

Universidade Católica de Santos

Mestrado em Direito

Possibilidade e necessidade do tombamento judicial no direito brasileiro: uma  
análise da extensão de sua tutela

MARCELO VANZELLA SARTORI

Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado em Direito da Universidade Católica  
de Santos, como requisito parcial para obtenção  
do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Ambiental.

Orientador: Dr. Fernando Fernandes da Silva.

Santos  
2007

## DEDICATÓRIA

Aos principais concretizadores deste sonho, os quais orgulhosamente fui abençoado em tê-los como meus pais, **Helena e Edgar.**

À minha doce esposa **Daniela** e ao nosso lindo fruto, **Felipe**, no qual visualizo o sentido do cuidado aos bens ambientais e ao patrimônio cultural para as futuras gerações.

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho que, 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 o trajeto de abdições e tempo despendido pelo interessado em aprofundar seus conhecimentos em benefício da sociedade. Concretiza-se no seguimento das regras que formam a dissertação e ocultam a parte humana de trabalho constante sobre a pesquisa e o saber.

Para isso, cabe-me também agradecer o resultado de todo este trabalho àqueles que possibilitaram este sonho, agora concreto, apoiando-me de forma incondicional e irrestrita desde o início, sem se importarem quais seriam os frutos a serem colhidos com tal propósito: meus pais, **Helena e Edgar**.

À minha esposa e eterna companheira **Daniela**, que me mostrou sempre que todo este esforço seria possível e gratificante, como se mostra agora. Abdicou-se de minha presença por um ideal meu, que agora passa a ser também seu, pela nossa união cada dia mais fortalecida.

À minha irmã **Daysa** e meu cunhado **Paulo**, pelos incentivos, apoio e companheirismo desde o primeiro momento.

Aos meus professores que tiveram a paciência de me colocarem a pensar e a me fazerem um cidadão. Principalmente aos professores do curso de mestrado em direito da Universidade Católica de Santos, em especial à Profa. **Solange Teles da Silva**, por todo apoio e crença na possibilidade de alcance deste objetivo, acreditando sempre em meu potencial, incentivando-me e principalmente ensinando os caminhos do direito ambiental com maestria, capacidade, honestidade e humildade.

Ao meu orientador Prof. **Fernando Fernandes da Silva** que encampou esta cruzada ao meu lado, sabendo me colocar como pessoa capaz a desenvolver um trabalho por meus próprios méritos e que me mostrou os melhores caminhos para alcançar este objetivo, sempre de forma coerente e digna.

Ao Prof. **Carlos Alberto de Salles**, que após o destino nos separar da rotina dos ensinamentos, possibilitou nosso reencontro participando como membro da banca examinadora e também, apontando os caminhos dignos de uma boa pesquisa jurídica.

O querido e tenro mestre **Paulo Affonso Leme Machado**, por ser o responsável pelos primeiros ensinamentos aprofundados aos quais encetei no Direito Ambiental.

Por fim, a todos os meus familiares que sempre me apoiaram e sempre se interessaram na minha vida acadêmica, principalmente minha Tia **Mathilde**, a quem agradeço a todo apoio pelo meu esforço e trabalho concretizados aqui.

A todos os funcionários da Universidade Católica de Santos, aos quais agradeço na pessoa da Secretária **Cátia** que demonstrou competência e carinho neste importante exercício de apoio aos discentes.

Para tanto, agradeço ter concluído o presente trabalho com o auxílio de amigos e colegas que, como eu, se dedicaram ao compromisso em crescer intelectualmente (e isso contribuiu muito para minha formação como pessoa), colocando este fruto a serviço do bem comum. Em especial, ao grande amigo de estudos **Marcelo Nogueira Camargos** (que se tornou meu irmão e fraterno amigo pessoal pela congruência de ideais e pelo companheirismo

demonstrado a todo tempo), à **Verônica Maria Teresi** e **Ana Célia Lobo**, colegas de mestrado que me receberam muito bem, desde o início, na cidade de Santos.

Também aos meus amigos pessoais que compreenderam e apoiaram minha caminhada acadêmica, aos quais agradeço nas pessoas de **Gustavo Bueno**, **Raul Rodolfo Toso Júnior**, **José Maurício Conceição** e **Nóra Ney de Oliveira**.

Não poderia deixar de lado a gratidão a **Deus** por nunca deixar me faltar saúde e força para seguir no caminho que agora inicio, o da contribuição à vida acadêmica e aos anseios sociais.

A todos, só posso dizer: **Muito obrigado!**

Santos/SP, março de 2007.

## RESUMO

O patrimônio cultural apresenta uma série de relações com diversos aspectos relevantes à sua importância histórica e com finalidade de conservação da memória de uma nação, de um povo e apresenta relação de integração com o meio ambiente.

Essas características passam por relações jurídicas que são abordadas no presente estudo, seguindo-se um caráter analítico sobre a questão constitucional da proteção do patrimônio cultural e de uma das suas formas de instrumentos previstos, ou seja, o instituto do tombamento.

Propõe-se analisar uma questão discutida somente quando do surgimento dos problemas de proteção de patrimônio cultural, quando da omissão do Poder Público em proteger o bem cultural conforme lhe incumbem os mandamentos constitucionais e legais, situação que gera uma lacuna legislativa a respeito da intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, a poder (ou dever) intervir nos casos de determinação da proteção do patrimônio cultural.

Surge a presente proposta tendo como objeto específico demonstrar a possibilidade, ou não, de provimento judicial com intuito de dar proteção jurídica a determinado bem cultural. Em busca dessas respostas é que se elegeu a linha condutora de pesquisa do presente trabalho.

Busca-se suprir a falta de regulamentação expressa da legislação quanto ao exame, no ordenamento jurídico brasileiro, da possibilidade de um *tombamento judicial*, propiciando fundamentos aos profissionais do direito para que possam argüir em favor da implementação de ações sociais voltadas à relevante prestação de serviço em benefício da coletividade.

Com base na análise da jurisprudência selecionada neste estudo, focaliza-se o tratamento dado aos casos concretos propostos e análise da forma de supressão da lacuna legislativa a esse respeito.

Para isso, o estudo aponta que, em sede de ação coletiva, provocada a dar provimento e concretização como resposta à sociedade desta situação, encontra-se um canal adequado (o poder Judiciário) para tentar suprimir a falta daquela prestação da cultura prevista como obrigatória pelo poder público em geral.

Os resultados da pesquisa apontam para a possibilidade efetiva do Poder Judiciário agir com o intuito de declarar a relevância do bem cultural e sua devida proteção diante da omissão do Poder Público e diante da previsão expressa na Constituição sobre tal possibilidade, propondo-se uma tipologia sobre a forma processual adequada de se provocar o Poder Judiciário para agir neste sentido.

Palavras-chaves: Tombamento Judicial; Patrimônio Cultural; Provimento.

## ***ABSTRACT***

The cultural heritage presents a series of relations with various relevant aspects to its historical importance and with the purpose of preserving a nation and its people memory and presents a relation of integration with the environment.

These characteristics go through legal relations that are mentioned in the present study, followed by an analytical character on the constitutional question of the cultural heritage protection and one of its forms of instruments, that is, the institute of the *tombamento*.

It is considered to analyze a question only argued when the problems with protection of cultural heritage appear, when the Public Authority remains still about the protection of cultural heritage, situation that generates a legislative gap regarding the intervention of the Judiciary Authority, when called to decide on something, to be able to intervene in the cases of determination of the cultural heritage protection.

The present proposal appears having as specific object to demonstrate the possibility, or not, of judicial provisions intending to give legal protection to cultural heritage. In the search for these answers a conducting line of research was chosen for the present work.

It looks to supply the lack of regulation of the legislation concerning examination, of the possibility of *tombamento judicial* in the Brazilian legal system, giving foundation for law professionals to can discuss the implementation of social actions aiming the relevant service in benefit of the people.

Based on the analysis of the selected jurisprudence in this study, it focuses on the treatment given to the concrete cases considered and analysis of the ways to suppress the legislative gap in this respect.

Based on that, the study points that, collective legal cases aiming concretion of this right as reply to the society for this situation, finds an appropriate canal (the Judiciary Authority) in order to suppress the lack of an appropriate installment of the culture seen as mandatory for the Public Authority in general.

The results of this research point out the effective possibility for the Judiciary Authority to act aiming the declaration of relevance of cultural heritage and its protection before the omission of the Public Authority and before the express prevision in the Constitution about this possibility, proposing an appropriate kind o procedural form to claim an action from the Judiciary Authority in this direction.

**Key words:** **Tombamento Judicial**, Cultural Heritage; Possibility.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>Capítulo I</b>	
DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL E DO TOMBAMENTO.....	15
1.1 Da relação constitucional do artigo 225 com os demais interesses constitucionais do Patrimônio Cultural.....	17
1.2 Os direitos culturais específicos na CF de 1988.....	18
1.2.1 Da proteção do patrimônio cultural nas edições anteriores das constituições brasileiras.....	22
1.3 Do instituto do tombamento e sua previsão constitucional.....	25
1.3.1 Conceitos de tombamento.....	26
1.3.2 Do ato de tombar.....	29
1.3.3 Dos bens suscetíveis de tombamento.....	30
1.3.4 Das modalidades do tombamento.....	34
1.3.5 Generalidades sobre o processo de tombamento.....	35
1.3.6 Do cancelamento, da nulidade, da indenização e demais generalidades do instituto do tombamento.....	37
1.3.7 Natureza jurídica do tombamento.....	40
1.4 Tombamento como instrumento de caráter declaratório da relevância cultural do bem a ser tutelado.....	41
<b>Capítulo II</b>	
A TUTELA JURISDICIONAL DE BENS CULTURAIS MEDIANTE AÇÕES COLETIVAS.....	44
2.1 Da responsabilidade do Poder Público e da Coletividade.....	47
2.2 Processos Coletivos.....	49
2.3 A previsão constitucional de direitos metaindividuais.....	62
2.4 Instrumentos infraconstitucionais brasileiros de proteção coletiva.....	64
<b>Capítulo III</b>	
DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL PELO PODER JUDICIÁRIO.....	67
3.1 A hipótese de omissão do Poder Público quanto à proteção do patrimônio cultural brasileiro.....	68
3.2 O princípio constitucional da separação dos poderes e sua aplicação em matéria ambiental de proteção do patrimônio cultural.....	75
<b>Capítulo IV</b>	
AÇÕES COLETIVAS E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	83
4.1 As ações civis públicas.....	84
4.1.1 O instituto do inquérito civil.....	88
4.1.2 A hipótese do compromisso de ajustamento de conduta.....	89

4.2 As ações populares.....	90
4.3 Outros institutos de defesa do patrimônio cultural.....	92
4.4 Do exercício da tutela jurisdicional de patrimônio cultural.....	93

## **Capítulo V**

O PROVIMENTO JURISDICIONAL PELO TOMBAMENTO E A JURISPRUDÊNCIA CORRELATA.....	97
5.1 Aspectos gerais dos julgados pesquisados.....	98

## **Capítulo VI**

TIPOLOGIA DO TOMBAMENTO JUDICIAL ATRAVÉS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	105
6.1 Das condições da ação.....	106
6.2 A ameaça ao patrimônio cultural como bem jurídico tutelado.....	108
6.3 Possibilidade de pedido de liminar.....	110
6.4 Da causa de pedir.....	110
6.5 Do pedido.....	111
6.6 Natureza do provimento.....	112
6.7 Da lacuna da legislação sobre patrimônio cultural.....	113
<b>CONCLUSÃO</b> .....	115
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	123
<b>ANEXO I</b> .....	134
<b>ANEXO II</b> .....	135
<b>ANEXO III</b> .....	136
<b>ANEXO IV</b> .....	137
<b>ANEXO V</b> .....	138

## INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural apresenta uma série de relações com diversos aspectos relevantes à sua importância histórica e com finalidade de conservação da memória de uma nação, de um povo bem como, apresenta relação de integração com o meio ambiente constitucionalmente protegido.

Essas características permeiam por relações jurídicas complexas, as quais são abordadas no presente estudo, seguindo-se uma abordagem de caráter analítico sobre a questão constitucional da proteção do patrimônio cultural e de uma das suas formas de instrumentos previstos, ou seja, o instituto do tombamento.

Em razão da existência do sobredito aparato constitucional e legal, propõe-se analisar uma questão discutida somente quando do surgimento dos problemas de proteção de patrimônio cultural, permeando situações fáticas determinadas e sem encontrar previsão legal cristalina a esse propósito da coletividade.

Trata-se do problema da omissão do Poder Público em proteger o bem cultural conforme lhe incumbem os mandamentos constitucionais e legais, situação que gera uma lacuna legislativa a respeito expresso da intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, a poder (ou dever) intervir nos casos de determinação da proteção do patrimônio cultural.

Sob este aspecto pontual, surge a presente proposta, que tem como objeto específico demonstrar a possibilidade, ou não, de provimento judicial com intuito de dar proteção jurídica a determinado bem cultural. Em busca dessas respostas é que se elegeu a linha condutora de pesquisa do presente trabalho.

Com a exposição do problema e das realidades atreladas à temática proposta, tem-se que o objetivo da presente dissertação é o de suprir a falta de regulamentação expressa da legislação quanto ao exame, no ordenamento jurídico brasileiro, da possibilidade de um *tombamento judicial*. Esta hipótese coloca o Poder Judiciário em situação de declaração e reconhecimento não só da omissão legislativa, mas também da omissão de ações de proteção pelos demais Poderes da nação. Para tanto, o Judiciário encontra guarida em disposições legais pré-existentes.

Com o objetivo de contribuir para o avanço na pesquisa acadêmica, a proposta introdutória da presente dissertação leva a uma complementação teórica dos aspectos relativos ao patrimônio cultural que encaminhará o estudo para sua principal vertente: propiciar fundamentos aos profissionais do direito em suas mais diversas formas de atuação em questões desta natureza para que, reflexamente, possam argüir em favor da implementação de ações sociais voltadas à relevante prestação de serviço em benefício da coletividade.

Justifica-se tal desafio exatamente pela observância da lacuna legal em tratar claramente o assunto relativo ao *tombamento judicial* como forma de atuação do Judiciário em demandas de proteção do patrimônio cultural, sendo que na maioria dos casos observar-se-á situações esporádicas e pontuais a respeito de tal implementação, surgindo a falta de pacificação quanto à matéria indagada.

A metodologia usada para a efetivação desta dissertação seguiu a vertente inicial de tratar o fato em relação direta com a análise da jurisprudência centrada e selecionada pelas razões que seguem expostas nesta introdução, deste modo foi possível focalizar o tratamento dado aos casos concretos propostos e, consecutivamente, analisar a forma de supressão da lacuna legislativa a esse respeito.

Num segundo momento, a pesquisa se apóia sobre a doutrina brasileira relativa à proteção do patrimônio cultural, intimamente ligada às questões de caráter ambiental e que

são competentes para responder aos propósitos expostos na hipótese de trabalho ora apresentada.

O caminho aqui apontado para tal análise segue como maneira de informar e sugerir as diretrizes a serem suprimidas e seguidas diante do caso exposto.

Trata-se, portanto, da inclusão na discussão sobre os direitos culturais descritos na Constituição Federal brasileira de 1988 – CF/88, levantando como era o tratamento desta proteção em edições anteriores das respectivas Constituições.

Em seguida, cabe apontar sobre o tombamento na CF/88. Analisando os conceitos que tal instituto carrega, mediante apontamentos de doutrinas a seu respeito, expondo os bens passíveis de tombamento, o ato próprio de tombar, dentre outras peculiaridades sobre o instituto em pauta.

Sobreditas considerações a respeito do instituto do tombamento apontam significativos panoramas para compreendê-lo como instrumento de proteção do patrimônio cultural. Portanto, este suporte inicial dá possibilidades de definição e resposta a respeito do posicionamento, no direito brasileiro, sobre a possibilidade de provimento judicial e os limites do chamado instituto do *tombamento judicial*. Ou seja, entendendo se este ato é passível de exigência pelo Poder Judiciário, esclarecendo o que vem a ser o tombamento como ato da administração pública (Poder Executivo) e/ou ato do Poder Legislativo de início e posteriormente, problematizando a presente situação na hipótese de adotar uma terminologia não prevista em lei, mas utilizada pela doutrina pesquisada.

Para fomentar o problema exposto, a pesquisa parte para análise sobre a tutela jurisdicional de bens culturais com o uso de ações coletivas possibilitadas no direito brasileiro, analisando os fundamentos jurídicos para dar uma resposta concreta à problemática processual sobre a declaração, ou não, do reconhecimento do valor cultural de certos bens, por intermédio da provocação do Poder Judiciário para tal.

Diante destes parâmetros, o trabalho foca o estudo dos problemas de efetividade e legitimidade do Poder Judiciário em intervir diretamente no direito de particulares e também no direito dos entes públicos, para exigir medidas de proteção do patrimônio cultural pelo tombamento judicial, levantando-se as responsabilidades do Poder Público e da coletividade a esse respeito.

A exposição das vertentes e objetivos dos processos coletivos como caráter iminente e funcional de dar proteção aos bens culturais, é abarcada pela sua tangência com as exigências de políticas públicas e cumprimentos de demais obrigações no sentido de colocar à altura do Poder Judiciário a concretização dos anseios e dos direitos coletivos, mesmo que em razão de tomada de decisões em face de outros entes que formam o Poder Público.

O trabalho busca expor e aprofundar o aspecto processual judicial da matéria: uma das formas de preservação do patrimônio cultural brasileiro, sua tutela preventiva e repressiva, com ênfase na explicitação da forma do *tombamento judicial* de bens culturais.

Questões a respeito da adequação ou inadequação, possibilidade ou impossibilidade e ainda, sobre os limites do tombamento judicial fomentam o interesse no presente estudo, pois a indagação principal que surge com a pesquisa ora proposta, resta, como objetivo central, o esclarecimento da hipótese final do trabalho sobre as elucidações dos questionamentos apontados.

Por fim, o estudo trata de hipótese específica de omissão do poder público em tomar atitudes legais que lhe são impostas por meios legais e constitucionais, surgindo possibilidade do Poder Judiciário vir a determinar o *tombamento judicial*. Com isto, se trilha o caminho da explicitação e conclusão do que venha a ser o *tombamento judicial*, sua necessidade de ser feito e qual o motivo que leva a efetivação de tal instituto.

Compreende-se, para tanto, que a terminologia *tombamento judicial* tem encontrado na doutrina e jurisprudência o aparato de dar resguardo ao intuito maior de proteção do bem

cultural. Destaca-se que o fato em tela vai além da possibilidade de o Poder Judiciário vir a realmente tomar. Na realidade, o Judiciário está dando o provimento de proteção do patrimônio cultural, mediante a tutela jurisdicional e os efeitos do tombamento diante da omissão dos demais entes do Poder Público.

Como os assuntos se interligam, surge a necessidade de contemplar e indagar quais as formas e como funcionam os instrumentos de proteção do patrimônio cultural. Tudo para eleger e exigir procedimentos processuais eficazes e também para exigir do Poder Público atitudes (principalmente através da implementação de políticas públicas eficientes) para fazer valer o direito ao patrimônio cultural como um bem de interesse difuso. Portanto, parte o estudo volta-se para a análise das ações coletivas e para a questão da proteção do patrimônio cultural, denominando-as e apontando suas peculiaridades de acordo com a utilização eficaz dos instrumentos em prol da coletividade.

Para confirmar as providências doutrinárias e levantamentos que o estudo aponta, segue-se a análise do provimento jurisdicional pelo tombamento por meio do estudo de jurisprudência ligada exatamente a esta terminologia proposta, sendo que, para isso, a presente pesquisa se apóia nas idealizações para levantar, a título de contribuição especial à jurisdição do Estado de São Paulo, principalmente analisando decisões monocráticas e dos respectivos tribunais competentes para julgamento em graus de recursos de demandas iniciadas nas regiões da Baixada Santista, interior paulista e capital.

Portanto, a análise jurisprudencial que neste estudo se apresenta aponta para um levantamento qualitativo de julgados, nos quais a intervenção do Poder Judiciário se manifestou a respeito das demandas culturais de proteção junto ao Estado de São Paulo, (jurisdição em que se situa a instituição de ensino que abriga a presente pesquisa) que possui uma Câmara Especializada em Meio Ambiente no Tribunal de Justiça do Estado<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Vide Resolução nº 240/2005 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Anexo I.

competente para julgar as lides de tal gênero, tratando também de julgados referentes às questões de preservação do patrimônio cultural.<sup>2</sup>

A citada pesquisa jurisprudencial firmou parâmetro específico sobre o termo *tombamento judicial*, num universo de cerca de 32 julgados sobre este tema e nestes termos, dentre eles, julgados de primeira instância, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal; estes dois últimos como instâncias recursais máximas. Outros julgados contribuíram, mas não tratavam especificamente sobre *tombamento judicial*. De tal pesquisa, surgem os apontamentos e conclusões de como a matéria é tratada neste ambiente delimitado de atuação.

Enfim, a pesquisa instiga a uma proposta de tipologia do tombamento judicial pela ação civil pública, meio processual adequado a dar proteção ao patrimônio cultural.

Em razão das situações analisadas na doutrina e jurisprudência nacionais, tal proposta se mostra como contribuição a definições sobre a possibilidade e os limites de tal atitude pelo Poder Judiciário, colocando-o diante de situações concretas de resposta social e relação direta com a proteção do patrimônio cultural em prol da coletividade.

Seguem ao final, as críticas conclusivas extraídas da pesquisa efetuada para a composição da formação acadêmica, teórica e profissional dos membros da comunidade e dos profissionais da área do direito, em como agir diante da situação-problema levantada no estudo em pauta.

---

<sup>2</sup> AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Meio ambiente – Tombamento – Ato da administração, a quem o juiz não pode substituir, passível de revisão e modificação, que contém requisitos formais e procedimentais próprios – Hipótese – Surgimento de dificuldades se determinado pela via judicial, obstando, a coisa julgada, eventuais alterações que eventualmente se fizerem necessárias – Possibilidade – Atendimento ao aspecto ambiental do caso ante a criação de parque pelo Decreto Estadual nº 50.597/06 – Ocorrência – Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 467.527-5/0 – São Paulo – Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça – Relator: Torres de Carvalho – 19.10.06 – V.U. – Voto nº 295/06)

## **Capítulo I**

# **DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL E DO TOMBAMENTO**

O patrimônio cultural é considerado bem constitucionalmente protegido, sobretudo nos termos dos artigos 215, 216 da Constituição Federal de 1988 – CF/88, que dita ser de responsabilidade do Poder Público e da coletividade o poder-dever de cuidar, zelar, proteger, impedir, preservar, garantir, apoiar, promover e franquear o patrimônio cultural para que seja devidamente respeitado e inserido nos direitos sociais, passando a fazer parte das atribuições do Estado. Concomitantemente, o artigo 225 da CF/88 incumbe também à coletividade e ao Poder Público o poder-dever de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo este um direito de todos.

Ora, se os ditames constitucionais sobreditos definem tanto a proteção do patrimônio cultural do homem quanto a tutela do meio ambiente como um direito de todos, cumpre-se notar que os instrumentos e institutos utilizados na defesa do meio ambiente natural certamente se encaixam de forma adequada para a defesa do meio ambiente cultural, pois meio ambiente sadio é aquele composto também pelas adequações e modificações que os seres humanos implementam no mundo dos fatos de modo a integrá-los ao cotidiano dos cidadãos brasileiros.

