilta o patrimônio cultural.

4.1. A NECESSIDADE DA TUTELA PENAL

A experiência demonstrou que as sanções de natureza civil e administrativa anteriormente aplicadas aos violadores dos bens culturais e as tímidas construções penais a respeito do tema não foram suficientes para coibir reiteradas práticas lesivas, tornando-se indispensável o direito penal para a proteção da integridade desse patrimônio cuja efetiva tutela penal foi expressamente assegurada em nível constitucional

A necessidade de uma tutela penal eficaz do patrimônio ambiental, que integra o cultural, se justifica pelo fato de que, sendo a Constituição Federal a norma fundamental de uma Nação, impondo seus princípios a todo o ordenamento jurídico, refletindo as concepções dominantes em uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e consensual, obviamente que a mesma está apta para

desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos fatos a serem definidos como crimes.

O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, a modificação da responsabilidade, a preponderância de valores públicos sobre o pensamento privado são algumas das muitas modificações resultantes desse processo.

4.2. A PROTEÇÃO PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL PELA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

No texto do Código Penal Brasileiro encontram-se tipificadas as seguintes condutas para dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico e alteração de local especialmente protegido:

Art. 165 Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena – detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 166 Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:

Pena – detenção de um mês a um ano, ou multa.

Embora vigentes por mais de cinco décadas, os referidos tipos penais não alcançaram a efetiva proteção do patrimônio cultural brasileiro como era de se esperar. Na verdade, esses artigos já nasceram cercados de sérias deficiências como a ausência de modalidade culposa e a exigência de tombamento dos bens arqueológicos (tão raros e significativos que sua relevância é explicitada em sua existência, tornando desnecessários e burocratizantes quaisquer atos administrativos para garantir sua preservação).

Com o advento da nova ordem constitucional, que não exige o tombamento prévio para que um bem integre o patrimônio cultural brasileiro, as deficiências

mencionadas foram evidenciadas e tornou-se necessária uma reformulação daqueles arcaicos tipos penais para conciliá-los com a Constituição Federal vigente.

Atendendo à premente necessidade de reformulação da proteção do patrimônio ambiental brasileiro foi promulgada a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências.

A Lei de Crimes Ambientais, na Seção IV do Capítulo V é dedicada aos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, dispostos nos arts. 62 a 65 e que revogaram tacitamente os arts. 165 e 166 do Código Penal Brasileiro, acima transcritos.

A Lei de 9605 tem sido considerada um marco de eficiência no aparato legislativo brasileiro de proteção ao meio ambiente. Especificamente no que tange aos delitos contra o patrimônio cultural, estão atualmente tipificadas condutas culposas violadoras de tal bem jurídico, não havendo mais a necessidade de prévio Tombamento para que se viabilize a tutela penal dos bens de valor cultural.

O art. 3º da Lei 9.605/98 atribuiu expressamente responsabilidade penal à pessoa jurídica pelos crimes contra o meio ambiente nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Ainda segundo o diploma legal em questão, a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Sem aprofundar a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa

jurídica, certo é que a Constituição Federal expressamente a previu no que tange às condutas lesivas ao meio ambiente e o legislador ordinário, em obediência ao comando constitucional, especificou tal responsabilidade através da Lei 9.605/98.

CONCLUSÃO

Ao finalizar este estudo, podemos afirmar que a legislação brasileira é exemplar quanto ao fornecimento de mecanismos legais para o conhecimento (Registro) e proteção (Tombamento e demais formas de acautelamento) do patrimônio cultural.

A pesquisa bibliográfica, abrangendo a doutrina jurídica, a cultura e o patrimônio cultural, forneceu não somente informações preciosas sobre a história e cultura do País, mas fundamentalmente confirmou a impressão inicial de que muito há para se conhecer e preservar em nossa cultura, porém pouco ou quase nada se faz a respeito.

A perpetuação do patrimônio cultural e sua difusão para o grande público são formas de anunciar que pertencemos todos a um mesmo meio, que compartilhamos uma mesma identidade, na medida em que essa difusão evoca a consciência de um passado – de um patrimônio – comum a todos os cidadãos.