Portanto compete tanto aos órgãos públicos federais, quanto aos estaduais, quanto ainda aos municipais e aos do Distrito Federal, a tutela do patrimônio cultural brasileiro,

conforme descreve a Constituição Federal de 1988 ao tratar em vários artigos sobre as competências em matéria de patrimônio cultural.<sup>3</sup>

Em relação à cultura e aos bens culturais, ou seja, ao patrimônio cultural, nunca antes um texto constitucional brasileiro lhes dedicou tanta profundidade. Pela primeira vez surge a denominação patrimônio cultural e sua definição. Outra novidade é a distinção entre patrimônio cultural e natural, este último sob a denominação de patrimônio ambiental. O meio ambiente passa a constar de capítulo específico (artigo 225 da CF/88).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Artigo 23 da CF/88 - *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 e cultural; V – propiciar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.*

O que se nota de referida sistemática federativa quanto ao patrimônio cultural brasileiro é o regramento pela Constituição Federal de 1988, ampla e organizadamente, das competências exclusivas, das privativas com possibilidade de delegação, das competências concorrentes com formação de normas gerais e das competências suplementares residuais dos estados e municípios. (vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p.187). Na mesma linha, a Constituição determinou a divisão de competência quanto à administração dos bens, ou seja, competência material. (vide *ibid.* p.188)

A Constituição Federal de 1988 inseriu diversas normas relativas à preservação do meio ambiente, ordenando a distribuição das competências administrativas e legislativas, que regem as relações entre a Federação e o Estado. Tais competências foram divididas em privativas, comuns e concorrentes, sendo certo que as dificuldades surgem quando da aplicação das duas últimas, uma vez que inexiste uma clara definição onde cada uma delas se inicia e se finda. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2005. pp.105/108)

Quanto à competência concorrente, esta decorre do art. 24 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que o meio ambiente é de competência, da União, dos Estados e do Distrito Federal, de forma concorrente. A concorrência é a possibilidade de iniciativa na área da legislação ambiental para os Estados e para o Distrito Federal, se a União se mantiver inerte.

O parágrafo 3º do art. 24 da CF/88 prevê a competência plena dos Estados para atender suas peculiaridades desde que se ajuste ao disposto em norma federal ambiental superveniente.

Já a competência suplementar dos Estados em matéria ambiental está prevista no art. 24, § 2º da CF/88, determinando que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Esta competência visa suprir qualquer falta da legislação existente. A capacidade suplementar está condicionada à necessidade de aperfeiçoar a legislação federal ou diante da constatação de lacunas ou de imperfeições da norma geral federal. (MACHADO, *op. cit.*)

Especificamente quanto à questão de competências e patrimônio cultural, temos em síntese que a competência legislativa (o poder de inovar na ordem jurídica) é poder-dever de todas as esferas políticas. (vide REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural. Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p.120)

O corpo legislativo constitucional que estabelece a relação acima está delimitada nos artigos 24, VI, VII, VIII e IX, 25, §1º, 30, I, II, IX e 32, §1º da CF/88.

<sup>4</sup> Texto extraído do *site* do Ministério da Cultura: [www.minc.gov.br](http://www.minc.gov.br) ; Consultado na data de 29-08-2005.

O patrimônio cultural, por seu turno, tem relevância descrita em vários capítulos do Texto Maior pátrio<sup>5</sup>, destacando-se o descrito pelos seus artigos 5º, LXXIII, 23, III ao VII, 24, VI ao IX, 30, IX, 170, 215, 216, 220, 221.

### **1.1 Da relação constitucional do artigo 225 com os demais interesses constitucionais do Patrimônio Cultural**

O artigo 225 da CF/88 tem por bandeira principal o zelo e a preservação do meio ambiente, com o uso dos recursos naturais renováveis de forma sustentável.

A relação do meio ambiente com a questão dos interesses de preservação e zelo do patrimônio cultural brasileiro se dá através, justamente, da inter-relação dos dispositivos constitucionais supracitados. Oportuna a lição a seguir:

Ainda a respeito da constituição, cabe ressaltar a relevância da inclusão dos artigos referentes ao patrimônio cultural e meio ambiente em nosso texto maior, como referência da interação desses direitos no meio social humano. Cabe nos valer do seguinte ensinamento “neste sentido, é oportuno salientar que todas as atividades transformadoras dos recursos naturais e culturais se sujeitarão às normas de proteção do meio ambiente, sendo sempre precedidas de adequado planejamento, de prévio estudo de impacto ambiental e indispensável licenciamento, além de outras providências de controle e fiscalização permanentes. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de

---

<sup>5</sup> A Constituição Federal de 1988 enriquece e fortalece a tutela do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, introduzindo de forma explícita, em seu capítulo VI, o fundamento comum das normas constitucionais ambientais. Isto nos leva a concluir que referido texto Constitucional apresenta um avanço notório nas causas de interesse, proteção e prevenção contra a degradação ambiental, incumbindo ao Poder Público e à coletividade o poder-dever de zelar por tal bem metaindividual. Assim, oportuna a colocação deste dispositivo constitucional que vem adequar parâmetros para o estabelecimento da busca do desenvolvimento sustentável, na interação com demais interesses constitucionalmente protegidos. Um desses fundamentos de relevância fica claro ao ser exposto quando da compreensão da forma do artigo 225 da CF/88 como um instrumento legalmente autônomo do meio ambiente, aplicando-se um tratamento jurídico das partes a partir do todo. (Vide ensaio de BENJAMIN, Antonio Herman. *O meio ambiente na Constituição Federal de 1988*. in *Desafios do Direito Ambiental no século XXI*. KISHI, Sandra Akemi Shimada. SILVA, Solange Teles da. SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.) São Paulo: Malheiros, 2005. p. 365). No mais, a técnica do artigo 225 da CF/88 demonstra as regras gerais para a aplicação da melhor forma desta busca pelo desenvolvimento sustentável, da preservação dos recursos naturais, da educação ambiental, dos instrumentos para esta aplicação e muitos outros detalhes que se associam aos demais interesses da Constituição na busca do equilíbrio ecológico. (art. 225 da CF/88)

desenvolvimento social e econômico (art. 180), evidentemente de forma compatível com a preservação do patrimônio ambiental, tanto o natural como o cultural (CF, art. 170, VI c/c arts. 225, 216)<sup>6</sup>

A menção constitucional à preservação do meio ambiente cultural e natural é rica e clara ao atribuir deveres e responsabilidades ao Poder Público e à coletividade (arts. 215, 216, e 225 da CF/88), acarretando aos entes responsáveis, as respectivas incumbências político-administrativas, civis e criminais, no caso de descumprimento das imposições ali constantes, levando à consagração da política ambiental do país, harmonicamente interagindo com as demais políticas presentes na CF/88 (por exemplo: Política Urbanística – art. 182 da CF/88, Política econômica – art. 170 da CF/88) e principalmente, para efeito desse nosso estudo, com a Política do Patrimônio Cultural (art. 216 da CF/88), prevenindo a destruição e descaracterização dos bens de valor cultural.<sup>7</sup>

## 1.2 Os direitos culturais específicos na CF de 1988

Da análise sobre a tutela do patrimônio cultural na Constituição Federal de 1988, podemos extrair que há uma convergência para um ponto específico dos ditames referentes aos direitos culturais brasileiros e o direito ambiental, podendo ser visualizados em três aspectos principais: o do fomento e incentivo das atividades culturais; da divulgação da cultura nacional e da sua preservação e defesa.

Atendo-se ao aspecto da preservação, nota-se que a relação entre patrimônio cultural e meio ambiente se justifica pelo fato de que o interesse pela preservação do patrimônio

---

<sup>6</sup> CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Normas de proteção do patrimônio cultural brasileiro em face da constituição federal e das normas ambientais*. in Revista de direito ambiental, nº 6, ano 2, abril-junho de 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 22

<sup>7</sup> *ibid.*

cultural vem da necessidade de conservação de um ambiente específico, ou seja, preservar o patrimônio cultural como uma forma de propiciar a sadia qualidade de vida humana.

Neste foco de pensamento cabe a oportuna posição de que a preservação do patrimônio cultural é, de forma única e simultânea, direito ambiental e tutela do patrimônio cultural.

Resta claro o reconhecimento da importância da preservação do patrimônio cultural na CF/88, quando esta descreve, no capítulo III - da educação, da cultura e do desporto, especificamente na seção II – da cultura – a previsão constitucional daquilo que anteriormente estava tratado em leis infraconstitucionais no direito pátrio, conforme se observa nos artigos 215 e 216 da CF/88.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II – produção, promoção e difusão de bens culturais;

III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV – democratização do acesso aos bens de cultura;

V – valorização da diversidade étnica e regional.

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.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma de lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I – despesas com pessoal e encargos sociais;

Diante do posicionamento e guarida dados pela Constituição, cabe menção do que leciona o constitucionalista José Afonso da Silva, dizendo que

a constituição de 1988 deu relevante importância à cultura tomando esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários de seus artigos (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX e 205 a 217)<sup>9</sup>

A acessibilidade à cultura (ou ao patrimônio cultural) está contida na CF/88 no Título VIII - da Ordem Social, logicamente relacionando-se com as atividades e necessidades de uma vida social do cidadão com direitos a serem exercidos, dando fomento a direitos que, tanto quanto fundamentais, são complementares.<sup>10</sup>

O citado jurista expõe um rol de direitos culturais reconhecidos na CF/88, tratando-os assim:

(a) direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) direito de difusão da cultura; (d) liberdade de formas de expressão cultural; (e) liberdade de manifestações culturais; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.<sup>11</sup>

Esclarece também que a CF/88 brasileira explicita uma “ordem constitucional de cultura formada pelo conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura”.<sup>12</sup>

---

II – serviço da dívida;

III – qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª edição. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 1997. p.314

<sup>10</sup> REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural. Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p.77

<sup>11</sup> SILVA, *op. cit.* p.316

<sup>12</sup> SILVA. *op. cit.* p.314

Com referência à relevância e formas de preservação e acessibilidade ao patrimônio cultural, temos que a constituição estabelece diretrizes específicas para fomentar tais propósitos, sendo oportuna a conclusão a seguir:

O Estado assume a responsabilidade, de acordo com o já apontado papel dos Estados sociais, de garantir a todos os brasileiros o pleno exercício dos direitos culturais, conforme mandamento expresso do art. 215 da CF. Reconhece, portanto, o seu papel ativo na construção e desenvolvimento da sociedade brasileira, que passa necessariamente pela cultura. Não cuidou a lei maior, de trazer uma definição explícita sobre o exato significado da expressão direitos culturais, questão que deve encontrar solução através de uma interpretação sistemática da Constituição, em conjunto com a análise da legislação infraconstitucional sobre o tema.<sup>13</sup>

Na mesma linha cabe lembrar o que dispõe sobre o tema Jorge Miranda:

É apenas o Estado Social que introduz de pleno os direitos culturais no contexto constitucional; é ele que, a par dos direitos econômicos com pretensões de realização pessoal e de bem-estar através do trabalho e de direitos sociais como pretensões de segurança na necessidade, introduz direitos culturais como exigências de acesso à educação e à cultura.<sup>14</sup>

Depreende-se dos autores mencionados que há relevância do patrimônio cultural capaz de demonstrar de maneira objetiva que a política cultural brasileira possui amparo constitucional de proteção e de ampla defesa.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> REISEWITZ, *op. cit.* p.120

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. *O patrimônio cultural e a constituição – tópicos in* Direito do patrimônio cultural. Lisboa: Instituto Nacional de Administração (INA), 1996. p.255

<sup>15</sup> O artigo 215 da CF/88 dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Seu § 1º assegura a proteção das “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Por sua vez, o § 1º do art. 216 atribui ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, a tarefa fundamental de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura; prescreve o dever fundamental de proteger as manifestações das culturas populares e o patrimônio cultural brasileiro; assegura a colaboração da comunidade na atividade de promoção e proteção dos bens culturais e dispõe sobre o estabelecimento, por lei, de incentivos para a produção e o conhecimento de bens a valores culturais. Estabelece de forma expressa, no caput do art. 216, a conexão entre patrimônio cultural e identidade cultural. É importante observar que a CF, a princípio, não faz qualquer tipo de restrição a este ou àquele bem quando se trata de incluí-los na vasta família dos bens culturais. No caput do art. 216 a Carta de 1988 elenca, como integrantes do patrimônio cultural brasileiro: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. É preciso, entretanto, que tais bens tenham relação com a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira – e me parece que para tanto, não seja possível prescindir da intervenção humana.

Os aspectos sobreditos da CF/88 sobre patrimônio cultural apontam a vertente específica de um embasamento observado como de vanguarda nas Constituições do México (1917) e na da República de Weimar (1919) na Alemanha, as quais apresentaram aos sistemas jurídicos a figura do Estado como interventor na ordem econômica, social, cultural e de trabalho dos cidadãos. Com essa figura do Estado do bem-estar social em confronto à figura antecessora do Estado liberal, explicitado nas citações acima, podemos afirmar que “abriu-se a possibilidade de preservar bens culturais ainda que de propriedade privada”<sup>16</sup> alicerçada pela Constituição alemã de Weimar que “introduziu no direito a idéia de que a propriedade gera obrigações”.<sup>17</sup>

Esta posição adotada na CF/88 apresenta reflexos na proteção do patrimônio cultural como bem coletivo tutelado em confronto às posições de direitos privados, a exemplo do direito à propriedade, que passa a obedecer requisitos de atendimento à função social da propriedade de caráter e incumbências coletivas para tal alcance.

### **1.2.1 Da proteção do patrimônio cultural nas edições anteriores das constituições brasileiras**

Em pesquisa às Constituições brasileiras que abordaram no passado a proteção do patrimônio cultural, temos o levantamento de que a CF de 1934, em seu artigo 10, III, atribuía

---

(CUREAU, Sandra. *Patrimônio, uma noção complexa, identitária e cultural*. in *Desafios do direito ambiental no século XXI*, KISHI, Sandra Akemi Shimada. SILVA, Solange Teles da. SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.) São Paulo: Malheiros, 2005. p.745/746)

<sup>16</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3ª edição ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p.60.

<sup>17</sup> Constituição de Weimar, art. 153º. A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam da lei. (...) A propriedade e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social. in MIRANDA, Jorge (org. e trad.) *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa nacional, Casa da moeda, 1980.

“à União e aos Estados a competência de proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico”;

A CF de 1937, em seu artigo 134, delimitava “os monumentos históricos, artísticos ou naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, do Estado e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

Já a CF de 1946, em seu artigo 175, previa que “as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público”.

Com a CF de 1967, em seu artigo 172, inaugurou-se a concepção de que “o amparo à cultura é dever do Estado”. E seu parágrafo único acresce que: “ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”. (A Emenda Constitucional de 1969 - EC/69 repetiu esses dizeres no artigo 180, parágrafo único).

Ou seja, o direito brasileiro passa a ter base jurídica constitucional, resultado de caminhos tomados pelos textos constitucionais pretéritos para dar início a uma modificação da concepção, à época prevalente, de direitos civis individuais, fortemente influenciados por regras de direito privado, de cunho econômico e sem função social premente.

Daí o fortalecimento de aparatos jurídicos e instrumentos de preservação e defesa do patrimônio cultural resultantes do contido no artigo 216, §1º da CF/88, ou seja, nos cinco instrumentos de proteção a tal patrimônio, taxados no texto constitucional como inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação bem como de outras formas de acautelamento e preservação.

A CF/88 não é estanque em determinar e descrever de forma taxativa os instrumentos de defesa e preservação do patrimônio cultural, mas sim, clara e exemplificativa em seu rol para tutelar referido patrimônio por quaisquer outras formas que surjam no mundo jurídico ou que emanem do mundo dos fatos com o intuito primordial de acautelamento dos bens de natureza material e imaterial em sentido *lato*, conforme descrito no artigo 216, *caput* de referido diploma.

As formas de proteção e preservação mencionadas na Constituição de 1988 se dividem naquelas criadas pelo texto constitucional (como o inventário, o registro e a vigilância), nas já criadas por mandamentos infraconstitucionais (como o tombamento e a desapropriação) e, por fim, naquelas medidas acautelatórias de proteção e preservação descritas no artigo 216, §1º da CF/88, as quais permanecem como possibilidades de surgimento via legal, via administração pública ou via judicial, como tradução do poder-dever da coletividade e do Poder Público.

Dentre os instrumentos mencionados, um dos mais conhecidos e tratados na literatura jurídica, nos tribunais (resultados de demandas judiciais envolvendo direito de propriedade e patrimônio cultural) e no conhecimento popular a respeito de formas de proteção do patrimônio cultural, é o tombamento.

A propagação de referido instrumento se deve principalmente pela época de edição do Decreto-lei nº 25/37, o diploma legal que dá guarida ao surgimento do tombamento no Brasil, nascido três anos após a primeira Constituição brasileira que incluiu a proteção do patrimônio cultural em seu texto<sup>18</sup>, mencionando a incumbência do Estado de cuidado com o patrimônio cultural e “incentivar a produção legislativa sobre a matéria”.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> CF/34 – Art. 10. trata da competência concorrente à União e aos Estados: III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte. Art. 148. estabelece que Cabe à União, aos Estados e Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, bem como prestar assistência ao trabalho intelectual.

<sup>19</sup> SOUZA FILHO. *op.cit* p. 60-61

Assim, o Decreto-lei nº 25/37 se consolida reconhecidamente como “lei do tombamento” e perdura vigente até os dias atuais como instrumento de defesa e preservação de bens relacionados e de reconhecido interesse, necessidade de proteção e identidade ao patrimônio cultural brasileiro.

Antes de se passar ao tratamento específico sobre o tombamento, cabe ressaltar que a CF/88 também menciona no texto do artigo 216, §5º, uma forma peculiar de tombamento, diversa daquela tratada no Decreto-lei nº 25/37, ou seja, o tombamento constitucional, como menciona o seguinte apontamento de Paulo Affonso Leme Machado

O § 5º do art. 216 da CF diz: “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”. Temos o primeiro tombamento constitucional, sendo objeto os antigos quilombos. Ainda que não tenha havido a individualização de cada área tombada, a preservação dos locais dos antigos quilombos passou a ser inquestionável com a promulgação da Constituição da República de 1988. Esses espaços territoriais só podem ser destruídos ou eliminados com uma emenda à Constituição.<sup>20</sup>

Para efeito de nosso estudo, este instrumento de proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural merece menção de seus aspectos relevantes sobre o tombamento, os quais nortearão o desenvolvimento específico do tema proposto sobre a possibilidade e limites de uma declaração judicial determinando o tombamento de um bem, como mais um instrumento de preservação e defesa do patrimônio cultural.

### **1.3 Do instituto do tombamento e sua previsão Constitucional**

O ambiente cultural recebe guarida legal ao refletirmos que os elementos criados pelo homem estão compreendidos na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo.

---

<sup>20</sup> MACHADO, *op.cit.* p.917.

Isto em razão da ação modificadora do ser humano na natureza, construindo a composição de um patrimônio cultural por suas atividades, crenças, costumes, devendo ser mantido em boas condições para que possa proporcionar aspectos positivos para a sadia qualidade de vida.

Estando incluso o patrimônio cultural na gama de direitos ao meio ambiente, temos que a preservação dos recursos ambientais/culturais é maneira de se garantir a sadia qualidade de vida humana prescrita como incumbência ao Poder Público e à coletividade através da CF/88.

A definição de patrimônio cultural brasileiro, estabelecido no artigo 216 da CF/88 nos fornece uma ampla visão da grandeza desses bens, os quais requerem instrumentos para garantir sua efetividade e atividade de conservação para a preservação de memórias de um povo.

Uma das formas de se garantir a preservação e defesa do patrimônio cultural brasileiro é através do tombamento, previsto no artigo 216, §1º, e que se passa a expor quanto às suas peculiaridades.

### **1.3.1 Conceitos de tombamento**

O tombamento é um instrumento que abriga características relacionadas ao direito público<sup>21</sup> em geral, especialmente direito administrativo, urbanístico, ambiental e outros ramos do direito, nos quais se notam intervenções quanto ao direito de construir, quanto ao direito de propriedade dos particulares e indenização, quanto às áreas do entorno de bens

---

<sup>21</sup> José CRETELLA JÚNIOR expõe que “*Instituto de direito administrativo, o tombamento caracteriza-se por ser disciplinado por um feixe de normas de direito público, exorbitantes e derogatórias de direito comum*”. in CRETELLA JÚNIOR, José. *Regime jurídico do tombamento*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, nº 112, p. 50-68, abr./jun. 1973, p.61

imóveis tombados, sendo esta faceta híbrida de contato e abrangência um ponto de discussões e posicionamentos diversificados na doutrina brasileira.

Para tratar do tombamento, faz-se um apanhado de entendimentos doutrinários, apontamentos sobre seu conceito, forma, tipos e abrangência dando-se diretrizes gerais sobre o instituto para posteriormente, aprofundar-se a questão do tombamento judicial.

Para tanto, colhe-se dos diversos conceitos a seguir, a complexidade e abrangência de doutrinadores e estudiosos do assunto sob a ótica do instituto do tombamento.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tombamento

é uma intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico.<sup>22</sup>

Diógenes Gasparini segmenta sua explicação do conceito de tombamento da seguinte forma

Como fato, é a operação material de registro do bem no livro do tomo correspondente, levado a efeito pelo agente público responsável. Como ato, é restrição imposta pelo estado ao direito de propriedade, com finalidade de conservá-la em razão do valor artístico, paisagístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico que representa para a coletividade. (...)

O tombamento, entre nós, é ato administrativo que submete bens ou coisas, particulares ou públicas, a um regime especial de proteção em face de sua vinculação a fatos memoráveis, da história do Brasil, ou por encerrar excepcional valor artístico, paisagístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico, a fim de evitar o seu perecimento.<sup>23</sup>

Antonio A. Queiroz Telles conceitua que

Tombar é, portanto, consignar nestes livros que determinada propriedade, seja pública ou privada, móvel ou imóvel, foi considerada de interesse social, submetida a partir daí, a um regime peculiar que objetiva protegê-la contra a destruição, abandono ou utilização inadequada.

---

<sup>22</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p.206

<sup>23</sup> GASPARINI, Diógenes. Tombamento II. in *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo, v. 74, p. 17

Tombamento equivale, igualmente, a colocar sob o abrigo e a tutela pública os bens que, pelas suas características históricas, artísticas, naturais, e arqueológicas, mereçam integrar o patrimônio cultural do país.<sup>24</sup>

Já numa linha mais voltada à análise e conceituação do tombamento de acordo com a CF/88, autores como Édis Milaré têm que o tombamento

Resulta de um procedimento administrativo complexo, de qualquer das esferas do Poder Público, por via do qual se declara ou reconhece valor cultural a bens que, por suas características especiais, passam a ser preservados no interesse de toda a coletividade. Seu fundamento, portanto, assenta-se na imperiosa necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social, como disposto nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da Lei Básica.<sup>25</sup>

Por fim, Carlos Frederico Marés de Souza Filho conceitua juridicamente tratando que

O tombamento é ato administrativo da autoridade competente, que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados. O tombamento se realiza pelo fato administrativo de inscrição ou registro em um dos livros do Tombo criados pelo Decreto-lei 25/37.<sup>26</sup>

Após doutrina selecionada de conceitos, tem-se por tombamento uma forma de proteção do patrimônio cultural que restringe a plena utilização do bem tombado pelo proprietário ou usuário, decorrente da proteção administrativa incidente sobre certos bens públicos ou particulares, de valor cultural, quer sejam prédios, áreas urbanas ou rurais, monumentos, sítios ou paisagens notáveis, geralmente após a realização de amplo procedimento administrativo, aclamações do Poder Legislativo, ou ainda, moções populares que reconhecem o bem como merecedor daquela proteção.

Apesar de não implicar em transferência do bem para o Poder Público, o tombamento impõe ônus real ao bem, dotando o Poder Público do direito de seqüela do mesmo em caso de alienação onerosa com preterição do direito de preferência, assim como do

---

<sup>24</sup> TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos tribunais. 1992. p.13

<sup>25</sup> MILARÉ. *op. cit.* p. 206

<sup>26</sup> SOUZA FILHO. *op. cit.* p. 83

direito de fazer, no bem tombado, quaisquer reparos ou melhoramentos que este necessitar para sua preservação. Tal direito se refere somente à coisa sobre a qual incidiu o tombamento, ou seja, aquela devidamente qualificada e descrita no livro do tombo.

### 1.3.2 Do ato de tombamento

A nomenclatura *tombamento* provém de fatores associados a nossa colonização Portuguesa, na qual os brasileiros utilizam tal termo pelo fato de que, em Portugal, na cidade de Lisboa, a Torre do Tombo faz parte do Instituto de Arquivos Nacionais, guardando os arquivos estatais. Em Portugal utilizam-se os termos “classificação e inventariação”.

Tombar um bem é inscrevê-lo em um dos livros do Tombo<sup>27</sup> existentes no IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou em livro apropriado da repartição estadual ou municipal competentes, não se encerrando com essa inscrição, mas continuamente presente na vida da coisa tombada.<sup>28</sup>

É uma forma de implementar a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público, através da ação dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, naturais, paisagísticos e outros relacionados à cultura, para a fruição das presentes e futuras gerações.<sup>29</sup>

Portanto, deve-se lembrar que o instituto do tombamento não se restringe ao ato de tombamento bens do patrimônio cultural brasileiro, mas de reconhecer importância a estes bens, dando a devida proteção e tutela por meio de procedimentos que atestem a relevância (popular

---

<sup>27</sup> Neste sentido, conferir em Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 535 e José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 512

<sup>28</sup> Conforme expõe Paulo Affonso Leme MACHADO, *op. cit.* p. 915

<sup>29</sup> MACHADO. *op. cit.* p. 915.

ou erudita) que os caracterizam de forma a dar incumbência ao Poder Público e à coletividade para preservá-lo.

### **1.3.3 Dos bens suscetíveis de tombamento**

Neste esteio, temos que o tombamento é uma forma de proteção do patrimônio cultural, que também tem como função valorizar socialmente os bens tombados, seja referente a um determinado bem cultural ou a um conjunto de bens desse porte, possuindo sistemática que integra os planos nacionais, regionais, estaduais metropolitanos e municipais (planejamento como forma racional de tomada de decisões individuais e coletivas, dirigida a ações sistemáticas, objetivando o bem-estar público, abrangendo os aspectos sociais, econômicos, físico-espacial-ambientais, ou outros de interesse público).

A CF/88, em seu art. 216, define patrimônio cultural como sendo “os bens de natureza material e imaterial”, opondo-se ao exposto no decreto-lei 25/37, que em seu artigo 1º constituía “o patrimônio histórico e artístico nacional pelo conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público”, estabelecendo um aparente contraponto das definições daquilo que pode ser abarcado pelo instituto do tombamento.

Logo, com a leitura do artigo 216 da CF/88, deve-se ater ao tratamento do patrimônio histórico de bens materiais e imateriais e não somente de bens materiais, como descritos no citado decreto-lei.

Ressalta-se que na literatura jurídica brasileira ocorrem posicionamentos diversos a respeito da possibilidade ou não de tombamento de bens imateriais, encontrando-se vertentes

que concebem o tombamento somente como instrumento de utilização e proteção de bens móveis e imóveis, ou seja, materiais.

Daqueles que se manifestam pela impossibilidade de tombamento de bens imateriais, podemos citar Marcos Vilaça, Eduardo Portella, Joaquim Falcão e Thomas Farkas quando alegam que o tombamento, em dadas circunstâncias, aplicado a bens imateriais, poderia asfixiar o dinamismo da proteção de um bem imaterial.<sup>30</sup>

A jurista Sonia Rebello de Castro também se posiciona pela inviabilidade de tombamento de bens imateriais, entendendo que a literalidade do Decreto-Lei 25/27 restringe tal instrumento somente a bens materiais.<sup>31</sup>

Em contrapartida, outros estudiosos do assunto, com relevante peso em pesquisas e aprofundamento na área ambiental/cultural, apontam entendimento favorável à viabilidade de utilização do tombamento para proteção de bens imateriais. Paulo Affonso Leme Machado, se posiciona no sentido de apoio ao tombamento de bens imateriais, alegando que em determinadas hipóteses bens culturais de significativa relevância por suas características e propriedades intangíveis necessitarão de proteção mais eficaz e contínua como se mostra eficiente o instrumento do tombamento para assim proceder.

Temos nestes termos que

Poderão ocorrer circunstâncias fáticas em que determinado bem, mesmo sendo de natureza imaterial, vá precisar de apoio e de controle do Poder Público. Esse controle não visará a algemar nem asfixiar o dinamismo do bem, mas a acompanhar bem de perto seu desenvolvimento.

Tomba-se um bem que precisa de proteção mais eficaz e contínua. A pretexto de que não haverá mais necessidade de investimento público para a conservação de bens culturais de natureza imaterial não se pode enfraquecer ou desestimular a política de tombamento quando este realmente se mostra necessário.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> VILAÇA, Marcos, PORTELLA, Eduardo, FALCÃO, Joaquim e FARKAS, Thomas. *Carta da comissão do patrimônio imaterial brasileiro ao ministro da cultura. O registro do patrimônio imaterial*. Brasília: Ministério da cultura/IPHAN/FUNARTE, 2003. pp. 71-73

<sup>31</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 69

<sup>32</sup> MACHADO. *op. cit.* p. 912

Também no apoio à tese de cabimento do tombamento para bens imateriais, Carlos Frederico Marés de Souza Filho fundamenta sua posição principalmente diante da análise constitucional do artigo 216 da CF/88 (que determina a proteção do Patrimônio Cultural de forma ampla, larga e por quaisquer dos demais instrumentos citados no seu § 5º) e pela colocação da proteção às paisagens (na letra do Decreto-lei nº 25/37). Portanto, diante de fatos, versões e análise lógica da estrutura do Patrimônio Cultural, bem como daquilo que se busca em prol de sua defesa e proteção pela Constituição e arcabouço infraconstitucional, há possibilidade de concretização do tombamento de bens imateriais, não só pela análise literal da lei, mas principalmente pela abrangência e amplitude de proteção que deve ser localizada no artigo 216 da CF/88, embora haja posições contrárias emanadas por respeitáveis autores.

Assim, sobredito estudioso aponta que

Finalmente, desde que fiquem estabelecidas as formas, nada impede que a legislação estadual ou a municipal utilizem o tombamento para a proteção dos bens intangíveis. (...)  
Isto é possível, porque o tombamento é um processo, um procedimento de proteção, cujas consequências, efeitos e conteúdos deve estar clara e precisamente estabelecidos; assim, estando estabelecidos conteúdo e efeitos, o procedimento do tombamento pode ser utilizado para registrar e reconhecer valor cultural aos bens intangíveis.<sup>33</sup>

Nota-se a que a proteção do Patrimônio Cultural deve ser tanto de bens materiais como de imateriais e possíveis de serem protegidas pelo tombamento, diferentemente da descrição restrita do Decreto-lei 25/37 que, à época de sua entrada em vigor, vislumbrava somente um caráter de valoração patrimonial daquilo que se relacionava à propriedade, a bens palpáveis enfim, móveis e imóveis.

Com a amplitude de proteção estabelecida pela CF/88 que sucedeu o citado Decreto-lei, sem revogá-lo, mas dando-lhe mais abrangência em prol da proteção do patrimônio cultural e utilizando-se do tombamento como seu principal (e por tempos o alvo mais

---

<sup>33</sup> SOUZA FILHO. *op. cit.*p.52

direcionado de discussões jurídicas e análise de utilização) instrumento de proteção, interpretamos que a CF/88 dá a devida guarida de proteção ao patrimônio cultural de forma ampla.

Depreende-se que todo patrimônio cultural (material ou imaterial, tangível ou intangível) é revestido por um significado imaterial que lhe dá justamente relevância de ser relacionado com a formação e identificação com a vida, com os costumes, tradições e transformações de um povo.

O material palpável, que engloba certos bens culturais é, em muitos casos, composto de ínfimo valor econômico, porém revestido de significado imaterial que está inserido em tal bem.

Oportuno mencionar que

Os bens culturais só o são porque guardam uma evocação, representação, lembrança, quer dizer, por mais materiais que sejam, existe neles uma grandeza imaterial que é justamente o que os faz culturais. A razão cultural da obra de arte não está no suporte nem nas tintas, mas na imaterialidade complexa deles criada. Uma casa, beleza natural, objeto ou instrumento tem valor cultural não pelo material com o qual estão construídos, mas pelo que evocam, seja um estilo, um processo tecnológico ou um fato histórico.<sup>34</sup>

Outro argumento que de certa forma se encontra explicitado no Decreto-lei 25/37 e que aventa a possibilidade de tombamento de bens imateriais, é a referência do tombamento de paisagens.

Entende-se que a paisagem é resguardada por sua beleza cênica, rara, de formações geológicas e/ou posição geográfica privilegiada e que necessita, em determinados casos, de proteção intensa para sua preservação, através de instrumentos jurídico-legais.

Desta feita, quando se tomba o local da paisagem, aplica-se um tombamento daquilo de mais imaterial que há naquele local, ou seja, sua beleza cênica, sua característica relevante

---

<sup>34</sup> SOUZA FILHO.*op. cit.* p.48

figurativa que embeleza, completa e faz parte de uma possibilidade de alimentar virtualmente o espírito humano ou de referenciar importantes manifestações de tradição na localidade.

Aplica-se para tanto, o instituto do tombamento aos bens imateriais como forma de acautelamento amplo e determinado na CF/88, sem deixar de se aplicar também os demais meios de valorização e promoção de referidos bens imateriais pelas suas outras formas<sup>35</sup>.

#### 1.3.4 Das modalidades do tombamento

Quanto ao regime do tombamento, temos que, conforme anteriormente mencionado, faz parte deste instituto a inscrição de sua instituição em um dos livros do Tombo ou no livro apropriado da repartição federal, estadual ou municipal competente, não se encerrando com essa inscrição, mas continuamente presente na vida da coisa tombada.

As modalidades de tombamento, de acordo com o Decreto-lei 25/37, podem ser:

a) quanto ao procedimento: **De ofício** (art. 5º - incide sobre bens públicos, mediante deliberação coletiva do órgão público sem contraditório, bastando a notificação à entidade que pertencer); **Voluntário** (art. 6º - incide sobre bens particulares, quando o proprietário o pedir e a coisa for considerada de valor cultural ou ainda, quando o proprietário anuir por escrito com o recebimento da notificação); e **Compulsório** (art. 6º - incide sobre bens particulares, nos casos de resistência ou impugnação pelo proprietário em anuir com o tombamento).

b) quanto a eficácia: **Provisório** (quando o processo administrativo deu início com a notificação do proprietário) ou **Definitivo** (quando concluído com a inscrição do bem no competente livro do Tombo).

---

<sup>35</sup> Vide Decreto federal nº 3551/2000 que prevê o instituto do registro como meio de preservação de bens imateriais. Salienta-se que esse instrumento não prevê ajuda direta na existência do bem imaterial e nem controle ostensivo do órgão público do patrimônio cultural.

c) quanto aos destinatários: **Individual** (quando atinge bem determinado) ou **Geral** (quando diz respeito a todos os bens de determinada área).<sup>36</sup>

### 1.3.5 Generalidades sobre o processo de tombamento

Para se inscrever o bem no livro do tombo, deve se realizar inventário dos bens, por equipe multidisciplinar, de forma voluntária ou compulsória, podendo atingir bem pertencente a pessoa pública ou a pessoa privada (física ou jurídica) e, conforme anteriormente dito, pode recair sobre bens materiais ou imateriais.

Aspecto interessante é o que diz respeito à instituição do tombamento, na qual denotamos que, quando este for estabelecido por lei, seu desfazimento somente pode se dar também por ato do Poder Legislativo. Já, quando instituído por ato do Poder Executivo, deve ser criado por Decreto e/ou Resolução do Secretário da Cultura.

Polêmica há na doutrina brasileira, que em grande parte, não aceita o tombamento por sentença judicial, através de Ações Civas Públicas e/ou Ações Populares. Porém, trataremos em futuro tópico específico sobre referida polêmica.

No sentido de tratamento sobre o procedimento do tombamento, temos os seguintes apontamentos que nos esclarecem acerca do que consiste o processo de tombamento, podendo ser entendido como o conjunto de documentos que constitui a fundamentação teórica justificadora do tombamento.<sup>37</sup>

Deve seguir metodologia básica de pesquisa e análise do bem cultural a ser protegido (monumentos, sítios e bens móveis), que contenha as informações necessárias a identificação, conhecimento, localização e valorização do bem no seu contexto.

---

<sup>36</sup> MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p.207

<sup>37</sup> Decreto-lei nº 25/37.

As etapas no processo de tombamento podem ser compreendidas em âmbito federal através do Decreto-lei nº 25 de 30 de novembro de 1937, iniciando-se nas Superintendências Regionais do IPHAN e, posteriormente, ouvindo-se o Conselho Consultivo.

Absolutamente necessária é a notificação do proprietário do bem a ser tombado, dando-lhe ciência da pretensão do tombamento. Após notificado, o proprietário poderá anuir ao tombamento, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, ou, querendo, impugnar no mesmo prazo, oferecendo suas razões (art. 9, “3”, do Decreto-lei nº 25/37). A impugnação pode versar principalmente sobre o valor cultural e natural do bem tombado e da necessidade da medida. Admite-se, outrossim, a busca da via judicial para tal discussão.

Os regimentos dos órgãos competentes devem prever o sistema de intimação, ressaltando-se que deve ser assegurada a possibilidade de defesa diante do órgão da Administração Pública competente, devendo prevalecer a intimação pessoal do proprietário ou de seu representante legal. Todavia, não localizado o proprietário, deve ser feita a citação através de Diário Oficial.

A notificação pessoal ou por edital enseja no tombamento provisório, que confere a oportunidade de defesa do bem a ser protegido, a celeridade, a fim de garantir, desde logo, sua proteção. (Art. 10, parágrafo único do Decreto-lei 25/37).

Não havendo impugnação ou anuindo o proprietário, poderá ser ordenada a inscrição do bem pelo Ministro da Cultura no competente livro de Tombo.

Caso venha a ser oferecida a impugnação no prazo legal, far-se-á vista da mesma, dentro de outros 15 (quinze) dias fatais ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento a fim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional,

que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento.

Deve ser admitida a dilação probatória para resultar na decisão sobre o tombamento, sendo esta de poder do Ministro da Cultura (no Estado, Secretário da Cultura) e após a homologação, será providenciada a transcrição do bem tombado no registro de imóveis e nos Livros de Tombo, com sua devida publicação. Acatada a impugnação, o tombamento provisório é cancelado.

Cabe ainda à parte interessada o devido recurso, que deve ser dirigido ao Presidente da República. Nota-se que há uma lacuna na lei (mencionado decreto-lei) a respeito do estabelecimento de qual venha a ser este prazo para recorrer-se.

### **1.3.6 Do cancelamento, da nulidade, da indenização e demais generalidades do instituto do tombamento.**

Há, também, legislação referente ao cancelamento do tombamento, que analisa sua possibilidade, conforme Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, o qual dispõe sobre o cancelamento de tombamento de bens do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em seu artigo único. Segundo tal dispositivo, o Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, que se cancele o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no IPHAN, de acordo com o Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Na hipótese de alienação onerosa dos bens tombados de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, a União, o Estado e os Municípios terão, nessa ordem,

direito de preferência para aquisição, obedecido o processo estabelecido para a espécie, pelo Decreto-lei federal nº 25, de 30 de novembro de 1937. Assim, todas as supracitadas pessoas jurídicas de direito público devem ser notificadas da pretendida alienação e do preço do bem, mesmo quando somente uma delas tenha procedido ao tombamento, sob pena de nulidade do negócio. O prazo para o exercício do direito de preferência é de 30 (trinta) dias.

A alienação gratuita, a cessão de uso, a locação ou a remoção de qualquer bem tombado deverá ser comunicada ao competente Conselho com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Na hipótese de qualquer incidente, como extravio ou furto de qualquer bem tombado, o respectivo proprietário deverá comunicar a ocorrência ao competente Conselho dentro de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de 20% (vinte por cento) do valor do bem.

A Administração Pública também pode conceder auxílios para manutenção do bem tombado, sobretudo de ordem fiscal. Também são passíveis de recebimento de doações, os bens tombados. Os auxílios são sempre concedidos para que a meta de preservação seja alcançada.

Surgem algumas questões controvertidas a respeito dos procedimentos do tombamento em quaisquer dos os âmbitos citados, como, por exemplo, a questão da indenização pelo tombamento, ao proprietário do bem.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado, o dever de indenizar do Poder Público nasce quando diretamente é expropriada a propriedade particular. Entretanto, quando surge a limitação a um ou vários direitos parciais componentes do direito de propriedade, começam a surgir questões com referência ao tombamento visto como uma limitação ao direito do proprietário e, sob certos aspectos, à propriedade. Não há se falar em expropriação e, portanto, não há se falar em indenização. Assim, temos que

Ser proprietário – segundo o Código Civil Brasileiro – é poder “usar, gozar e dispor da coisa” e ter o direito de “reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (art.1228, caput). Pelo tombamento os proprietários privados não perdem o poder total de administrar sua propriedade, mas estão sujeitos a determinadas regras para geri-las. (...) além da função econômica e social, há a função ambiental e cultural da propriedade.(...)

O tombamento não é castigo, mas um prêmio para quem incorpora a noção de sociabilidade e do caminhar da História. Eterniza no tempo uma efêmera passagem pela terra. Dessa forma, o proprietário passa ter interesse na conservação do bem tombado. O interesse não é só da sociedade e do Poder Público. O proprietário, sabendo conservar ou tendo possibilidade financeira de fazê-lo, ganhará com a classificação oficial do bem que lhe pertence.<sup>38</sup>

Corroborar-se mais uma vez, recorrendo à interpretação apoiada nos anseios da Constituição Federal Brasileira de 1988, que dedica em seus artigos 182 e seguintes<sup>39</sup> suporte suficiente para atribuir à propriedade a função social, que deve ser exercida por seu proprietário.

Neste sentido, entende-se que o revestimento dado pelo instrumento de defesa do patrimônio cultural (que, neste presente estudo focaliza a atenção para o tombamento) atua como uma forma e um requisito atribuído ao bem cultural (que em casos de imóveis afeta a propriedade) não o tornando passível de indenização por não excluir o direito de uso, gozo e fruição por parte do proprietário do mesmo.

Logicamente, as restrições e demais cuidados afetam, sob algumas circunstâncias, o caráter privado de propriedade, dando lugar a uma preocupação social e coletiva da função social da propriedade protegida pela forma do tombamento.

Por fim, salientando a estrutura do processo administrativo sobre tombamento, podemos dizer que sua montagem tem como objetivo fornecer subsídios sobre bens culturais que, analisados, permitirão decisão quanto à pertinência do uso desse recurso legal para promover sua salvaguarda.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> MACHADO, *op. cit.*, pp.934/935

<sup>39</sup> Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

<sup>40</sup> É essencial que contenha informações e análises detalhadas, devendo ser composto dos seguintes itens: 1 – Introdução, onde deve haver o texto síntese do conteúdo do processo, identificando o bem a ser tombado e sua importância para a comunidade devendo, ainda, mencionar as etapas metodológicas seguidas, tais como: levantamento bibliográfico de caráter geral e específico, pesquisa de campo, levantamento gráfico e fotográfico etc.; 2 - Histórico do Município, o qual relata a evolução histórica da localidade ou município onde está situado o

### 1.3.7 Natureza jurídica do tombamento

Neste âmbito, díspares são os entendimentos da doutrina brasileira, havendo renomados estudiosos que compreendem o tombamento como modalidade de servidão administrativa pelo fato principal do instituto causar, ao titular do bem, uma obrigação maior do que aquela que paira sobre os demais proprietários de outros bens da coletividade.<sup>41</sup> e outros que a vêem como limitação administrativa, por restringir o exercício dos direitos individuais em prol da coletividade.<sup>42</sup>

Conforme escreve Maria Sylvia Zanella di Pietro

O tombamento tem em comum com a limitação administrativa o fato de ser imposto em benefício de interesse público, porém dela difere por individualizar o imóvel.

---

bem a ser tombado; 3 - Histórico do Bem Cultural, sendo as informações sobre a origem, etapas de formação, identificação de profissionais, transformações ou intervenções pelas quais passou o bem cultural; 4 - Descrição e Análise do Bem Cultural. (Se de caráter arquitetônico, faz-se análise da arquitetura e dos bens móveis e integrados que o compõem. Se de caráter paisagístico ou natural, faz-se descrição fisiográfica e paisagística. Se de caráter artístico ou bem móvel, faz-se análise artística ou estilística. Se de caráter arqueológico, faz-se descrição e análise específica de sítio, vestígios, objetos e paisagem. Se de caráter bibliográfico, faz-se análise específica.); 5 - Delimitação do Perímetro de Tombamento. (No caso do bem arquitetônico, paisagístico ou natural). 6 - Delimitação do Entorno ou Vizinhança do Bem Tombado. Utilizar, preferencialmente, como referência na delimitação do entorno, rios, lagos, encostas ou cumes de montanhas (pontos cotados). Devem ser evitados marcos referenciais artificiais, tais como: cercas, picadas, árvores, casas etc. No caso de zona urbana ou semi-urbana, indica-se a utilização dos alinhamentos ou eixos de ruas e avenidas. Mapas e esquemas gráficos deverão ser anexados, recebendo a linha delimitadora correspondente. A delimitação em mapas ou plantas deverá ser acompanhada de memorial descritivo e base cartográfica de referência; 7 - Medidas Complementares. Recomendações referentes a uso do solo, tratamento paisagístico, contenção de talude, manejo de área, etc; 8 - Documentação Cartográfica e Fotográfica; 9 - Anexos (Documentação considerada importante para o enriquecimento do processo); 10 - Ficha Técnica. (Profissionais que atuaram na elaboração do processo de tombamento); e 11 - Parecer para Tombamento. (Texto que argumenta e justifica o fato de o bem cultural ou natural tornar-se objeto de proteção especial por parte do poder competente, podendo ser mencionadas as pessoas que solicitaram o tombamento, quando houver. Quem elabora e assina o parecer é o presidente do Conselho ou um de seus membros).