A simples existência e conservação de bens culturais não garante a difusão de todo o conhecimento de que são portadores. Os tombamentos, as restaurações, as legislações de proteção e demais ações de acautelamento são indispensáveis à sobrevivência dos bens culturais, mas não promovem necessariamente a compreensão e apreensão do seu significado, nem sua valorização como testemunhos da história pessoal e coletiva das comunidades.

Para tanto são necessárias ações e projetos específicos de educação patrimonial, capazes de estimular a difusão e a apropriação do conhecimento contido e gerado pelo patrimônio cultural. Ações que estabeleçam uma relação mais consciente e criativa da comunidade com esse patrimônio, onde a questão porque preservar seja respondida e concretizada pelos próprios cidadãos, em sua perspectiva individual e coletiva.

Não é o Estado, enquanto instituição, quem produz cultura, portanto cabe à Sociedade Civil Organizada exigir que ele – o Estado – cumpra seu papel constitucionalmente determinado de estimular ações culturais, fornecendo suporte técnico e recursos financeiros, além de possibilitar a difusão dessas ações e garantir sua continuidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. **Limitação administrativa, ou restrição administrativa**: diferenças dos institutos jurídicos, para evidenciar a indenização das áreas afetadas. Dez.1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1723>>. Acesso em: 12.Out.2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 25**, de 30 de novembro de 1937. Brasília, DF: Senado.

BRASIL. **Legislação Federal**, disponível em http://www.duo.inf.br/biblioteca_leis.htm - Data de acesso 14/06/04.

BRASIL. **Lei nº 3924**, de 26 de julho de 1961. Brasília, DF: Senado.

BRASIL. **Lei nº 9605**, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, DF: Senado.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Vários aspectos do meio ambiente**. Disponível em: <http://www.mundodosfilosofos.com.br/lea14.htm>>. Acesso em: 10.Out.2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARRAMENHA, Roberto. **Natureza jurídica das exigências formuladas no licenciamento ambiental**. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/caouma/doutrina/Amb/Teses/Natureza%20licenciamento%20-%20Carramenha.htm>>. Acesso em: 11.Out.2005.

CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação de Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CERQUEIRA, Jorge Pedreira de. **Os princípios do direito ambiental**. Disponível em: <http://www.jcca.com/novo/Principios_do_Direito_Ambiental.pdf>. Acesso em: 11.Out.2005.

COSTA, Maria de Fátima. **História de um País Inexistente**: O Pantanal entre os séculos XVI e XVIII. São Paulo: Kosmos, 1999.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais Como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica,

2000.

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

_____; *et alli*. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**, Rio de Janeiro, UFRJ/IPHAN, 1997.

IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - Disponível em:

<http://www.iphan.gov.br>; Acesso em 20/07/2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Responsabilidade Civil**. 8. ed., revista de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

JESUS JÚNIOR, Guilhardes de. **Direito ambiental: espaço de construção da cidadania**. 17.Out.2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4378>>. Acesso em: 11.Out.2005.

JURIS Ambiente. **Áreas de Preservação Permanente**. Disponível em: <<http://www.jurisambiente.com.br/ambiente/areadepreservacaol.shtm>>. Acesso em: 11.Out.2005.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Florianópolis, 1999. 351p. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.

MACHADO, Paulo Leme. **Direito Ambiental**, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTAGU, Ashley. **Introdução à Antropologia**. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 1977.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **A proteção do patrimônio cultural**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3160> - Data de acesso 29/04/2004.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. **A participação da sociedade na proteção do patrimônio cultural**. Disponível em <http://www.ultimaarcadenoe.com> - Data de acesso 12/06/2004

SANTOS, J. L dos. **O que é cultura?** Editora Brasiliense. São Paulo: 1997

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SCHIMITT, Fernanda. **Tombamento: Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional à Luz da Constituição Federal, Dec.-Lei n.25 de 30/11/37 e Lei n. 3.924 de 20/07/61**. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/administrativo/tombamento.htm> - Data de acesso em 12/06/2004.

TAVARES, Ademário Andrade. **A indenização na limitação administrativa** (em matéria ambiental) e o novo conceito de desapropriação indireta. 24.Abr.1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1722>>. Acesso em: 12.Out.2005.