<sup>41</sup> Neste sentido e opinião, vide PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del rey, 1994; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>42</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

Comparado com a servidão, o tombamento a ela se assemelha pelo fato de individualizar o bem; porém dela difere porque falta a coisa dominante, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado.<sup>43</sup>

Diante das semelhanças e diferenças conceituais da natureza jurídica do instituto do tombamento, entende-se pela vertente da qual exprime categoria própria, *sui generis*, qualificando-o como “meio de intervenção do Estado consistente na restrição do uso de propriedades determinadas”.<sup>44</sup>

#### **1.4 Tombamento como instrumento de caráter declaratório da relevância cultural do bem a ser tutelado.**

Das muitas definições que tratam a respeito do ato do tombamento quanto ao seu caráter de declarar uma situação jurídica ou de constituir uma situação jurídica, procura-se analisar neste momento os fundamentos para demonstrar que com o advento da CF/88, restou bastante evidente o caráter declaratório do tombamento.

Mais uma vez, portanto, nos socorremos dos artigos constitucionais que tratam da proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural para reiterar que este arcabouço jurídico sustenta extrema força em prol dos objetivos de referida proteção.

Mesmo sendo sustentado por juristas renomados do direito brasileiro como sendo, o tombamento, um ato que abarca caráter constitutivo da relação jurídica e da tutela dos bens do patrimônio cultural, discorda-se de tal afirmação diante de robustos argumentos que revelam outros estudos.

---

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 1996.

<sup>44</sup> MILARÉ. *op. cit.* p. 207

Como afirma José Cretella Júnior, o tombamento é “ato administrativo unilateral, discricionário e **constitutivo**”<sup>45</sup> (grifo nosso). Neste mesmo sentido de entender o tombamento como ato constitutivo, manifestaram-se também José Afonso da Silva e outros juristas brasileiros.<sup>46</sup>

À luz do Decreto-lei nº 25/37, artigo 1º, §1º, considerar-se-iam os bens como “parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo”.

Porém, à luz da CF/88 em seus artigos 215 e 216, ampliando os conceitos de bens inseridos no patrimônio cultural brasileiro, temos profundas alterações nos reflexos que tal mandamento constitucional emite em relação a, por exemplo, a própria interpretação do Decreto-lei nº 25/37.

Quando da existência de dispositivos legais que interfiram na relevância e cuidados necessários ao patrimônio cultural a ser tutelado, já determinando a necessidade de cuidados específicos de referidos bens, havendo o tombamento, haverá também o caráter constitutivo do tombamento, pois se o bem a ser defendido já era abrigado por dispositivo que o revestia de cuidado, com o novo instrumento atuante (tombamento) altera-se a essência de sua atuação, tendo-se, portanto, a modificação da condição anterior exercida sobre o bem.

Porém, como na maioria das vezes, se o ato do tombamento vem a cumprir um caráter administrativo de registrar o bem como passível de cuidados especiais e acompanhamento pelo Poder Público para sua preservação e defesa, este ato administrativo citado nada mais fez do que cumprir as formalidades legais e inscrever o bem, não vindo a reconhecê-lo como de relevante interesse para o patrimônio cultural, porque a sua relevância como patrimônio cultural já existia inalteradamente na essência do bem.

---

<sup>45</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Regime jurídico do tombamento*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 112, p 50-68, abr./jun. 1973. p.61

<sup>46</sup> Conferir em SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3ª edição ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p.85

A CF/88 propicia a emanção de bens culturais como de relevante significação ao patrimônio cultural brasileiro, pelo único fato de haver as tradições, as crenças, a identidade e manutenção destes detalhes na vida cotidiana dos afetados.

O estudo a seguir esclarece uma vertente que, analiticamente, toma a clareza para explicitar a questão do tombamento como ato declaratório de uma situação cultural:

A constituição de 1988 não apenas determina o tombamento de determinados bens, mas conceitua o patrimônio cultural brasileiro desvinculando-o do ato administrativo de tombamento. As constituições anteriores determinavam ao Poder Público a obrigação de proteger o patrimônio cultural, mas não o definiam. A lei de 1937 o fez, dizendo que eram bens inscritos no livro do tomo. A norma constitucional vigente define o que é patrimônio cultural e não o vincula ao tombamento. Esta é uma diferença jurídica fundamental.<sup>47</sup>

Diante desta posição, que se entende clara para confirmar o tombamento como ato de caráter declaratório de uma situação de tutela do patrimônio cultural, seguimos em capítulo seguinte as formas pelas quais tal procedimento poderia ser utilizado pelo Poder Judiciário (como integrante do Poder Público), responsável pela promoção, preservação e desenvolvimento do patrimônio cultural brasileiro.

---

<sup>47</sup> SOUZA FILHO. *op. cit.* p.86

## **Capítulo II**

### **A TUTELA JURISDICIONAL DE BENS CULTURAIS MEDIANTE AÇÕES COLETIVAS**

Desenvolver o tema dando uma atenção maior aos fatores que possibilitam ou não a declaração, pelo Poder Judiciário, do reconhecimento do valor cultural de determinado bem material ou imaterial mediante comprovação de sua relevância por produção de provas nos termos admitidos no direito brasileiro, moções legislativas e/ou moções populares, provenientes tanto de outros entes públicos quanto da coletividade. Este é o foco central de nossa proposta de estudo e para isso devemos avaliar a existência de sustentação teórica que dê base para a efetivação judicial de tais procedimentos, com uso de instrumentos capazes de darem proteção em caráter de tutela jurisdicional como o tombamento.

Isto se dá pelo fato de encontrarmos todo o aparato constitucional disponibilizado com determinações ricas neste sentido, apontando a necessidade de proteger, preservando e defendendo, o patrimônio cultural brasileiro.

É também o caso de analisar-se os limites da interferência do Poder Judiciário na esfera dos demais poderes para o tratamento de tal matéria, discutindo se a medida do tombamento judicial poderia ferir a independência harmônica dos poderes da Nação.

Ainda quanto à adequação ou inadequação de tal pedido, deve-se vislumbrar análise sobre o artigo 5º, XXXV da CF/88 (Princípio da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a bem, tanto individual quanto coletivo). Isto, em razão da valoração principal do Poder Judiciário dever funcionar como concretizador do pedido de prestação judicial quando a parte teve um direito violado e deve recorrer a uma ação correlata para exigí-lo no Judiciário. Tem-se que

O direito à tutela jurisdicional é o direito que toda pessoa tem de exigir que se faça justiça, quando pretende algo de outra, sendo que a pretensão deve ser atendida por um órgão judicial, através de processo onde são reconhecidas as garantias mínimas. O acesso dos cidadãos aos tribunais de justiça, à procura de uma resposta jurídica fundamentada a uma pretensão ou interesse determinado, realiza-se pela interposição perante órgãos jurisdicionais, cuja missão exclusiva é conhecer e decidir as pretensões, que são submetidas ao conhecimento do órgão judicante, tendo em vista os direitos fundamentais da pessoa.<sup>48</sup>

Ainda quanto à obrigação do Judiciário em intervir, quando chamado para o pleno exercício da jurisdição e aplicação do direito ao caso concreto, há a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho indicando que “como princípio da legalidade, o do controle judiciário é intrínseco à democracia de opção liberal”.<sup>49</sup>

Este fundamental preceito constitucional fomenta a relevância do provimento jurisdicional a ser fornecido pelo Poder Judiciário, obedecidos os preceitos mínimos de condições da ação e respectivos pressupostos processuais para fazer valer concretamente o direito. Com este objetivo, busca-se a base de sustentação para que o Poder Judiciário se apóie na possibilidade de efetuar a pretendida proteção do patrimônio cultural brasileiro pela tutela jurisdicional.

Os anteriormente mencionados artigos 215, 216 e 225 da CF/88 evidenciam a clareza com que ficou tratada a questão do Poder Público e de suas obrigações necessárias de zelar, defender e preservar o patrimônio cultural. O ônus de zelar pelo patrimônio cultural cabe tanto ao Poder Legislativo quanto ao Executivo e ao Judiciário e não deve haver entendimento algum no sentido de que se possa excluir a responsabilidade de qualquer um desses poderes da nação.

Para efeito específico de análise, deve-se apontar que ao Poder Judiciário cabe também o cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais para efetivação de

---

<sup>48</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995. p 35

<sup>49</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 279.

uma política de proteção em prol do meio ambiente cultural, preservando e defendendo o mesmo. Vale dizer que “o Judiciário é também destinatário do comando normativo contido no art. 225 da CF.”<sup>50</sup> Neste mesmo sentido e valor está posicionado também o comando normativo do Judiciário no artigo 216 da CF/88 quando este menciona a respeito do Poder Público como promotor e defensor do patrimônio cultural brasileiro.

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) notamos que a administração e execução dos mandamentos legais estipulados no ordenamento jurídico brasileiro, referentes especificamente aos bens culturais e/ou ambientais, encontram-se como alvos 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 falta da prestação de proteção via Poder Executivo ou via Poder 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 de 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, que engloba e reforça este caráter de direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

É preciso lembrar que existe a hipótese de que a má gestão da coisa pública permita a castração de direitos inerentes à coletividade, resultando no abandono pelos órgãos públicos de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. Há sim, diante de tal hipótese, a

---

<sup>50</sup> NALINI, José Renato. *O juiz e a ética da proteção ambiental*. Revista de direito ambiental, vol.3, p.72.

necessidade de aparelhar-se, utilizando-se de instrumentos que a própria Constituição Federal disponibiliza para efetivação e concretização de importantes direitos ao gozo e fruição do patrimônio cultural, que reflete a identidade e tradição advinda do povo e que deve ser relevada ao povo.

## **2.1 Da responsabilidade do Poder Público e da Coletividade**

É dever do Poder Público e da coletividade a conservação e preservação como formas específicas de proteção dos bens culturais que integram o patrimônio cultural brasileiro. Observa-se que as conotações inerentes à proteção (que muitas vezes é relegada) dizem respeito ao direito de todos à fruição dos bens ambientais e culturais.

Não resta dúvida de que o direito de todos ao patrimônio cultural brasileiro abrange não somente a guarda, preservação e proteção desses bens, mas o direito ao acesso e fruição de tais bens pela coletividade em geral, diante de sua titularidade difusa<sup>51</sup>, segundo a qual o legislador constituinte editou norma específica.<sup>52</sup>

Uma vez que os bens ambientais e culturais são considerados bens de uso comum do povo, essenciais à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações e à garantia da dignidade humana, pode-se afirmar que todos são titulares do direito de fruição de tais bens, visto que este direito é considerado humano fundamental e de natureza difusa.

Por esse motivo, cabe ao poder público em todos os níveis (federal, estadual, municipal e distrital), nas formas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dentro das respectivas esferas de atribuições, a par do dever de proteger o patrimônio cultural brasileiro,

---

<sup>51</sup> Nos exatos termos do §1º, do art. 216, da Carta Maior.

<sup>52</sup> Garantindo a todos o acesso e fruição de tais bens difusos, conforme o disposto no art. 215, "caput" da CF/88.

também o dever de promovê-lo, garantindo que todos que tenham acesso a ele possam fruir e exercitar seus direitos.

Há algumas hipóteses em que, mesmo já existindo o tombamento de determinado bem, ocorre a ausência de ação fiscalizadora, de medidas preventivas de controle, promoção, incentivo, repressão, conservação e restauro por parte do Poder Público, percebe-se, em muitos destes casos, estado tal de degradação do bem cultural que a coletividade se vê privada do direito de conhecer, ter acesso, fruir de parcelas importantes do patrimônio cultural brasileiro.

Os órgãos públicos detentores da incumbência de promoção e proteção dos bens culturais, nessas hipóteses, não cumprem o dever que lhes são colocados, nos exatos termos dos artigos 215 e 216 da CF/88, que busca garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais.<sup>53</sup>

Observam-se também hipóteses nas quais o Poder Público se abstém de implementar políticas públicas para tal proteção, mais uma vez negando o acesso à população.

Por questões de princípios de Direito Ambiental<sup>54</sup>, sempre que possível, deve ser buscada a restauração ao *status quo ante* dos bens culturais e ambientais danificados ou prejudicados. Em relação ao meio ambiente cultural (ou patrimônio cultural) deve ser seguido o mesmo princípio<sup>55</sup>, sendo que no caso de impossibilidade técnica de recuperação do bem, parcial ou totalmente, tornando-se irreversíveis os danos causados, caberão medidas de restauração dos bens afetados, indenização em dinheiro ou por meio do instrumento da compensação ambiental pelos danos irrecuperáveis.

---

<sup>53</sup> “Direito à cultura, pois, é um direito constitucional fundamental que exige ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial.” in SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.48

<sup>54</sup> Vide MACHADO. *op. cit.* p.83/84 e 330 e seguintes.

<sup>55</sup> Entende-se impossível a dissociação de meio ambiente natural e meio ambiente cultural da tutela ambiental comum a ambos, conforme já explicitado no capítulo I.

Como é possível o alcance de todos estes objetivos se, anteriormente, não houver a conscientização com a posterior valorização da tutela dos bens culturais?

As pessoas conseguem vislumbrar os bens culturais como elementos de identidade, afirmação e manifestação cultural da criatividade de um grupo, do conhecimento, do trabalho? Quando isso ocorre?

Em razão dessas indagações, propõe-se no presente estudo a referência aos sistemas de ações e processos coletivos como forma de tentar explicitar que há instrumentos para esclarecer tais dúvidas e fazer valer o direito ao patrimônio cultural, utilizando-se do Poder Judiciário como órgão do Poder Público, na hipótese da falta de assistência pelos demais entes públicos.

Propõe-se, portanto, a análise dos instrumentos processuais que podem tutelar os interesses de proteção do patrimônio cultural, fazendo-se uma abordagem estrutural das formas do processo coletivo como implementador de políticas públicas correspondentes aos propósitos do Poder Judiciário, inferindo proteção a tais bens com o uso da tutela jurisdicional.

A análise central se firma em como poder obter, mediante tutela jurisdicional, que um bem seja declaradamente reconhecido como cultural e receba os mesmos efeitos do tombamento. Para isso, busca-se nos instrumentos processuais uma forma de tutela deste reconhecimento almejado.

## **2.2 Processos Coletivos**

A busca da defesa judicial de interesses e direitos coletivos *lato sensu* traduz a iminente e atual razão da busca de soluções e construções no sentido de encontrar junto ao

sistema jurídico e jurisdicional brasileiro, um caminho com respostas mais reais e concretas diante dos anseios e expectativas sociais, econômicas, culturais e políticas.

Esta procura se deve principalmente ao fato de que os institutos processuais civis tradicionais do ordenamento jurídico brasileiro não se mostram totalmente aptos a darem uma resposta coerente ou a altura que necessitam as realidades sociais atuais, fundamentalmente quando o tema principal é relacionado aos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (os quais mencionaremos no presente estudo como direitos coletivos *lato sensu*) que envolvam especificamente as causas relativas ao meio ambiente.

O direito processual civil brasileiro já apresenta algumas respostas para referidas necessidades como a inserção no ordenamento jurídico pátrio da ação civil pública, da ação popular e demais outras ações de cunho protetivo-coletivo. Porém, as aludidas ações ainda se mostram passíveis de lapidação e inovação, trilhando essa transformação processual que segue em fase de transição com enfoque voltado para a necessária atenção em favor dos interesses coletivos.

A afirmação acima se deve ao fato de que o modelo processual típico brasileiro baseara-se na defesa de interesses individuais, cuja característica principal se dera classicamente pela identificação clara do estabelecimento de uma relação jurídica entre autor e réu, credor e devedor.

O modelo inovador procura atender aos interesses de uma sociedade de massa, com conflitos de dimensões sociais que afetam interesses de indeterminado número de pessoas (ou por vezes, determinado número de pessoas organizadamente agrupadas) ligadas por um direito, ou afetadas por circunstâncias que lhes atingem de forma comum.

Com o fortalecimento da atuação e participação de entes sociais e não tão somente do Estado, principalmente nas questões de cidadania e que afetam o meio ambiente, o processo civil necessitou de adaptação para atuar diante desses novos direitos e participações

concebidas ou pela Constituição Federal ou pelo ordenamento legal infraconstitucional, passando a renovar-se.

Ensina-nos Ada Pelegrini Grinover que

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos e esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. E nesse campo o Brasil tem algo a dizer.<sup>56</sup>

E a mesma autora diz

Pode-se afirmar, por certo, que os processos coletivos transformaram no Brasil todo o processo civil, hoje aderente à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objeto, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. E que, por intermédio dos processos coletivos, a sociedade brasileira vem podendo afirmar, de maneira mais articulada e eficaz, seus direitos de cidadania.<sup>57</sup>

Desse entendimento é que parte nosso estudo, na relação que há entre o arcabouço jurídico-legal no nosso ordenamento pátrio, o qual contém uma série de instrumentos nesse sentido, e a falta de outros instrumentos que realizem tais necessidades sociais constitucionalmente previstas.

Com a necessidade de um desenvolvimento do processo civil visando primordialmente os interesses de uma coletividade, com reflexos em âmbito geral da sociedade, o interesse de participação e de instrumentalização do processo para os fins sociais, e não somente para os fins da lide inerente ao indivíduo, se mostram latentes.

É o processo civil atuando como instrumento eficaz na busca das generalidades de interesses das pessoas, especialmente quanto aos bens coletivos, cujas finalidades dos processos têm a ver com a natureza desses bens tutelados. É este o cerne da abordagem ora proposta.

Equiparam-se, a título exemplificativo, aos *public goods* (bens que se dão no plano da aplicabilidade, sob pena de desnaturação do bem - bens de uso comum do povo) nos

---

<sup>56</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Revista de Processo, nº 97 (jan-mar 2000) p.10.

<sup>57</sup> *ibid.* p.15.

Estados Unidos da América, servindo este exemplo de análise do direito comparado para demonstrar as necessidades que o legislador brasileiro percebeu, importantes para inclusão no direito pátrio de tais utilidades.<sup>58</sup> No Brasil, o artigo 225 da Constituição Federal reza sobre o meio ambiente como bem de uso comum do povo.<sup>59</sup>

Esta primazia pelo interesse público através do processo civil encontra guarida na Constituição Federal Brasileira quanto à realização do Estado de Direito, mediante a concretização de sua atuação como Estado. Ou seja, o Estado (Juiz), por intermédio do processo civil, se vê atuante de acordo com a norma constitucional prevista, realizando também a interação diante do bem estar social e da implantação de políticas públicas, como forma de cumprimento da participação social.

Melhor tratamento deu à matéria Cássio Scarpinella Bueno ao apontar que

O direito processual público, nestas condições, realiza, faz concreto, o próprio Estado de Direito. Não aquele Estado de Direito sinônimo de máquina administrativa. Mas Estado de Direito como sinônimo de resguardo de direitos e garantias dos destinatários do Poder e Estado de Direito enquanto realizador da legitimação das decisões políticas e do bem estar social.

É lícito entender, diante destas considerações, o processo público como realizador do direito público como um todo e, conseqüentemente, do Estado de Direito, o que pressupõe, mormente diante da magnitude do artigo 5º, XXXV, da CF – princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – o controle amplo e irrestrito do Poder Judiciário (formal e material, portanto) para garantir o primado da lei.<sup>60</sup>

Arremata tal proposição que nos apóia quanto à necessidade da atuação processual como forma de defesa social perante os ditames da Constituição Federal, com o seguinte entendimento:

---

<sup>58</sup> “Tendo por modelo as *class actions* do direito norte-americano, apercebeu-se o legislador brasileiro de que é socialmente útil afrouxar racionalmente essas limitações subjetivas, para que o exercício da jurisdição – e portanto a tutela jurisdicional – possa chegar a campos antes não cobertos por ela. Começou pela preocupação com valores ambientais, mediante a percepção de que o meio-ambiente e sua higidez são patrimônio comum dos habitantes de um bairro, de uma cidade, região, país ou mesmo do mundo inteiro, sem pertencer particularmente a nenhum indivíduo”. in DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. 4ª edição revista, atualizada e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. p 156.

<sup>59</sup> Constituição Federal do Brasil de 1988. Artigo 225 “*caput*” - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>60</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público – A fazenda pública em juízo*. Malheiros. São Paulo, 2000. p.27.

na medida em que o estado de Direito nada mais é do que a atuação estatal constringida de acordo com os parâmetros legais, o controle jurisdicional dos atos do Estado é responsável pela própria realização deste modelo político do Estado.<sup>61</sup>

Uma das funções constitucionais do Estado para com o cidadão nada mais é do que, na sua figura do Poder Judiciário (ou na figura do Juiz), a de dar significado aos ditames ali especificados, visando o bem estar social e definindo prioridades para a implementação de políticas públicas na cristalização destes instrumentos.

No direito comparado Norte Americano, Owen Fiss<sup>62</sup> aponta categoricamente a respeito de uma série de fatos e casos naquele país, nos quais foram necessários as observações e seguimentos de instrumentalização de um processo coletivo, de cunho social, voltado a este propósito específico de o Juiz dar significado à Constituição, com o uso do processo coletivo.

Ressaltamos alguns excertos do seu pensamento similar àquele definido por Ada Pellegrini Grinover ao comentar sobre as *class actions*, pela qual se busca tal efetividade para o processo de interesse social brasileiro. Assim, Owen 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 objetivo – 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 ao processo. Outros podem procurar um significado verdadeiro para os valores constitucionais, mas para fazê-lo será necessário imitar – se for 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 aos 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 independência.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> *ibid.* p.43.

<sup>62</sup> FISS, Owen. *Um novo processo civil*. (coordenação de Tradução: Carlos Alberto de Salles) São Paulo: Revista do Tribunais, 2004

<sup>63</sup> FISS, Owen. *Um novo processo civil*. (coordenação de Tradução: Carlos Alberto de Salles) São Paulo: Revista do Tribunais, 2004. pp.36, 41, 46, 65, 74, 87.

Mesmo que para isso tenhamos que encarar uma série de preparos e capacitações diante daqueles que irão, ao final, fazer valer e aplicar os valores descritos na Constituição Federal. Vale a menção de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida quanto ao teor da complexidade das lides coletivas e os desafios para os magistrados na implementação de tais dispositivos para dar significado à Constituição Federal brasileira dizendo

O arcabouço constitucional que temos é elogiável, todavia, a Constituição prevê, ao mesmo tempo, uma gama variada e diversificada de direitos fundamentais difusos, coletivos e individuais, que tutelam bens e valores conflitantes entre si. Há conflitos de interesses entre os diversos valores tutelados, a serem equacionados somente em face do caso concreto, mediante sopesamento dos critérios ditados pelo princípio da proporcionalidade.

Os desafios à tentativa de conciliação de interesses contrapostos, de natureza difusa, coletiva e individual, são bem retratados por Paulo Affonso Leme Machado quando diz que a boa juíza deve libertar-se, “ganhar uma nova dimensão para julgar não só alicerçada na lei e no contexto das partes, mas no bem individual, social e ambiental”.

Por outro lado, legislação e reformas legislativas recentes nos instrumentalizam com os mais avançados institutos e instrumentos de direito material e de direito processual. Não podemos dizer que são retrógrados os instrumentos materiais e processuais de que dispomos. Estão aí, entre outros diplomas, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, constituindo ambos, de forma integrada, o inovador e elogiado sistema processual de tutela coletiva, a despeito dos retrocessos das alterações posteriores.<sup>64</sup>

Com a ajuda desta citada doutrina, compreende-se que o Estado, pelos meios judiciais, serve como canal de implementação de um tipo de processo coletivo e socialmente interessado nestas controvérsias. Devemos mencionar a questão da sua efetividade diante do direito ambiental brasileiro, como direito material operado pelo processo.

A teoria tradicional Chiovendiana a respeito de efetividade da tutela jurisdicional do processo afirma que, na medida do praticamente possível, o processo deve propiciar, a quem tem um direito, tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> YOSHIDA, Consuelo. in KISHI, Sandra Akemi Shimada. SILVA, Solange Teles. SOARES, Inês Virgínia Prado (organizadoras). *Desafios do direito ambiental no século XXI. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005pp.432-433.

<sup>65</sup> SALLES, Carlos Alberto de (org). *Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003 p.47.

Esse modelo tradicionalmente citado aduz dizer que o processo, somente trazendo a realização do direito material, não estaria completo no sentido de que, no simples exemplo da composição de um acordo em juízo, não haveria a realização do direito material. Porém, seria um óbice ao ditame de Chiovenda, pois se não houve a propícia dação daquilo que a parte teria por direito, não teria ocorrido um processo para tal?

Pois entende-se que o processo serve para solucionar conflito do direito material e também, para atuar como adequador da melhor solução e alcance dos objetivos sociais, produzindo uma decisão com melhor aderência aos objetivos sociais.

Assim, o processo teria maior ligação com o contexto social, pois em caso prático, de que adiantaria indenizar um cidadão que reclamou por um dano ambiental sofrido em sua propriedade em face de uma indústria poluidora apenas lhe dando o dinheiro para usar da forma que lhe convier, tapando os olhos para a recomposição da área? Seria melhor determinar medidas compensatórias ao meio ambiente? Qual das duas resoluções seria a mais bem adaptada ao contexto social (coletivo)?

Vê-se nítida a eficácia social da segunda hipótese, porque o processo coletivo, no caso específico de dano ao meio ambiente, não estaria isolando a dirimência do processo somente às partes individuais, mas ao mal causado ao meio ambiente que por sua vez, causa mal a um número indefinido de pessoas. Em outras palavras, as medidas compensatórias ao meio ambiente interromperiam o processo poluidor e possibilitariam a recuperação do meio ambiente.

Sobre esse tema, Carlos Alberto de Salles aponta que:

A questão da efetividade, nessa medida, coloca-se sob uma perspectiva de maior abrangência, a qual conduz à consideração de um dado mecanismo processual partir de suas múltiplas finalidades analisando suas implicações imediatas e mediatas. Além da assim chamada “realização do direito material”, a atividade jurisdicional deve estar voltada para o atendimento de objetivos sociais mais amplos,

relacionados com os direitos demandados e outros que, na maior parte das vezes, podem a eles transcender.<sup>66</sup>

Os processos coletivos buscam veementemente a interação ou implantação de um bem estar social inerente a um número indeterminado de pessoas ou, se determináveis, que sejam inerentes ao grupo determinado, fazendo-se coisa julgada para esses envolvidos.

Pois além do aspecto delimitado de coisa julgada, o processo coletivo tem característica de atingir a implantação de políticas públicas, exigir dos órgãos competentes essa realização (ou de uma ação ou de uma omissão) e satisfazer o intuito do meio social.

Uma reação em cadeia pode ser observada, pois o direito passa a tutelar interesses coletivos e não mais somente direitos individuais.

Esses direitos ou interesses difusos e coletivos representam um número indefinido de interesses individuais, regrados no direito material para serem defendidos por processos e efetivados pelos dizeres constitucionais. Assim, pela exigência do direito e coerência das normas constitucionais e infraconstitucionais, os objetivos sociais do Estado devem ser efetivados pelo processo coletivo.

Vale apontar que:

Nessa nova tarefa, a atividade judicial, forçosamente, estará deixando de realizar uma justiça apenas corretiva (ou retributiva), para incidir sobre um campo de justiça distributiva, ligada à atribuição individual ou coletiva de recursos comuns. A prestação jurisdicional pretendida nas ações coletivas, embora tendo por base a própria atividade reguladora estatal, tem como objeto o cumprimento dos objetivos sociais contidos nos textos legais ou decorrentes de opções valorativas realizadas pela Constituição.<sup>67</sup>

Essa busca de ações coletivas pelo bem estar social conduz ao já citado despertar pelo interesse social (ou interesse público), que se realiza por intermédio de inserções de políticas públicas.

---

<sup>66</sup> *ibid.*

<sup>67</sup> *ibid.*

Para tratarmos do referido tema, devemos mencionar que as políticas públicas resultam de uma série de atos tendentes a um fim específico com a presença do contraditório. Resulta, também, das atividades dos poderes legislativo, judiciário e principalmente, de ações do poder executivo.

Mencionam-se, neste estudo, os tratamentos e definições de políticas públicas referentes ao âmbito do judiciário, o qual apresenta uma difícil efetividade em razão do envolvimento de muitos critérios e instrumentos de realização das mesmas.

Impreterivelmente recorrer-se-á a certa dose de discricionariedade por parte do órgão estatal para poder dirimir prioridades e acompanhamentos na execução de políticas públicas, principalmente quando essas vêm introduzidas por mandamento legal, passando a ser impositiva a sua submissão.

Uma abordagem jurídica a ser tratada com relação às formas reconhecidas pela ordem jurídica e os processos de inclusão de questões na agenda pública se atrelam à seleção de alternativas, implementação de decisões e acompanhamento de execuções. Isto mostra o terreno difícil para tal efetivação.

Os instrumentos jurídicos necessitam reconhecer uma política pública, de modo a lhe conferir validade e eficácia (normativa e socialmente).

As políticas públicas operam por meio de formas disciplinadas pelo sistema jurídico como normas, instituições, culturas jurídicas dominantes, dentre outros.<sup>68</sup>

Juridicamente, podemos abordar uma definição de política pública como sendo:

Programas de ações governamentais que resultam de um processo ou de um conjunto de processos judicialmente regulado (processo eleitoral, planejamento orçamentário, plano de governo, legislativo, administrativo, judicial) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. Saraiva, São Paulo, 2002.

<sup>69</sup> *ibid*

Esses processos que envolvem as ações positivas a serem implementadas pelas políticas públicas como forma da concretização do interesse coletivo, despertam atenção especial quanto ao fato de que, em relação aos bens de interesse comum (ou interesses sociais, ou interesse público) não há como se dissociar o interesse da coletividade em ter atendido sua reivindicação. Há que optar por ações que busquem o bem individual.

Essa dissociação se mostra tranqüila a ser visualizada ou compreendida. O problema maior com as prioridades da implementação de políticas públicas é a de se buscar um denominador comum para atender as expectativas do bem indivisível a ser tutelado com a ajuda de sua eficácia, pois as necessidades podem se apresentar dentro de uma mesma sociedade, com prioridades distintas.

Exemplificando, no nosso caso específico referente ao meio ambiente cultural, há políticas públicas a serem implementadas em prol da preservação do patrimônio cultural e conseqüente melhoria de vida da população, que são refutadas em razão de haver risco de congelamento no desenvolvimento da região afetada, das áreas de entorno e de fatores que possam interferir na desvalorização de imóveis próximos a imóveis tombados, por exemplo.

Se os indivíduos afetados com a implementação de tal política pública não possuírem condições de discernimento e compreensão do que lhes ofereça menor risco de dano (ou até mesmo dano), passa-se a não ter o apoio de tal implementação, surgindo um problema maior afeto à falta de informação, de educação etc (o que é outro profundo e grave problema a ser combatido pela implementação de outras políticas públicas).

Além desses problemas de conscientização (os quais preferimos tratar como falta de consciência dos benefícios do bem comum), enfrentamos atualmente, com a utilização do Judiciário, a questão relevante dos custos econômicos para se defender ou até mesmo para se lutar em prol de certas implantações de sistemas e medidas de benefício coletivo, bem como, da implementação de políticas públicas.

A questão enfrenta problemas principalmente em face das finalidades desses processos, que têm a ver com a natureza desses bens tutelados.

Ao mencionarmos a definição de bens coletivos sob o aspecto mercadológico (por exemplo, econômico), notaremos duas características relevantes. A primeira seria a da indivisibilidade do bem coletivo, em que o consumo ou individualização deste não impede a sua utilização por outros em igual qualidade. A segunda seria a do caráter do bem coletivo ser público, observando-se que o bem não pode ser objeto de uma colocação privada, diferentemente de outros bens privados, em termos de mercado.

Nos processos de mercado, os bens coletivos são mal representados em razão da pouca parcela de interesse de cada indivíduo que compõe o todo (social) quanto ao bem coletivo.

As decisões de mercado são tomadas sem saber se está havendo relação a respeito do interesse do outro. As parcelas pessoais associadas àqueles bens coletivos são pequenas. Os custos transacionais (inclusive os do processo judicial) são muito altos, causando grande desinteresse por parte da maioria daqueles que pretendem haver efetivado aquele bem.

Numa análise custo-benefício, chega-se à conclusão de que aquele que fica estático não tem prejuízo nenhum (gasto) ao pé que aquele que tem mobilização para exigir, corre o risco de ter que arcar com o custo de tentar havê-lo.

Este fenômeno encontrou observação e tratamento, sendo nominado como *free riding* (ou efeito carona)<sup>70</sup>, não há motivação para que alguém incorra em custos pela sua iniciativa.

Conclui-se que o interesse mais concentrado tem maior representatividade do que o interesse mais disperso (comum), fato que nos permite notar maior distância de representatividade.

---

<sup>70</sup> Melhor e pormenorizadamente tratado por SALLES, Carlos Alberto de. *in Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. Revista dos tribunais. São Paulo, 2003. pp.131-137.

O papel do Judiciário seguiria no sentido de abrir espaços para o interesse contra-majoritário, por força de valores sociais e constitucionais.

Analisando economicamente os problemas ambientais, vislumbra-se a questão do custo-benefício das tomadas de decisões relativas a atitudes referentes ao meio ambiente, afinal, sob a ótica economista, os bens na sociedade se valoram de acordo com a disposição de se pagar por este bem e os bens ambientais deveriam seguir esta mesma lógica. Esta visão pluralista, segundo a qual os interesses de cada um (mesmo que em diferentes grupos) determinam a percepção particular acerca da valoração do bem, aponta a tendência de um olhar desconfiado sobre o processo político, sendo que estes acreditam mais no poder de mercado.

Já a visão dos ambientalistas sobre este enfoque resultaria na abordagem de que os bens ambientais assumem papel de valor absoluto, aproveitando a toda coletividade, sendo um bem comum.

Diante de tais visões, faz-se salutar a análise do autor Neil K. Komesar<sup>71</sup>, que propõe a valorização dos bens públicos sob três distintas óticas: mediante o mercado, mediante a política e mediante o Judiciário, apontando o funcionamento em determinados casos, quanto à eficiência de benefícios públicos.

Este autor aponta que as escolhas para atuação das instituições junto a determinados (e complexos) sistemas de tomadas de decisões para escolhas da melhor instituição a ser aplicadora de certas políticas públicas dotar-se-ão de extrema importância para o melhor resultado aos beneficiários de bens públicos.

Em resumo, aduz a eficiência de tomadas de decisões em benefício coletivo, ao melhor aplicador das políticas e sistemas públicos, havendo ressalva de que algumas minorias

---

<sup>71</sup> Cf. KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 3-50. Sobre a importância da escolha de instituições, vide, também, FARBER, Daniel A. e FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: The Chicago University Press, 1991. p. 10 e 61.

necessitam de representação e efetivação de atitudes impostas por uma das citadas instituições, em detrimento de uma maioria que apóia outra vertente.

Vale apontar a tradução elaborada por Carlos Alberto de Salles com referência a tal doutrina observando a tese de Komesar no seguinte sentido

Considerando que as diversas modalidades de processos decisórios estão associados às diferentes instituições sociais, essa questão, em última análise, é a de saber a qual instituição será dado decidir sobre uma determinada matéria. Segundo sustenta Neil K. Komesar, essa escolha da Instituição que melhor atende a um certo objetivo social deve levar em conta as três maiores *decision-making institutions*: o mercado, o processo político e o Judiciário. Segundo ele, a escolha entre instituições é uma opção entre processos complexos, nos quais a interação dos muitos participantes molda seu desenvolvimento e acaba por determinar o próprio conteúdo de sua decisão. Assim, na escolha institucional, muitas vezes está previamente implicada a determinação do próprio objetivo social prevalecente.

Tão importante quanto a definição do interesse público, portanto, é saber quais instituições apresentam o processo decisório mais adequado para a consecução de determinado objetivo social presente em uma dada situação de fato. A escolha entre instituições alternativas pode condicionar, nessa medida, o próprio surgimento, valor e validade dos objetivos a se alcançar. Com isso, essa decisão é tão importante quanto aquela relativa à própria definição do interesse a prevalecer em uma disputa entre interesses contraditórios.

Com efeito, as várias instituições possuem características próprias, identificáveis a partir da maneira como os vários interesses se articulam em relação a elas, conforme seu grau de concentração, sua capacidade de organização e de influenciar decisões. Para Komesar a articulação desses interesses obedece ao condicionante básico de tendências majoritárias e minoritárias. “Em algumas instâncias e contextos identificáveis, interesses minoritários ou especiais prevalecem. Em outros, influências majoritárias podem agir contra a influência minoritária, produzindo política pública que é menos estreitamente fundamentada e que freqüentemente parece mais de interesse público”.<sup>72</sup>

Portanto, apoiando-se primordialmente na questão dos aspectos culturais envolvidos na proteção cultural e ambiental brasileira, é que entende se tratar as questões de preservação dos bens culturais como de suma importância à coletividade e de primazia representatividade por instituições sérias (dentre elas, o nosso principal alvo como sendo o Poder Judiciário) capazes de implementar ações e políticas de cumprimento de determinados *mandamus* em prol da manutenção dos fatores culturais.

Mesmo que ainda, atentos às ressalvas sobreditas a respeito da representatividade de uma suposta minoria, capaz de resguardar relíquias culturais de relevância a toda coletividade,

---

<sup>72</sup> Komesar, *op. cit.*, p. 54, traduzido do original in SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.70-71.

em detrimento dos interesses de uma suposta maioria em não mantê-las. Aí, visível e notória a intervenção do Estado para fazer valer a lei (Judiciário) sobre interesses econômicos, por exemplo.

Como a intenção é de mencionar-se a respeito do meio ambiente cultural, o dano ambiental/cultural que produz efeitos distributivos, modificando a própria alocação social dos recursos, é por ora tratado.

Neste caso, os instrumentos do processo coletivo vão contra o critério de justiça corretiva, no qual se atribuía ao indivíduo particularmente a sua pretensão, não se usando a mesma lógica no tocante ao meio ambiente cultural, por exemplo. O dano ambiental/cultural quebra a concepção de bem individual e propõe um fator da coletividade (mecanismo da troca involuntária).

O mecanismo da troca involuntária encontra guarida nas questões ambientais de modo genérico, pois não há ser humano (indivíduo) ou sociedade (coletividade) que não usufrua de algum bem ambiental como forma de, no mínimo, sobreviver.

Cabe mencionar a respeito desta linha de raciocínio que

Assim, relativamente ao meio ambiente e a outros bens comuns ou coletivos, esse princípio deve ser buscado na indivisibilidade característica desses bens. Essa indivisibilidade traduz um critério de justiça distributiva, segundo o qual aqueles bens necessários à sobrevivência e desenvolvimento da coletividade são alocados a todo e qualquer de seus membros, não permitindo, portanto, qualquer utilização (ou apropriação) excludente, isto é, que impeça o pleno uso por outros de seus membros. Nessa medida, o princípio básico, que deve orientar a atividade jurisdicional de proteção a bens coletivos, deve ser o restabelecimento daquela característica de indivisibilidade que os define enquanto tal.<sup>73</sup>

### **2.3 A previsão constitucional de direitos metaindividuais**

---

<sup>73</sup> SALLES, *op. cit.* p.65.

A Constituição Federal de 1988 abarca em seu artigo 129, III, a questão da proteção constitucional dos interesses difusos e coletivos, ou direitos materiais coletivos ou ainda, direitos metaindividuais, como função institucional do Ministério Público.

Esses instrumentos se destinam a dar guarida aos ditos “novos conflitos de massa”, os quais emanam da necessidade populacional atual, que vivem em número crescente de integrantes, com economia globalizada e que exigem respaldo por meio de ações coletivas.

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo,

O direito ambiental constitucional será observado na Constituição Federal de 1988 exatamente dentro de aludido contexto: um direito a vida voltado às necessidades de toda a população brasileira, interessado em proteger os valores fundamentais da pessoa humana.<sup>74</sup>

A expressão “processo de massa” também é tratada por Rodolfo de Camargo Mancuso ao comentar sobre as funções e significados da proteção judicial de interesses difusos e coletivos<sup>75</sup> destacando que

O pano de fundo do acesso desses interesses metaindividuais à justiça é, na verdade, a sociedade massificada e o mundo globalizado em que vivemos, e que permite, como alude José Carlos Barbosa Moreira, que cheguemos a um ... **processo de massa**.<sup>76</sup> (grifo nosso)

Tece ainda, o referido autor, algumas considerações a respeito da nomenclatura desses direitos ou interesses metaindividuais tratando-os de direito de terceira geração trazendo assim que:

Esses interesses metaindividuais vêm sendo chamados de terceira geração, ou configuradores de uma terceira onda de acesso à justiça, tendo a primeira se caracterizado pela facilitação do acesso à Justiça às parcelas mais carentes da população, a segunda pelas formas coletivas de tutela judicial, e finalmente a terceira, representada pela judiciabilidade dos interesses, que consideram o ser humano dentro da comunidade onde vive e onde se expande sua personalidade (ditos direitos de fraternidade). Assim foi que afluíram à Justiça esses **interesses sem dono**, muito expandidos ao interior da sociedade, que a rigor não são privados nem

<sup>74</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004 p.32-33.

<sup>75</sup> Conferir em *Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. Org. Carlos Alberto de Salles, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.

<sup>76</sup> MANCUSO, Rodolfo Camargo in SALLES, Carlos Alberto de (org). *Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p.127.

públicos, mas, por traduzirem relevantes anseios sociais, mostram-se merecedores de tutela judicial, que se espera venha em boa qualidade, ou seja: justa, jurídica, econômica e tempestiva, assim prevenindo os efeitos deletérios da **atomização** do conflito coletivo.<sup>77</sup>

## 2.4 Instrumentos infraconstitucionais brasileiros de proteção coletiva.

Com todo este arcabouço constitucional, nos ateremos à máxima anteriormente tratada a respeito dos interesses difusos e coletivos, a título de exemplificação dos bens e interesses sobre patrimônio cultural, o qual descreve que “quanto mais concentrado o interesse, melhor representado ele está”, pois a parcela de participação e de custos transacionais são menores.

Quanto aos instrumentos de defesa judicial dos bens culturais, pode-se citar a Ação Popular<sup>78</sup> como uma das primeiras formas brasileiras de se dar guarida à proteção de bens públicos. Esta ação está regulada pela lei federal nº 4.717/65 com as respectivas alterações pela Lei federal 6.513/77 que em seu artigo 33, passou a considerar patrimônio público, para fins de ação popular, “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.”<sup>79</sup>

Em relação ao tratamento infraconstitucional brasileiro sobre representação dos bens coletivos, a Lei federal nº 6.938/81, pela primeira vez legitima a defesa do meio ambiente em Juízo, pelo Ministério Público.

---

<sup>77</sup> *ibid.* p.128.

<sup>78</sup> “A ação popular é a ação de qualquer indivíduo do povo, do cidadão, para defender os bens públicos, contra atos ilegais do próprio Estado. Sempre que houver um ato ilegal praticado por autoridade pública e que comprometa a integridade do patrimônio público, caberá a ação do cidadão. Portanto as condições da ação são ilegalidade de um ato administrativo e sua lesividade ao patrimônio público. Os bens culturais foram equiparados assim, aos bens públicos para virem a ter a proteção da ação popular.” in SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3ª edição ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p.74.

<sup>79</sup> *ibid*

A Lei federal nº 7.347/85 dispõe de mecanismos processuais mais claros, melhor definidos, para a defesa do meio ambiente e demais interesses difusos e/ou coletivos (como os direitos dos consumidores, defesa do patrimônio cultural, dentre outros).

Já a Lei federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) define o que vêm a ser os interesses difusos e coletivos.<sup>80</sup>

A respeito do grau de concentração de interesses (interesses coletivos), o CDC cruza dois tipos de critérios sobre a caracterização dos mesmos. Uns subjetivos, outros objetivos.

Em se tratando de direitos difusos, estes se caracterizam por terem uma indeterminação de sujeitos e o objetivo indivisível dos mesmos.

Quanto aos direitos coletivos, se caracterizam por haver sujeitos determinados ou determináveis a um grupo e/ou classe de pessoas, onde o objetivo desta categoria também se demonstra indivisível.

Temos ainda uma terceira categoria que compreende os direitos individuais-homogêneos,<sup>81</sup> segundo o qual o sujeito de direito é determinável e o direito em questão possui a característica de ser pleiteado coletivamente, ou seja, tem uma origem comum. O objeto será plenamente divisível.

Com essa abordagem das normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras, que ditam sistemas de proteção e preservação do patrimônio cultural com a mesma força de participação e interesse das demais políticas para o andamento do país, ou seja, econômica, social etc, nota-se claramente a questão da intervenção do Estado Social para também, promover a política cultural do país, por intermédio do Poder Judiciário.

---

<sup>80</sup> Porém, já estavam definidos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, categorizado na citada Lei infraconstitucional.

<sup>81</sup> “São direitos individuais homogêneos, ou acidentalmente coletivos (Barbosa Moreira), aqueles que têm por titulares pessoas que poderão ser individualizadas; mas sendo todos eles oriundos do mesmo fato (produto lesivo) e sendo significativamente numerosos os indivíduos lesados, o impacto de massa decorrente da lesão levou o legislador a dar-lhes trato processual coletivo.” in DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. 4ª edição revista, atualizada e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. p 158.

Diante de todo aparato teórico, constitucional e infraconstitucional expostos, entende-se que a realidade brasileira e o respectivo arcabouço legislativo dão aparato jurisdicional para a implementação, pelo Poder Judiciário, de tomadas de decisões que impliquem em declarar o tombamento de bens materiais e imateriais, com a devida provocação dos legitimados a assim proceder e por meio dos instrumentos processuais cabíveis a cada caso, no intuito de fazer valer o mandamento constitucional de promoção, preservação e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Busca-se a observação dos casos concretos, nos quais o Poder Judiciário foi chamado a se manifestar neste sentido, com a análise da jurisprudência a seguir.

### **Capítulo III**

## **DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL PELO PODER JUDICIÁRIO**

A proposta central deste capítulo é analisar através de pesquisa da doutrina e da jurisprudência os fatores que possibilitam ou não a declaração, pelo Poder Judiciário, do reconhecimento do valor cultural de determinado bem material ou imaterial mediante comprovação de sua relevância por atestados, laudos periciais, moções legislativas e/ou moções populares partidas tanto de entes públicos quanto da coletividade.

O Diploma Constitucional brasileiro disponibiliza todo um aparato fomentador da proteção do patrimônio cultural, instrumento indispensável para a análise ora em pauta.

Quanto aos limites da interferência do Poder Judiciário diante dos Poderes Executivo e Legislativo para o tratamento de tal matéria, busca-se no artigo 2º da CF/88 subsídios para analisar se a medida do tombamento judicial poderia ferir a independência harmônica dos poderes diante do sistema vigente dos órgãos federados.

Ainda quanto à adequação ou inadequação de tal medida, pode-se encontrar em tratamento anteriormente exposto, o artigo 5º, XXXV da CF/88 (Princípio da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão à bem, tanto individual quanto coletivo), reforça o dever de provimento pelo processo civil, da tutela necessária à proteção do bem cultural.

Como seria idealizado um modelo de procedimento padrão visando a uma intervenção judicial no âmbito administrativo, podendo ser adotada na proporção de não ferir os preceitos legais diante da omissão do poder público em resguardar patrimônios culturais e

mantê-los passíveis de utilização pela coletividade? Este desafio conduz a proposta de um roteiro para responder a tal situação.

### **3.1 A hipótese de omissão do Poder Público quanto à proteção do patrimônio cultural brasileiro**

Os artigos 215, 216 e 225 da CF/88 estabelecem que o Poder Público tem obrigações de proteger o patrimônio cultural, não se excluindo qualquer dos Poderes da nação de tal ônus, aspectos estes anteriormente analisados.

Para efeito específico desta análise, deve-se apontar que ao Poder Judiciário cabe também o cumprimento dos mandamentos legais e constitucionais para efetivarem o cumprimento de uma política em prol do meio ambiente cultural.<sup>82</sup> Desta forma busca-se responder se o Poder Judiciário tem o condão de tratar em sua seara da possibilidade de proferir provimentos de proteção do patrimônio cultural.

Sobre o assunto, aponta-se que estudiosos do tema se manifestam na doutrina brasileira de formas distintas, com posicionamentos diversos e díspares diante de suas convicções, sendo que Paulo de Bessa Antunes se coloca contrário à possibilidade de uma intervenção do Poder Judiciário junto ao Poder Executivo, por exemplo, vindo a tombar um bem se necessário, explicando que

A bem da verdade deve ser dito que o artigo 4º do Código de Processo Civil permite que os juízes possam declarar ou não a existência de uma relação jurídica. O Poder Judiciário, evidentemente, não poderá determinar o Tombamento de um bem de valor histórico ou artístico, pois o tombamento é um ato de natureza eminentemente administrativa e por isso, de competência exclusiva do Poder Executivo. O Judiciário poderá, evidentemente, declarar a existência de uma relação jurídica entre o Estado e a Comunidade, pela

---

<sup>82</sup> Conforme exposto e defendido em capítulo anterior.

qual o Estado fica obrigado a tutelar e proteger um bem cuja significância de seu valor foi judicialmente reconhecida. Igualmente, poderá declarar a inexistência de tal relação se provado que o bem é de nenhuma importância.<sup>83</sup>

Referida posição sustentada pelo autor conduz a um entendimento diverso daquele verificado nos preceitos constitucionais anteriormente tratados, nos quais fundamentam-se os dizeres de que a CF/88, quando conceitua patrimônio cultural, o faz com amplitude e com caráter de reconhecimento das atuais nuances sobre tal matéria, não só amparando a proteção dos bens de valor excepcional, concebida numa perspectiva erudita, com referências a fatores memoráveis da história local, mas também da mesma forma, a proteção de bens culturais de conotação popular, manifestações e acontecimentos sociais desde que referentes à ação, memória e identidade dos afetados. Este aspecto deixa de lado a compreensão anterior de que os bens culturais a serem protegidos seriam somente aqueles afetados por tombamento, nos termos do Decreto-lei nº 25/37.

Diante disto, o que a doutrina do citado autor não analisa é justamente a prévia existência do valor cultural por sua ocorrência no mundo dos fatos e tendo referência à identidade, à ação e à memória dos grupos diversos que formam a sociedade brasileira, conforme dita a Constituição.

Em obras mais recentes, diante da interpretação da Constituição Federal que abarca a proteção do patrimônio cultural, através de medidas do Poder Judiciário, Álvaro Luiz Valery Mirra aponta claramente a sua convicção na legitimidade de tal proceder:

E, enfim, apesar de a preservação do patrimônio cultural via de regra ser implementada pela adoção de providências administrativas ou legislativas, como o tombamento, a omissão ou recusa expressa do Poder Público em tomar um bem de valor histórico não obsta à imposição judicial de medidas de proteção desse mesmo bem, se se atentar para o regime jurídico aplicável aos bens dessa natureza e à finalidade última visada com a disciplina constitucional da proteção da qualidade propícia à vida.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.20.

<sup>84</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a responsabilidade do dano ao meio ambiente*. 2ª edição atualizada. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004. p.54

Portanto, em que pesem os argumentos fundamentados pelas diversas doutrinas apresentadas, o Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou a respeito da imposição pelo Poder Judiciário, de medidas de proteção do patrimônio cultural, das quais convém relatar-se a seguinte:

(...) A lide se instaurou em torno da configuração, ou não, do valor social do bem que se pretende proteção.

Como não é privativo do órgão legislativo, ou administrativo, a identificação de um valor social, tem o Judiciário poder para se pronunciar a respeito.

A identificação da natureza do interesse social apontado não é privativa e exclusiva do órgão legislativo ou da administração.

“O interesse público não é só aquele que o legislador declara, mas a realidade mesma, sentida pelo critério social. Esta situação pode se apresentar e anteceder à própria declaração legislativa. São tendências sociais que podem ser reconhecidas pelo Judiciário”. (José Raul Gavião de Almeida, *Da legitimação na ação civil pública*, p. 59, *in* Biblioteca da Faculdade de Direito – USP). (...)

“Novas tendências sociais podem fazer considerar de interesse público relações que não revelavam tal interesse em um momento anterior, e de qualquer forma antes que o legislador delas se ocupe.” (Mário Vellani, *ob.e loc. citados*)

O interesse público, em síntese, pode ser defendido como realidade social. Controvérsia pode-se instaurar, não sobre se ele merece proteção, mas sobre sua configuração. A solução só pode ser dada após a fase instrutória, como sucede em qualquer lide onde a controvérsia incide sobre os fatos.

Inserindo-se na atribuição do Judiciário verificar se ocorre ou não o fato pressuposto da configuração jurídica das realidades protegidas pela Lei n. 7.347, para conceder ou não a proteção que essa norma lhe concede, o mérito não pode ser julgado sem que as provas tenham sido produzidas.

A identificação do valor artístico ou estético não emerge de mera criação da autoridade administrativa, existe no plano da vida.

A ação proposta visa apurar, para fins protetivos, a existência, ou não, do interesse público afirmado na inicial (...)

Não se pode recusar, ao autor, direito à prova dos fatos alegados na inicial (...)<sup>85</sup>

Assim, a doutrina e jurisprudência modernas tratam de forma mais dedicada a uma apreciação direcionada à existência de relação fática que produz carência à coletividade da fruição do patrimônio cultural por omissão do Poder Público em não efetuar as incumbências constitucionais a ele impostas, ao invés de estreitar tais relações somente sob a ótica do Poder

---

<sup>85</sup> TJSP – Ap. Cív. 95285-1 – 8ª Câm. Civ. – j. em 28.3.1988 – m.v. – Des. Jorge Almeida – *in* MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. pp. 130 a 133

Judiciário vir a declarar, ou não, a existência de relação jurídica entre o Estado e a comunidade.

A resposta do Judiciário quanto a estas citadas situações, vem evoluindo sobre os pilares da Constituição Federal de 1988, das leis infraconstitucionais e principalmente, das necessidades sociais de se suprimir as omissões do Poder Público para com o patrimônio cultural brasileiro, impondo cumprimento de regras a serem exigidas, evitando-se ocorrência de danos ao citado patrimônio diante da inércia administrativa.

Esta obrigação estatal de proteção do patrimônio cultural se mostra de forma compulsória, necessária para propiciar exatamente o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, nos termos do artigo 225 da CF/88. Também sob o prisma dos artigos 215 e 216 da citada Constituição e especialmente, pelo Decreto-lei nº 25/37, a imposição ao Poder Público se mostra necessária neste sentido, aos bens de referência ao patrimônio cultural. E a inércia da administração provocaria a necessidade de providências pelo Judiciário, como exemplifica Álvaro Luiz Valery Mirra:

Contudo, sabe-se que os Estados e, principalmente, os Municípios resistem muito em utilizar o tombamento para a proteção desses bens, que, não raras vezes, pertencem aos particulares. Ainda assim, nas hipóteses em que a proteção administrativa sobrevém e o bem acaba por ser tombado, em boa parte dos casos, após a efetivação formal do processo administrativo, o resultado prático, especialmente quando se trata de imóveis, é o abandono do bem até a sua deterioração, sem providências concretas de conservação. Em todos esses exemplos, em que se constata a omissão de providências administrativas protetivas do meio ambiente e de bens ambientais específicos, causadoras de degradações ambientais importantes, surge inevitavelmente a questão da superação da inércia da Administração Pública pela via jurisdicional.<sup>86</sup>

Porém, as práticas, com as quais o Poder Judiciário vem se fundamentando para implementar tais providências, percorrem caminhos nada pacíficos arraigados na doutrina tradicional, que combate a questão principalmente sob a alegação de haver, em medidas

---

<sup>86</sup> MIRRA. *op. cit.* p. 396

impostas pelo Judiciário à Administração, o sentido de interferência, de desrespeito à separação dos poderes e a tangência da análise pelo Executivo, da conveniência e oportunidade na tomada de atitudes concretas para realizar tais necessidades.

Esta doutrina, representada por Seabra Fagundes, ensina que caberá à administração pública a análise da conveniência e oportunidade de colocar em prática os mandamentos da lei, onde a administração pública pode, “assim, sem contrariar o ‘regime de legalidade’, sem ir positivamente de encontro a determinações legislativas abster-se de executar a lei.”<sup>87</sup>

O referido autor fomenta em sua doutrina, formas restritas de apreciação pelo Judiciário levando-se em conta a necessidade de se justificar que

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.

O mérito está no sentido político do ato administrativo.(...)

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio de separação e independência dos poderes”. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional. (...) <sup>88</sup>

Nesta exata linha doutrinal, nota-se uma resposta da jurisprudência brasileira a este aspecto da apreciação pelo Judiciário, de matéria que, conforme o pedido efetuado e o instrumento processual utilizado pelos legitimados a exigirem do Poder Público o cumprimento e adoção de medidas de proteção do patrimônio cultural, não admite essa

---

<sup>87</sup> FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 82 a 84

<sup>88</sup> *ibid*

obtenção em razão da suposta interferência do Judiciário em questões de ordem exclusivas do Executivo.

Matérias ambientais já foram analisadas e decididas nesta linha de raciocínio por alguns tribunais.<sup>89</sup> Porém, em sentido oposto, segue-se uma tendência contemporânea de se utilizar o Poder Judiciário como forma de controle, por meios e instrumentos jurisdicionais, das omissões do Executivo, determinando que este cumpra os mandamentos legais fundamentais ao cidadão quanto à proteção do patrimônio cultural.

Nestes termos, o Judiciário estará agindo de forma a determinar a implementação de medidas comissivas de proteção, bem como, de medidas que barrem ou impeçam a continuidade de situações danosas, utilizando-se de ações judiciais próprias<sup>90</sup>, dando sentido à realidade fática e suprimindo a inércia da Administração Pública na hipótese de não cumprir o mandamento legal.<sup>91</sup>

Em tempos em que os direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988 se encontram alicerçados sobre ditames dos Direitos Humanos, não há como deixar de se utilizar uma interpretação das normas infraconstitucionais de forma a afrontar a Constituição, sendo que a lei máxima confirma o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo e necessário a propiciar condições de exercício do bem maior dos cidadãos, ou seja, o direito a uma sadia qualidade de vida.

---

<sup>89</sup> vide neste sentido: TJSP – 5ª Câmara. Civ. – EI n. 217.788-1 – j. em 5.10.1995 – m.v. – rel. Dês. Marcus Andrade – JTJ – LEX 181/206; AI n. 205.328-1 – j. em 12.5.1994 – v.u. – rel. Dês. Marcus Andrade – JTJ-LEX 159/189; AP Civ. N. 166.981-1/1 – j. em 7.5.1992 – v.u. – rel. Des. Marco César – RT 685/84; 3ª Câmara. Civ. - Ap. Civ. n. 179.965-1 – j. em 15.12.1992 – v.u. – rel. Dês. Mattos Faria – JTJ-LEX 143/14; 8ª Câmara. Civ. – Ap. Civ. n. 231.318-1/5 – j. em 11.10.1995 – v.u. – rel. Dês. Massami Uyeda; 5ª Câmara. Dir. Público – Ap. Civ. n. 252.460-1 – j. em 22.08.1996 – v.u. – rel. Dês. Cuba dos Santos – JTJ-LEX 184/21.

STF – 2ª Turma - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 343.866-2 – Rio de Janeiro – j. em 31.5.2005 – rel. Min. Ellen Gracie – disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>

<sup>90</sup> Principalmente aquelas referentes a defesas de direitos difusos e coletivos, já mencionadas em capítulo anterior.

<sup>91</sup> Neste sentido o entendimento de MILARÉ, Edis. (coord.) *Ação civil pública – lei n. 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001. p. 707-751.

Portanto, são normas obrigatórias ao próprio governo, à própria Administração Pública, as que determinam a implementação imediata de tais mandamentos, sendo estes por si só, portadores de relevância fundamental de proteção. Diante disto, a análise de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo não deve ser colocada em plano superior de avaliação e posterior tomada de decisões e/ou implementação de medidas, no sentido de se dar prioridades a outros planos de ação.

Neste sentido, recorre-se à doutrina representada por Álvaro Luiz Valery Mirra

Ora, se assim de fato é, ou seja, se a separação de poderes representa uma garantia destinada a assegurar a proteção dos direitos humanos contra o arbítrio do estado, seria no mínimo contraditório que ela fosse invocada pelos detentores do poder de administração como fundamento precisamente para negar a preservação de um direito humano fundamental – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – que se pretende alcançar com a supressão da omissão estatal lesiva.<sup>92</sup>

Há recentes convicções firmadas em pesquisa que demonstram um caminho a ser trilhado em prol de decisões do Poder Judiciário, quando provocado, a responder e exigir o cumprimento das medidas de proteção do patrimônio cultural, agindo como órgão do Poder Público que integra mandamentos da Constituição e os valores aplicados pela lei infraconstitucional, dentre elas a devida proteção do patrimônio cultural.

A respeito ainda da possibilidade do Judiciário exigir, via provimento jurisdicional, a implementação de medidas diante dos demais poderes, principalmente em face da inércia do Executivo quanto a tais medidas, necessita-se maior profundidade da doutrina e da jurisprudência a respeito da separação dos poderes.

---

<sup>92</sup> MIRRA. *op. cit.* p. 409

### 3.2 O princípio constitucional da separação dos poderes e sua aplicação em matéria ambiental de proteção do patrimônio cultural

A visão tradicional da questão de divisão de poderes no Brasil tem previsão constitucional no artigo 2º da CF/88<sup>93</sup> e constitui a principal definição da separação das funções estatais. Nela observa-se a real busca da democracia evitando-se arbítrios e desrespeito aos direitos fundamentais do homem, criando-se mecanismos de controle recíprocos. Aplica-se aí a teoria dos freios e contrapesos para funcionalidade.<sup>94</sup>

Da clássica leitura de Montesquieu, extrai-se a idealização da existência e funcionamento dos três poderes, demonstrando a sua complexidade de funcionamento:

Precisa-se combinar os poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir (...). Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.<sup>95</sup>

Para efeito do presente estudo, busca-se visualizar as questões a respeito do controle do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, tendo que as análises tradicionais e exemplificativas de tais intervenções seguem, geralmente, as hipóteses de

Possibilidade de não permitir-se que o presidente da República conceda a extradição, em caso de ausência dos requisitos constitucionais e legais (CF, art. 5º, LI e LII); possibilidade de o STF declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*); exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (CF, art. 97); compete ao STF o processo

---

<sup>93</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>94</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 137

<sup>95</sup> MONTESSQUIEU. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p.25-26.

e julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, *b*); efetivação do provimento dos cargos de suas secretarias, concedendo licença e férias a seus funcionários (CF, art. 96, I, *f*)<sup>96</sup>

Nas hipóteses de intervenções do Judiciário em relação ao Legislativo, temos

(...) Possibilidade de o STF declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*); exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (CF, art. 97); compete ao STF processar e julgar os parlamentares nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, *b*); elaboração de seus próprios regulamentos e regimentos internos e organização de seus serviços (CF, art. 96).<sup>97</sup>

Diante de tais exemplos, nota-se que em nenhum momento há menção específica sobre a questão da previsão constitucional do Judiciário em face dos demais poderes especificamente quanto a questões de defesa do patrimônio cultural, restando casos reais de interferência a serem tratados pela jurisprudência e doutrina.

A visão colhida de pesquisa jurisprudencial junto ao Superior Tribunal de Justiça<sup>98</sup> aponta a mesma idéia daquelas mencionadas no capítulo anterior de que a noção da primazia do direito administrativo em analisar a conveniência e oportunidade deve prevalecer, quando da análise de implementação de medidas necessárias a garantir o bem ambiental, sendo este colocado à mercê do Executivo para tal.

Diante destas afirmações, restaria soberana a análise pela Administração Pública das prioridades a serem dadas quanto à aplicação de políticas públicas sobre diversos assuntos, sem ter um respaldo a ser seguido como, por exemplo, respeito a prioridades ou casos

---

<sup>96</sup> MORAES. *op. cit.* p. 142

<sup>97</sup> *ibid*

<sup>98</sup> vide STJ – “O controle jurisdicional do ato administrativo, para não violar a separação dos poderes, distancia-se do critério político (mérito), cingindo-se à verificação das prescrições legais determinadas (competência e manifestação da vontade do agente, objeto, conteúdo, finalidade e forma). O critério político e razões técnicas, desde que lícitos, são estranhos à prestação jurisdicional.” (STJ – ementário STJ, nº 9/41 – MS nº 3.071-0 – DF. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Seção. Unânime. Diário da Justiça, 14 mar. 1994).

emergenciais de implementações de políticas públicas que tratem sobre direitos fundamentais do homem, tanto de caráter individual quanto coletivo.

Resposta a tal afirmação é dada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça ao analisar casos nos quais tratou-se de interesses metaindividuais de caráter difuso e coletivo, relevando as prioridades na aplicação de medidas em prol de situações em que referidos direitos se viam ameaçados pela demora da resposta da Administração Pública.

Convém a menção de caso tratado pelo Superior Tribunal de Justiça, dando provimento a recurso especial que tratou sobre questão de saúde pública e meio ambiente, demonstrando a aplicação moderna de tais conceitos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. (...)

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. (...)

10. "A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE."

11. Recurso especial provido.<sup>99</sup>

Neste mesmo sentido de aplicação de medidas omissas pela Administração Pública e exigidas pelo Judiciário, quando provado, seguem demais decisões tratando de direitos difusos e coletivos<sup>100</sup> neles incluídos o direito ao patrimônio cultural.

Medida Cautelar apresentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com pedido de liminar, requerendo concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial.

Sustenta que ajuizou Ação Civil Pública visando à preservação da Serra do Guararu, área de preservação permanente e objeto de tombamento pelo CONDEPHAAT, localizada no extremo Norte/Nordeste da Ilha de Santo Amaro/SP. Alega que a área em questão, de relevante importância ecológica, científica e paisagística, vem sofrendo a ação de empreendedores que causam dano ambiental, questionando, também, a legalidade da Lei Complementar Municipal nº 043/98, que prevê o zoneamento da região.

O Juízo de 1º Grau deferiu a liminar, determinando que "as rés se abstenham de qualquer medida conducente à aprovação, licenciamento, autorização ou permissão de atividade que implique a degradação ambiental, seja pela instalação de novas residências, seja pela instalação de equipamentos ou quaisquer atividades de comércio, indústria e serviço, até mesmo públicos, passíveis de comprometimento da Serra do Guararu, sob pena de multa diária de 1.000 UFESP's até o limite de 50.000 UFESP's. Concedo ainda a liminar para compelir a ré Prefeitura Municipal de Guarujá, em prazo imediato, a proceder ao efetivo controle e fiscalização do uso e ocupação da Serra do Guararu e área envoltória, como requerido na petição inicial, sob pagamento da mesma multa.(...)"

<sup>99</sup> STJ - REsp 575998 / MG ; Recurso Especial - Ministro Luiz Fux - Primeira Turma 07/10/2004 - DJ 16.11.2004 - p. 191. disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>

<sup>100</sup> STJ - REsp 575280. Ministro JOSÉ DELGADO. DJ 25.10.2004 p. 228RSTJ vol. 187 p. 155; STJ - ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (REsp. 429570/GO – Rel. Min. Eliana Calmon – Segunda Turma – j. 11/11/2003 – DJ 22.03.2004 – p. 277)

(...) Atento a essa orientação, tenho que esse entendimento também se pode aplicar à hipótese, havendo de prevalecer, como no caso destes autos, o mandamento constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça de lesão a um direito” (CF, art. 5º, XXXV).(…)

Enquanto se discute a respeito da legalidade/constitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 043/98, que prevê o zoneamento da área encoberta pelas leis de proteção ambiental, e sobre a proposta da ADELG para ocupação da área de preservação permanente, impõe-se adotar medida acautelatória, sob pena de se estar privilegiando os interesses particulares de empreendedores em detrimento da preservação do meio ambiente .

Nessa linha, sobressai a potencialidade de dano ao meio ambiente e o risco de graves prejuízos irreparáveis em função de novas interferências na área objeto de proteção e tombamento, tais como instalação de novas residências e loteamentos.

Destaco, ainda, o risco de perecimento do direito cuja proteção se pretende, até o julgamento do Recurso Especial já interposto, a justificar a liminar aqui amparada.

Assim, presentes e bem demonstrados os pressupostos necessários ao que se requer, concedo a liminar para conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial interposto nos autos do Agravo de Instrumento nº 375.317-5/6, ad referendum posterior da Turma a que couber o julgamento da presente medida cautelar, nos termos do pedido, até ulterior pronunciamento deste Superior Tribunal.<sup>101</sup>

Neste mesmo sentido, seguem julgados do Supremo Tribunal Federal<sup>102</sup> e do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>103</sup>.

Cabe ressaltar que no Supremo Tribunal Federal já ocorreu decisão em acórdão datado de 1943, estabelecendo que cabe ao Judiciário analisar se um determinado imóvel tem

<sup>101</sup> STJ – Medida Cautelar 009523 – Rel Min. Edson Vidigal – DJ 03.02..2005.

<sup>102</sup> STF - AI 227825 – Rel. Min. Marco Aurélio – 17.10.98 – DJ 14.12.98;

STF – MS 20999 – Rel. Min. Celso de Mello – 21.03.90 – Tribunal Pleno – DJ 25.05.90

<sup>103</sup> Lei municipal 12477 - ação direta de inconstitucionalidade – l. mun 12.477 de Jundiá obrigatoriedade de incineração de resíduos tóxicos que possam prejudicar a saúde e o ambiente da população urbana ou rural - afronta aos arts. 1, 5, 191, 193, II e 215, III da CE/89 e 24, vi e p i da cr - Inocorrência - Ação improcedente. A normatividade do município em matéria de proteção ao meio ambiente, embora limite-se ao exercício de competência suplementadora da legislação federal e estadual, restrita no que couber ao interesse local (art 30, II da CR), neste âmbito possui total autonomia para regular sobre soluções de problemas que afetem a saúde pública da cidade, cuja matéria compete regular concorrentialmente ao Executivo e ao Legislativo municipal sem afronta ao princípio da separação e harmonia dos poderes. (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Recurso: ADI 12472-0 Origem: SP - Órgão: OESP Relator: ALVARO CURY - Data: 14/08/91)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ato impugnado - Invasão de área pública por particulares - Dano ao patrimônio público e ao meio ambiente - Ajuizamento contra a municipalidade, omissa no cumprimento de normas que disciplinam o loteamento urbano - Artigo 18 da Lei Federal n. 6.766, de 1979 - Ingerência na administração municipal e violação do princípio da separação dos poderes incoerentes - Ação procedente - Sentença confirmada. (JTJ 178/12)

ou não valor histórico ou artístico para fins de tombamento, podendo apreciar o assunto também pelo seu merecimento, independentemente do critério administrativo.<sup>104</sup>

Ainda, a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal, cabe salientar a pesquisa exposta por Carlos Frederico Marés de Souza Filho narrando

O histórico julgado do STF, em 1942, da Apelação Cível 7.377, do então Distrito Federal, deixou resolvida esta questão, quando decidiu que “A legalidade do tombamento dos monumentos históricos pode, em cada caso, e deve, ser apreciada pelo Poder Judiciário”. Os Ministros que participaram daquele julgamento aduziram argumentos profundos no sentido de que compete ao Judiciário avaliar a classificação pelo Executivo, “embora com mais discretos contornos”, dizia o Ministro Filadelfo Azevedo, para que não esteja disfarçado sob o manto da técnica “o exagerado arbítrio ou injustiça notória”.<sup>105</sup>

Concluindo, tem-se na doutrina mais moderna a vertente da condução das medidas em prol da coletividade e das transformações sociais e, com base nas conseqüentes alterações legislativas, frutos de interpretação da Constituição Federal de 1988, centradas na possibilidade de intervenção do Poder Judiciário junto à Administração Pública quando da omissão de medidas que geram, ou possam gerar, lesões aos interesses difusos e coletivos.

Tem-se o entendimento de referida doutrina, em suma, que

No Brasil as medidas impositivas de obrigações de fazer e não fazer contra entidades estatais sempre encontraram resistência, sob o argumento de violação do preceito constitucional da separação de poderes. Embora inexista qualquer impedimento formal à execução judicial de obrigações de fazer, positivas ou negativas dirigidas a tais entidades, a doutrina tem entendido que nesses casos “a efetividade fica sacrificada pela impossibilidade jurídica da execução específica da obrigação de fazer, porque o Judiciário, perante o sistema constitucional vigente, não pode praticar atos administrativos da esfera do Executivo, pois estaria invadindo área privativa de outro Poder”. Esse posicionamento não é condizente com a realidade do Estado contemporâneo, no qual, como visto, não se pode considerar aquele princípio de forma absoluta, sobretudo quando a sua aplicação *a outrance* leva a resultados profundamente antijurídicos.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> STF – 1ª Turma – j. em 9.8.1943 – RT 150/370.

<sup>105</sup> SOUZA FILHO. *op. cit.* p. 96-97

<sup>106</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.294

Tem-se que a exigência social de colocação em práticas das normas e direitos constitucionalmente protegidos caminha no sentido de dar interpretação e validade às regras impostas à Administração Pública, resultam na possibilidade do Poder Judiciário intervir, de forma a analisar o contexto real das mudanças da sociedade, limitando a total discricionariedade para fazer valer tais direitos pelo Executivo.

Seguem o caminho natural de amadurecimento da coletividade, que através de instrumentos judiciais adaptados a essa realidade, visam buscar o que é de direito e dever de cumprimento pelo Poder Público.

Nos termos do artigo 2º da CF/88 é que se pode afirmar a possibilidade do cumprimento de funções típicas e atípicas entre os três poderes para colocar em prática o exercício da democracia, estabelecendo o funcionamento do sistema de freios e contra-pesos proposto para a engrenagem do modelo dos entes responsáveis pelas funções do Estado.

Busca-se no entendimento de Hely Lopes Meirelles que “só a justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo”.<sup>107</sup>

Também neste entendimento, afirma Odete Medauar, resumindo que a própria separação dos poderes determina e desenvolve mecanismo de controle entre os Poderes, temos que “se o poder detém o poder, se ao Poder Judiciário cabe a jurisdição, é da lógica da separação de poderes o controle da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida”.<sup>108</sup>

No cenário atual, onde o direito brasileiro se mostra disposto a cada vez mais, dar interpretação fática à Constituição Federal diante da necessidade de promover a proteção do patrimônio cultural, dando resposta à possibilidade do Poder Judiciário em intervir neste sentido.

---

<sup>107</sup> MEIRELLES. *op. cit.* p.99

<sup>108</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993. p. 172-175

Portanto, analisado este fator, propõe-se a pesquisa das formas de provimento destas hipóteses dentro do Poder Judiciário, buscando visualizar como se dá, neste provimento, os limites de alcance do Judiciário pelo processo judicial coletivo.

## Capítulo IV

### AÇÕES COLETIVAS E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Se o direito material está previsto justamente para propor e dar aquilo que é de direito ao seu beneficiário, bem como, determinar as regras que conduzem as relações sociais entre os cidadãos, o mencionado direito material não se reveste de característica principal de dar solução às demandas e pendências ocorridas pelas lacunas ou pelas interpretações dadas aos seus mandamentos. Porém, ainda assim, é da própria letra do direito material que indicará as soluções e decisões sobre as mencionadas pendências, surgindo assim a instrumentalização de dispositivos que venham a exercer tais mandamentos de solução de controvérsias, com as medidas de provimentos jurisdicionais, de procedimentos e de processos.<sup>109</sup>

*Provimentos são atos imperativos de exercício do poder em situações concretas*<sup>110</sup>

sendo que

(...) consistem sempre em manifestações da vontade do Estado-juiz mediante o emprego de *palavras*. São *pronunciamentos judiciais*, no sentido de que, pelas palavras usadas, o juiz emite um preceito, determinação ou *comando* – seja ao julgar a pretensão mesma (mérito), ao pôr ordem no processo ou simplesmente ao dar-lhe impulso em direção ao provimento final (designar dia e hora para audiência ou para a praça ou leilão de bens). Ao lado dos provimentos existem os *atos materiais* que o juiz realiza no processo, sem a emissão de um preceito ou vontade(...) <sup>111</sup>

Sobre este conceito de provimento é que se propõe a hipótese inicial de levar-se ao conhecimento do Poder Judiciário, lacunas ou falta de cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais por parte dos demais entes do Poder Público, por meio de provimento jurisdicional que abarque as formas de tutelas coletivas deste provimento.

---

<sup>109</sup> DINAMARCO. *op. cit.* p. 146-147

<sup>110</sup> *ibid*

<sup>111</sup> *ibid.* p. 148

Alguns destes institutos processuais já foram relacionados no capítulo II e a eles retornamos para melhor adequá-los metodologicamente às questões de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

#### **4.1 As ações civis públicas**

A Lei nº 6938/81 já concedia legitimação ao Ministério Público para a ação de responsabilidade civil contra o poluidor por danos causados ao meio ambiente, estabelecendo pela primeira vez no Brasil uma hipótese de ação civil pública ambiental.

A ação civil pública, logo depois, teve seus contornos ampliados e melhor definidos pela Lei federal nº 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública. Édis Milaré diz que tal lei

representou uma “revolução” na ordem jurídica brasileira, fazendo com que o processo judicial fosse visto não somente como mero instrumento de defesa de interesses individuais, para servir de efetivo mecanismo de participação da sociedade na tutela de conflitos que envolvem interesses supraindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos.<sup>112</sup>

A CF/88 ampliou as hipóteses de ação civil pública previstas na Lei nº 7.347/85 para o Ministério Público por meio da norma de extensão contida no artigo 129, III, conferindo-lhe a legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, patrimônio cultural e de outros interesses difusos e coletivos.

Inicialmente, vale ressaltar que interesses difusos, de acordo com a definição dada pelo Código do Consumidor (artigo 81, parágrafo único, I), são aqueles de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

---

<sup>112</sup> MILARÉ, Édis. (coord.) *Ação civil pública – lei n. 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995 p. 28.

A proteção do patrimônio cultural corresponde a um interesse difuso, tendo em vista que seu objeto é indivisível e seus titulares são indeterminados.

Os interesses coletivos, por seu turno, apresentam como titular uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas, neles também compreendidos os interesses individuais homogêneos. Em vista disso, só exercitará, o Ministério Público, a defesa de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, se estes tiverem suficiente abrangência ou repercussão social.

O acesso à justiça (ao Judiciário) foi certamente uma das maiores conquistas sociais como forma de participação do povo nas medidas de interesses coletivos.

A finalidade principal de tal lei foi de instituir a defesa de interesses coletivos *lato sensu*, à proteção do patrimônio público, meio ambiente, patrimônio cultural, consumidores e da ordem econômica, tendo por fim a condenação dos responsáveis à reparação do interesse lesado, preferencialmente com o cumprimento específico da pena.

Quanto à legitimidade ativa para tal, cabe ao Ministério Público, União, Estados, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista ou por Associações civis (inclusive sindicatos), constituídas há pelo menos um ano e que tenham como finalidade estatutária, a defesa do meio ambiente ou valores que incluam direitos difusos e coletivos (art. 5º, §4º, da Lei federal nº 7.347/85).

Cabe ressaltar que da prática, mesmo não recaindo exclusivamente sobre o Ministério Público a possibilidade de agir através da ação civil pública, na maioria dos casos, observa-se que parte deste órgão a iniciativa da ação.

A ação civil pública pode ter como pedido a condenação em dinheiro, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou qualquer outra tutela jurisdicional para a defesa dos bens possivelmente tutelados pela lei, em especial, no caso presente, o patrimônio cultural em qualquer de suas características.

Preferencialmente, a reparação deve ser específica, com a reconstituição ou recuperação do patrimônio danificado com o retorno ao *status quo ante*. Especificamente, conforme os artigos 3º e 13 da Lei nº 7.347/85, em matéria de proteção do patrimônio cultural o objeto da ação civil pública poderá ser a indenização com objetivo de recompor ou reconstruir um bem lesado ou, ainda, quando há pedido de prestação de obrigação de fazer e/ou não fazer, a determinação de uma conduta comissiva ou omissiva, conforme o caso.

Sobre este aspecto, cabe ressaltar o apontado por Fernando Fernandes da Silva ao afirmar que:

Por esse aspecto, é importante ressaltar que a Recomendação sobre a Proteção, em Âmbito Nacional, do Patrimônio Cultural e Natural, de 1972, estabelece obrigação de fazer semelhante, ao prever, entre outras sanções aos infratores das normas de proteção, a devolução das coisas ao seu estado primitivo, em conformidade com as normas científicas e técnicas de conservação.

Ainda em relação ao Decreto-Lei nº 25/37, o sujeito ativo da ação civil pública pode obter provimento para a demolição da construção realizada na vizinhança do bem tombado – obrigação de fazer – ou para a proibição de colocação de anúncios ou cartazes na mesma vizinhança – obrigação de não fazer.

A lei faculta ao Poder Judiciário optar entre a execução específica da sentença e a imposição de multa diária para cumprimento da obrigação de fazer e de não fazer.

<sup>113</sup>

Quanto à competência para tal, o artigo 2º da lei 7.347/85 combinado com o artigo 93, I, do Código de Defesa do Consumidor expõe que o juízo competente para processar e julgar ações coletivas é do lugar onde ocorreu, ou deva ocorrer, o dano.

Havendo causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a competência para o processo e julgamento será da justiça federal, consoante prescreve o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal. Pensemos em algum bem cultural que pertença à União e que se encontra em estado de abandono pelo órgão público federal, que não cuida devidamente da

---

<sup>113</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo: Peirópolis – Editora da Universidade de São Paulo, 2003. p. 145

conservação do bem, colocando-o sob risco de perecimento. Caberá à justiça federal analisar a provocação judicial para tanto.

Todavia, a regra geral é a de que a competência para julgar ações coletivas ambientais é da Justiça Estadual, pertencendo o bem cultural a particulares, a entidades públicas estaduais e/ou entidades públicas municipais.

Situação controvertida ocorre, no entanto, no caso de danos ambientais que ultrapassam mais de um Estado da federação, tendo em vista que reza o artigo 2º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) que, em se tratando de ações civis públicas relativas à matéria ambiental, o foro competente para processo e julgamento é o do local do dano. Em âmbito de proteção do patrimônio cultural, será rara tal hipótese, porém não seria impossível de ocorrer sendo que neste caso, aplica-se tal dispositivo nestas supostas situações.

Há autores entendendo que, ainda assim, a competência será estadual e será firmada por prevenção, cabendo a um dos Estados-membros atingidos conhecer e julgar o processo. Este é o posicionamento de Álvaro Luiz Valery Mirra, que esclarece o que segue:

Tal orientação justifica-se inteiramente, pois, embora possa haver, efetivamente, interesse federal nas causas relativas a danos ambientais que transcendem os limites territoriais de um único Estado-membro da Federação, o certo é que inexistente, para esses casos, atribuição normativa constitucional expressa de competência à Justiça Federal, como seria de rigor, e nem se faz presente interesse específico da União no julgamento dessas demandas, capaz de autorizar sejam os juízes federais determinados como competentes. É à falta de previsão constitucional que discrimine tais causas como afetas aos órgãos jurisdicionais federais, deve prevalecer a competência residual da Justiça Estadual.<sup>114</sup>

A respeito da possibilidade de pedido de liminar, o artigo 12 da sobredita lei exige, naturalmente a presença ao caso concreto, dos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*; ou no caso de pedido de antecipação da tutela, a possibilidade de antecipação provisória dos efeitos da sentença.

---

<sup>114</sup> MIRRA. *op. cit.* p. 163.

Percebe-se, portanto, desde logo, que o Ministério Público se apresenta como o órgão destacado quanto a vocação para a tutela desses interesses. Importante frisar que, se o Ministério Público propõe uma ação em defesa de interesses da sociedade, apesar de sua posição formal de parte, nem por isso deve deixar de zelar pela ordem jurídica, como fiscal da lei. Nada impede, portanto, que venha a pedir a improcedência da ação por ele proposta. Assim, se não intervier como parte, obrigatoriamente intervirá como fiscal da lei.

Para tanto, atribuíram-se garantias e prerrogativas constitucionais. Tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de acarretar desequilíbrio e desestabilização do regime democrático. Ao Ministério Público foi conferida a missão de defensor dos direitos fundamentais e de fiscalização dos demais Poderes.

#### **4.1.1 O instituto do inquérito civil**

Trata-se de medida preparatória, que se destina à colheita de elementos de provas, de modo a formar a convicção do Promotor de Justiça acerca de determinado fato, suas circunstâncias e autoria é também considerado como instrumento de composição e reunião de provas, com finalidade de servir de instrumento de análise de viabilidade de propositura ou, de aparelhamento do Ministério Público para a propositura de eventual ação civil pública. Conhecido como procedimento de natureza inquisitorial, não submetido a contraditório.

Assemelha-se ao inquérito policial, sendo diverso em relação ao objeto, que é civil, e ao presidente, que é um Promotor de Justiça e não um delegado de polícia. O Ministério Público, sem intermediários e sem burocracias, promove a coleta dos elementos de convicção necessários a embasar sua atuação.

Constitui procedimento administrativo exclusivo do Ministério Público Federal e Estadual. Os outros legitimados podem coletar provas de outra forma, mas não através desse instrumento.

O procedimento é público e qualquer interessado pode ter acesso, exceto se versar sobre interesse da segurança nacional, de sigilo comercial ou industrial, ou de outra matéria protegida por lei, bem como se puder ensejar prejuízo à investigação ou ao interesse coletivo (art. 20, do Código de Processo Penal).

O fruto da pesquisa da jurisprudência deste trabalho<sup>115</sup> permite afirmar que grande parte das ações civis pública com cunho de defesa do patrimônio cultural são precedidas e fundamentadas em inquéritos civis públicos, que neste sentido, fomenta uma série de provas e detalhes processuais contribuindo para o convencimento do juiz no seu ato decisório.

#### **4.1.2 A hipótese do compromisso de ajustamento de conduta**

O termo de compromisso de ajustamento pode ser firmado antes do ajuizamento da ação civil pública, por ocasião do inquérito civil, hipótese, então, que terá que ser submetido ao Conselho Superior do Ministério Público - CSMP.

Corresponde a um acordo extrajudicial, em que o infrator se obriga ao integral cumprimento das exigências legais (evitar a ocorrência do dano, paralisando ou deixando de realizar uma atividade ilícita, reparar integralmente o dano, dentre outras).

Tem eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85) a competência para celebrar tal compromisso é dos órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública, exceto associações.

---

<sup>115</sup> Vide quadro de jurisprudências – Anexo II.

Ajustamento não significa transação, ou seja, concessões recíprocas em relação ao cumprimento de obrigações legais. O Ministério Público não pode dispor ou renunciar de obrigações legais que versem sobre interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88). Pode tão somente convencionar sobre as condições de cumprimento das obrigações (modo, tempo, lugar). Um acordo que admita o descumprimento expresso ou implícito das obrigações legais é nulo, não tendo eficácia.

Devem ser estipuladas cominações no caso de inadimplemento sendo que nada impede, todavia, que seja celebrado no curso do processo, havendo, neste caso, homologação judicial.

Para a aplicação, em casos concretos de defesa do patrimônio cultural, os Ajustamentos de Conduta geralmente estabelecem prazos aos infratores para reconstituírem bens culturais danificados, elaboração de levantamentos técnicos sobre a identidade histórica de determinado bem e sua relevância, execução de obras de infraestrutura que se mostrem necessárias à proteção dos bens culturais, dentre outros.

## **4.2 As ações populares**

A previsão do art. 5º, LXXXIII da CF/88<sup>116</sup> especificou que a tutela do bem ambiental poderia ser feita via ação popular, em consonância com o tratamento global dado pela lei fundamental no que tange à necessidade da proteção ambiental em sua dupla natureza, como tarefa de todos.

A diferença primordial da tutela jurisdicional subjetiva, via ação popular, das demais de índole individualista está no fato de que esta última funda-se em interesse próprio e, no

---

<sup>116</sup> Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas e do ônus de sucumbência.

caso de ressarcimento de lesões, destina-se ao indivíduo diretamente, de forma exclusiva e pessoal.

No entanto, no primeiro caso, apesar de ser identificável com um interesse individual de todos a tutela destina-se à proteção do bem jurídico de dimensão coletiva ou difusa e o ressarcimento não se faz em prol do indivíduo, mas, sim, indiretamente, em favor da coletividade, por se tratar de um bem indivisível e de conotação social. Esta previsão é de aplicação imediata (artigo. 5º, § 1º), pois se trata de uma norma definidora de direito e de garantia individual.

Para Hely Lopes Meirelles

Ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

<sup>117</sup>

Quanto ao aparato infraconstitucional, tal ação está prevista na lei federal nº 4.717/65, modificada pela lei federal nº 6.513/77, que contém a exigência de que o cidadão seja brasileiro e no pleno exercício de seus direitos políticos, isto é, de votar e ser votado.

O Ministério Público intervirá obrigatoriamente no feito como *custus legis* (fiscal da lei até decisão da ação popular).

Quanto a legitimidade passiva, qualquer pessoa, física ou jurídica pode sê-lo, respeitando-se que o objeto da causa é anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sendo determinada a competência da promoção da ação o local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

---

<sup>117</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança (ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”)*. 15ª edição Atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 85

Na seara de proteção do patrimônio cultural, deve-se apontar que o instituto da ação popular se enquadra em tal possibilidade, restando claro que “em relação ao instituto do tombamento, é cabível ação popular, tendo como pólo passivo o órgão responsável pela proteção quando omissa em suas atribuições de reformar um imóvel tombado”.<sup>118</sup>

Ainda, quanto a utilização da ação popular para tais finalidades, nas hipótese de proteção do patrimônio cultural, ocorre geralmente a representação e defesa pelo Ministério Público com o uso de ações civis públicas, conforme demonstrado a seguir.

### **4.3 Outros institutos de defesa do patrimônio cultural**

Tido como remédio constitucional de proteção coletiva, o mandado de segurança coletivo está inserido no artigo 5º, LXX da CF/88 e é hábil para resguardar a violação de direitos da sociedade afetados por ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública ou pessoa jurídica no seu exercício de atribuição do Poder Público.

Mostram-se legitimados para tal: os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais, entidades de classe ou associações constituídas de forma legal e em funcionamento há, no mínimo, um ano.<sup>119</sup>

Carece ainda tal instituto, no ordenamento jurídico brasileiro, de disciplina legal podendo ser impetrado em prol dos bens coletivos, mas observando-se os dispositivos constitucionais para defesa de direito líquido e certo ligados a interesses individuais (lei federal nº 1.533/51) no que forem compatíveis na defesa de interesses coletivos.

Em mesma situação se encontra o dispositivo com previsão no artigo 5º, LXXI da CF/88, ou seja, o mandado de injunção coletivo, servindo de instrumento para procurar a

---

<sup>118</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *op. cit.* p. 146

<sup>119</sup> FIORILLO, Celso Antonio, RODRIGUES, Marcelo Abelha, NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.198

implementação de normas regulamentadoras para darem sentido às prioridades que tratem sobre a nacionalidade, a soberania e a cidadania. Portanto, na hipótese de inexistir regulamentação de determinado mandamento constitucional e, persistindo os órgãos responsáveis em permanecerem inertes quanto a esta necessária e fundamental prestação, como por exemplo, o da proteção do patrimônio cultural, referida ação terá o condão de impelir o órgão competente de promover o exercício deste direito.<sup>120</sup>

#### **4.4 Do exercício da tutela jurisdicional de patrimônio cultural**

Dentre as várias possibilidades de utilização de instrumentos processuais de caráter coletivo abertas pelo instituto processual civil brasileiro, sabe-se que a ação civil pública é a figura que mais tem freqüentado os tribunais nas situações em que se objetiva a consecução dos anseios sociais coletivos. O superior número de ações civis públicas encontrado na amostra de julgados colhidos para a análise e estudo que estruturaram a presente dissertação para comprovar este fato.

Diante dos instrumentos apresentados, o provimento jurisdicional de proteção ao patrimônio cultural é garantidor de sua inviolabilidade recorrendo-se ao Poder Judiciário para este exercer a defesa, o amparo e a proteção. Assim, a ação do judiciário reveste-se de um caráter de tutela, mediante o uso do processo coletivo e suas formas de provocação.

---

<sup>120</sup> Oportuna a consideração exposta na página 9 do documento elaborado para o 1º Seminário de Direitos Coletivos: Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos no qual foi confeccionado o caderno chamado “Documentos básicos para análise e discussão” que transcrevem: “(...) O Capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, até hoje sem disciplina legal. Deixa-se claro que pode ele ser impetrado, observados os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, espandendo-se assim dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Amplia-se a legitimação para abranger o MP, dentro do permissivo constitucional do art. 129, IX, CF. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva, assim como o Capítulo I do Código, inclusive no que respeita às custas e honorários advocatícios.(...)” Também, a respeito de mandado de injunção e tombamento, vide julgado do STF – MI 630 – Rel Min. Joaquim Barbosa – julgado em 05.12.05 – publicação em DJ 12.12.05

Caráter este que não afasta a possibilidade de uma reprovação (ou improcedência) do pedido exposto pelos meios processuais. Ou seja, nada impede que haja uma manifestação contrária ao pedido do autor em razão da prestação de tutela jurisdicional se, na conclusão do juiz, o fato em tela não apresentar real necessidade comprovada pelos meios adequados no deslinde processual de receber a tutela jurisdicional.

A prestação de tutela, outrossim, não é sinônimo de procedência da ação ou de garantia de que será comprovada a tese inicial do autor. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni aponta que

quem parte da premissa de que só tem direito a adequada tutela jurisdicional aquele que tem razão perante o direito material não consegue dar a amplitude necessária ao princípio da inafastabilidade, que garante a todos, estejam ou não amparados no plano do direito material a adequada tutela jurisdicional.<sup>121</sup>

Em resumo e por oportuno, compreende-se que o direito à tutela jurisdicional “consiste no direito de todo o cidadão de, após ter provocado o Estado-juiz, obter uma resposta adequada para a proteção do seu direito”.<sup>122</sup>

Se o aparato formal das maneiras e procedimentos jurisdicionais leva a um provimento no sentido de fazer valer os anseios dos cidadãos quanto às matérias de cunho de proteção do patrimônio cultural (direitos difusos e coletivos), tem-se que o acesso ao Poder Judiciário por estes meios deve dar caráter fundamental aos fatos reais que levam a recorrer a tal poder pelo processo coletivo.

As tutelas coletivas sim, respondem às necessidades de prioridade e alargam a aplicação do provimento em benefício da coletividade, não podendo coadunar com situações estagnadas de tomadas de medidas em favor de bens comuns à sociedade, como por exemplo,

---

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 214

<sup>122</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente. Tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. p.258

medidas que previnam o direito ambiental e sua proteção, abarquem a proteção do patrimônio cultural, tutelem os interesses dos consumidores, dentre uma série de outros.

Esclarecedoras as palavras que expõem, a seguir, referida linha de análise tendo que

A tutela jurisdicional do meio ambiente nunca será efetiva sem o abandono dos axiomas individualistas. O direito material difuso merece técnicas compatíveis com sua índole coletiva. Por isso, a relevância de o processo dispor de estrutura própria para as demandas que transcendem o âmbito individualista, sobretudo para garantir a tutela do meio ambiente. Percebe-se com a Lei da Ação Popular, com a Lei da Ação Civil Pública e, posteriormente, com o Código de Defesa do Consumidor, que o legislador passou a se preocupar em fornecer uma estrutura processual própria para a tutela jurisdicional de direito metaindividuais. Reformularam-se os institutos da legitimidade e da coisa julgada (como se verá adiante), houve uma adaptação do procedimento. Porém, em que pese se ter dado grande passo ao elaborar o sistema processual coletivo, esta estrutura ainda precisa ser aprimorada para, efetivamente, garantir a inviolabilidade ambiental. Imprescindível o aperfeiçoamento das técnicas de tutela.<sup>123</sup>

Para confirmar tais disposições nota-se que a aplicação desses instrumentos em prol das questões de defesa do patrimônio cultural, se fazem primordiais e evidentes. Por isso, o esforço para submeter uma situação constitucionalmente relevante à análise do Poder Judiciário enseja na implementação pelo representante deste órgão em efetivar a cognição para tal.

Temos como cognição, exposta na doutrina de Kazuo Watanabe que

é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.<sup>124</sup>

Portanto, o esforço concentra a matéria de fato e de prova que formará a convicção do juiz de acordo com todo o aparato judicial a responder pelas expectativas coletivas e

---

<sup>123</sup> TESSLER. *op. cit.* p. 169

<sup>124</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Perfil, 2005. p. 67

sociais. Neste momento ressalta-se a relevância da posição do julgador em primeiramente, buscar a compreensão do caso fático e do alcance benéfico ou necessário (por mandamento constitucional, por exemplo) de se analisar os pedidos coletivos. Diga-se que

Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valorações das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz de justificar a conclusão.<sup>125</sup>

Diante do aparato levantado, cabe a partida para as questões de análise jurisprudencial sobre tombamento analisado pelo Poder Judiciário em razão da inércia de demais órgãos do Poder Público, sendo que se buscou até o momento, explicitar a possibilidade do mesmo e de como fazê-lo.

---

<sup>125</sup> WATANABE. *op. cit.* p. 70

## Capítulo V

### O PROVIMENTO JURISDICIONAL PELO TOMBAMENTO E A JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

Cabe neste momento, a apreciação de julgados pesquisados via eletrônica (*internet*) e/ou presencialmente nos Tribunais, a respeito da temática de *tombamento judicial* junto aos órgãos superiores da justiça brasileira (Supremo Tribunal Federal - STF e Superior Tribunal de Justiça - STJ) por abrigarem competências para analisarem matéria de cunho constitucional em sede de recurso dos Tribunais estaduais.

O presente propósito de pesquisa restou focalizado, em sede de Tribunais estaduais, aos casos expostos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão da intenção de contribuição acadêmica de pesquisa a casos práticos que abrigam a instituição de ensino que fundamentou o presente trabalho, sendo elaborada tal pesquisa qualitativa da matéria analisada em sobreditos órgãos.

Compreende-se para efeito do presente estudo, pesquisa qualitativa de jurisprudência que melhor se enquadra ao problema central levantado na proposta da dissertação, ou seja, que sem ater-se a uma preocupação latente de elaboração de pesquisa sobre um recorte específico de tempo, o objetivo primordial foi abarcar os casos exatos sobre o tema *tombamento judicial*, principalmente com o advento da CF/88.

Mesmo assim, restaram citações sobre casos pretéritos a este período que vieram responder e contribuir para a pesquisa até mesmo pela proximidade das previsões constitucionais e infraconstitucionais de tal época. Com efeito, cabe ressaltar que em outros momentos anteriores deste trabalho, foi citada jurisprudência de outros Tribunais estaduais

que também serviram para evidenciar e fundamentar algum propósito da pesquisa. Dessa forma, mencionaremos a análise a seguir.

### **5.1 Aspectos gerais dos julgados pesquisados**

Foram pesquisados 40 julgados que pudessem envolver a questão sobredita nos órgãos do Poder Judiciário especificados. Deste total cabe estabelecer que, nas causas relativas a tombamento judicial junto ao Supremo Tribunal Federal, não se encontram exatamente determinadas sob esta nomenclatura usual da doutrina, pois as provocações maiores a respeito deste teor não se mostram incidentes diretamente nesse Pretório Excelso.

O termo *tombamento judicial* não toma forma de análise concreta perante o STF, pairando a análise sobre tombamento, defesa do patrimônio cultural, dentre outras.

As questões referentes ao instituto do tombamento (propriamente dito) pendendo majoritariamente durante as discussões para a questão do direito de propriedade em face do direito ao meio ambiente cultural preservado, são analisados pelo STF de forma a notar-se um remanescente de embate entre tais matérias, ou seja, direito de propriedade versus patrimônio cultural.

A aplicação da legislação em favor do patrimônio cultural (principalmente quando utilizado o instituto do tombamento para essa proteção) em instâncias inferiores, em muitos casos é reformada pelo STF em razão do entendimento de que a relevância do direito de propriedade sobrepuja sobre a questão da preservação do patrimônio cultural.<sup>126</sup>

Cabe citarmos que, no Agravo de Instrumento nº 490511 junto ao STF, proveniente do Estado de São Paulo, tendo como decisão a que inadmitiu o Recurso Extraordinário contra

---

<sup>126</sup> vide julgados do quadro demonstrativo – Anexo III.

acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tratando de limitação administrativa e tombamento da área e criação de Parque Estadual, consta o seguinte entendimento pelo STF:

Lê-se no voto condutor do acórdão recorrido: "Os autores adquiriram uma área de 5.347,00 m<sup>2</sup> no Parque Prainha, em São Vicente. Mesmo não implantado o loteamento, viram tolhidos seus direitos de proprietários pelo tombamento da área pela Resolução nº 40/85, do Secretário de Estado da Cultura, e pela criação do Parque Estadual Xixová-Japuí (Decreto Estadual nº 37.536/93). As restrições impostas aniquilam o direito de propriedade. A prova pericial produzida assim demonstra. (...)

Destarte, face às restrições impostas ao exercício pleno da propriedade, a condenação da Fazenda do Estado em indenizar os autores é de rigor(...)

"A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a pela indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público.(..)

A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5o, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia da compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4o, da Constituição.(...)

Nego provimento ao agravo(..) <sup>127</sup>

Portanto, mesmo com o advento da CF/88 e seus respectivos artigos protetores e promotores do meio ambiente natural e cultural (225, 215, e 216 principalmente), 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 do patrimônio cultural, por exemplo).

---

<sup>127</sup> STF – AI 490.511-4 – 08.08.2005 – Rel Min. Sepúlveda Pertence – DJ 18.08.2005 – disponível em [www.stf.gov.br/jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia)

Logicamente que não é somente neste sentido que o STF trata (ou tratou) a questão do exercício pelo Judiciário, da determinação de implementações de medidas aos demais Poderes, conforme já mencionado em momento anterior neste trabalho.<sup>128</sup> Poderá ser notada determinada corrente do STF tendente a permitir a intervenção do Judiciário, principalmente em face do Executivo, para implementar medidas de proteção ao patrimônio cultural, sem a nomenclatura específica de *tombamento judicial*.

Portanto, em um balanço dos julgados efetivados diante do STF, nota-se a existência de corrente que apóia as intervenções do Judiciário para promover a proteção do patrimônio cultural, aceitando-se que não se trata de interferência entre poderes da nação. Porém, quando se parte para a análise material dos fatos, a maioria dos julgados são analisados com o viés de dar interesse principal ao direito de propriedade, indenizando proprietários particulares por tombamento de áreas, deixando ainda em segundo plano a maciça pacificação das questões relativas à proteção do patrimônio cultural, principalmente pelo tombamento, diante do que determina a CF/88 de forma clara.

Analisamos também julgados do Superior Tribunal de Justiça que apontam para o mesmo sentido daqueles mencionados pelo STF, seguindo a mesma linha de aproveitamento para nossa discussão.<sup>129</sup>

Cabe lembrar que em tópicos anteriores, relacionamos diversos julgados do STJ que implementam a doutrina mais moderna de atendimento das necessidades da coletividade com caráter de primordialidade e aspectos de direito fundamental constitucional para as questões de defesa do patrimônio cultural através do tombamento.<sup>130</sup>

A pesquisa jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, trouxe decisões que tratam de forma direta a questão da possibilidade e limites do *tombamento judicial*, neste exato termo, servindo de apoio principal e com argumentos ricos

---

<sup>128</sup> vide julgados citados do STF nos itens 3.1 e 3.2

<sup>129</sup> vide quadro demonstrativo – Anexo IV

<sup>130</sup> vide julgados citados do STJ nos itens 3.1 e 3.2

para o desenvolvimento de uma construção da dissertação, apontando um sentido maior para a proteção e o cuidado junto ao patrimônio cultural.<sup>131</sup>

Um julgado em especial, que resultou no Acórdão prolatado pelo TJSP em respeito à Apelação Cível nº 004.248.5/9 da Comarca de Sertãozinho/SP, aponta em essência a provocação pelo Ministério Público estadual (através de uma ação civil pública) requerendo o tombamento de um imóvel naquela cidade, em razão de sua relevância histórica compreendida como inicialmente relevante pela coletividade local.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, sendo observado que a sentença monocrática concordou com as condições da ação, determinando que o bem imóvel fosse protegido pelo órgão público e que restasse impossibilitada sua venda para posterior demolição, sendo que, posteriormente, veio a ser recorrida tal sentença, e que no citado Tribunal foi reformada, apontando dois votos favoráveis à reforma da decisão de primeira instância e um voto contrário (o do relator).<sup>132</sup>

Esta decisão se calcou principalmente no teor das provas técnicas colhidas pela perita nomeada no caso, a qual apontou a falta de relevância histórica do imóvel em face do desinteresse local da população presente para com o mesmo.

Também pesou nos votos contrários à manutenção do tombamento judicial, a questão do direito de propriedade dos então proprietários do imóvel. Diante deste feito, o Tribunal se mostrou conservador e apegado a questões de direito privado em detrimento do interesse coletivo.

Por fim, o voto vencido do relator trouxe os seguintes fundamentos:

---

<sup>131</sup> vide quadro demonstrativo – Anexo V.

<sup>132</sup> Pelo que se pode denotar da pesquisa, tal decisão do Tribunal não sofreu interposição de recurso pelo Ministério Público, sem podermos afirmar tal motivo. Com efeito, tal julgado também não se encontra, na íntegra, disponível em formato eletrônico, sendo obtido via presencial a cópia de tal Acórdão perante o tribunal, também não sendo disponibilizada a devida explicação por tais motivos por aquele Tribunal.

Sequer constitui condição de procedibilidade da ação civil pública a necessidade de prévio processo de tombamento. Nesse sentido julgado estampado na RJTJESP-Lex 122, pág. 51 “A lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 não condiciona a propositura da ação à existência do prévio tombamento do local. Nem se pode dizer que dependa de exclusivo alvedrio da administração municipal a preservação de locais que tenha por merecedores de conservação. Seria excessivamente aleatório deixar recantos tradicionais de antigas cidades à mercê do bom ou mau gosto das autoridades municipais. A questão diz respeito aos próprios interesses da comunidade, do núcleo habitacional, no sentido de resguardar tradições caras à própria cidade e a seus habitantes, com o teor de vida pelo qual optem os que se definam no sentido de fixar moradia na cidade. Esse interesse não é restrito, assim, nem o pode ser, apenas a alcaides ou a vereadores. Não pode ser jungido aos anseios, objetivos e apegos dos governantes municipais.”(...)

O direito de propriedade não é ilimitado, podendo sofrer restrições em prol do interesse coletivo, como aconteceu na hipótese vertente, valendo lembrar que a r. sentença já ressaltou aos apelantes o direito de pleitear indenização por eventuais prejuízos experimentados.

Como destacou a r. decisão monocrática “a relevância da casa como símbolo e referencial da evolução histórica do município foi avaliada de forma segura pela perita do Juízo e pela assistente técnica do autor, com base em critérios científicos que merecem ser prestigiados”. E acrescenta com toda propriedade que deve ser reconhecido como “marco e elemento material portador de referência a fatos e acontecimentos que marcaram a história de Sertãozinho, em sua maior parte vinculados à atuação e à memória do Dr. Antônio Furlan Jr. Por isso, a manutenção do imóvel no estado em que se encontra interessa a toda a coletividade indiscriminadamente, sobretudo para as gerações atuais, que no presente já começam a dar mostras de ignorarem eventos do passado que muito contribuíram para a formação de sua própria identidade, e para as gerações futuras, que têm indiscutível direito de conhecerem detalhadamente fatos e circunstâncias significativos de suas origens”.

Efetivamente ainda que não se possa afirmar de forma categórica o valor arquitetônico da “casa do Doutor Furlan”, impõe-se a sua preservação como importante elemento histórico protegido pela Carta Magna – artigo 216.

A r. sentença apelada, não infirmada pelas razões recursais, deu o desate correto à pendência, merecendo confirmação por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, aqui também adotados.

Daí porque, *data vênia*, ousei divergir da douta maioria para negar provimento ao recurso (...)

Também serve de apoio para a questão da coletividade poder exercer seu direito de preservar e promover o patrimônio cultural via Poder Judiciário, os seguintes julgados: Apelação Cível nº 19.539-5/1 da Comarca de Capivari/SP e da Apelação Cível nº 261.800-2/3 da 17ª Câmara , ambos do TJSP.

Enfim, apesar de ser um voto vencido o argumento principal que dá sustentação à base da discussão, cabe ressaltar que o mais interessante do citado Acórdão é que na declaração dos votos, a questão da possibilidade do Tombamento Judicial não foi guerreada ou combatida, mas tão somente a questão da avaliação pelo Judiciário da valoração do indigitado patrimônio cultural. Assim, os limites do tombamento judicial é que poderiam ser

objeto de análise mais profunda, pois há argumentos claros para aceitação do mesmo como instrumento processual e social de proteção do meio ambiente cultural, bem como, de acordo com levantamento pericial ou demais formas de sustentar que o bem tem relevância cultural à sociedade, estabelecer os limites de exigência do tombamento mediante a omissão ou do Executivo ou do Legislativo.

Temos que os Acórdãos colhidos junto ao TJSP dariam maior sustentação ao objeto específico do presente estudo, resultando em uma possibilidade jurídica do pedido em colocar o Judiciário como órgão do Poder Público capaz de responder às expectativas da sociedade, com base legal sólida e entendimentos modernos e mais dinâmicos, como necessita a sociedade e como determina a CF/88.

Os limites de tal medida seriam justamente o de exigir dos demais Poderes aquilo que a lei os obriga a fazer, ou seja, zelar pelo patrimônio cultural brasileiro.

Em referido Acórdão já se encara tal possibilidade com plenitude de instrumentos, força cogente e principalmente em razão da exigência da sociedade. As possibilidades de fazer, deixar de fazer ou de indenizar pelos danos causados pela inércia dos Poderes Públicos funcionam como meios de justamente fortalecer a democracia através da artéria Judicial.

Com efeito, vale apontar que outro Acórdão do TJSP indica entendimento neste sentido, sobredito.<sup>133</sup>

Portanto, o que se pode afirmar com o levantamento da jurisprudência no presente estudo é que, apesar da falta de previsão legal específica sobre o meio de defesa do patrimônio cultural chamado de *tombamento judicial*, não há impedimento para o mesmo ser aventado junto ao Poder Judiciário pelas formas processuais adequadas para a proteção de tal patrimônio.

---

<sup>133</sup> TJSP – Apelação cível n. 19.539-5/1 – Rel Scarance Fernandes – 19.05.1998

Os Acórdãos dos diversos Tribunais apontados confirmam que geralmente há possibilidade de se promover a proteção do patrimônio cultural pela via judicial diante da omissão dos demais órgãos públicos, mesmo que para isso seja determinado este tipo de proteção pela inscrição do bem cultural em um dos livros do tomo, como concretização da forma do tombamento chamado judicial.

As matérias de prova é que fazem a diferença de caso a caso, sendo que mesmo restando várias decisões priorizando direitos individuais em detrimento dos culturais (coletivos), vislumbra-se a modificação de tais procedimentos pela alteração de votos para decidirem as pendências judiciais.

Os efeitos que o Poder Judiciário busca dar a tal providência, nada mais são do que aqueles em que a proteção do patrimônio cultural se faça evidente, ao contrário de entendimentos nos quais se prefere analisar se estaria ocorrendo interferência de um Poder em funções típicas de outro Poder.

O intuito do chamado *tombamento judicial* carrega a intenção de se aplicar efetivamente a proteção a um bem cultural que necessita do mesmo em razão da omissão do órgão público em promovê-lo, tirando-o da inércia que compromete a preservação do bem. Se a tão só inscrição do bem no livro do tomo é o suficiente para dar tal proteção, deverá ser requerida em tal dispositivo. Se há necessidade de tomadas de providências efetivas quanto à reforma de bens culturais ou de adoção de políticas públicas que protejam o citado bem, deverá ser requerida judicialmente em razão de obrigações de fazer e não fazer, sob pena de multa.

Portanto, cumpre-se desta forma, a larga margem de proteção que a CF/88 determina seja dada ao patrimônio cultural com a aplicação da hipótese de utilização de dispositivo material e processual para o chamado *tombamento judicial*.

## Capítulo VI

### TIPOLOGIA DO TOMBAMENTO JUDICIAL ATRAVÉS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Tendo em vista que a presente pesquisa aponta a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para proteger o patrimônio cultural diante da omissão dos demais órgãos públicos, busca-se responder como isso deveria ser elaborado, revelando condições jurídicas mínimas necessárias para a propositura de uma ação civil pública, com objetivo de dar suporte jurídico à prestação de provimento aos interessados na defesa do patrimônio cultural brasileiro, havendo sua concretização mediante via ação judicial.

Utiliza-se na presente proposta, a concretização de sobredita defesa com a utilização da ação civil pública, afinal é considerada, pelos doutrinadores mencionados nesta dissertação, a mais utilizada e/ou a que mais apresenta respostas práticas a tais situações nos tribunais e doutrinas brasileiras. Assim temos, a respeito de patrimônio cultural que “as iniciativas judiciais demonstram que a quase totalidade das demandas têm sido propostas pelo Ministério Público ou pelos órgãos governamentais encarregados da defesa dos bens culturais”.<sup>134</sup>

No mesmo sentido afirma Lúcia Reisewitz que

A ação civil pública é hodiernamente o instrumento jurisdicional mais utilizado para a tutela ambiental, portanto, também do patrimônio cultural, tendo em vista a criação de um novo sistema processual para garantir a tutela dos interesses de uma sociedade de massa, pós-industrial. Tal sistema, chamado de jurisdição civil coletiva, traz importantes inovações no campo

---

<sup>134</sup> MARCHESAN. Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 239

processual civil e tem a finalidade precípua de possibilitar e facilitar o acesso à Justiça.<sup>135</sup>

Para tal, necessário concentrarmos esforços no estabelecimento do procedimento padrão, compreendendo-o como uma das demais formas de acautelamento do patrimônio cultural, taxado pelo artigo 216 da CF/88.

Com efeito, propõe-se a tipologia de um modelo de pedido judicial de ação civil pública interposta pelo Ministério Público com objetivo de proteção do patrimônio cultural.

### 6.1 Das condições da ação

Oportuno, no momento, apontar-se o que tem a dizer determinados doutrinadores a respeito das condições da ação, em seu referencial ora exposto de caráter coletivo de defesa do patrimônio cultural.

Para Cândido Rangel Dinamarco, que trata especificamente esta questão com menção sobre a ação civil pública, afirma que

Ventos oriundos do mundo anglo-saxão do direito trouxeram-nos no entanto os fundamentos da tutela jurisdicional coletiva, endereçada a comunidades de pessoas e, portanto, não restrita a indivíduos isolados e perfeitamente identificados no processo. O espelho do sucesso das *class actions* norte-americanas despertou grande interesse na doutrina brasileira de vanguarda, que logo passou a preconizar importantes reformas em nossa ordem processual. O primeiro passo foi a Lei de Ação Civil Pública, editada em 1985 com intuito inicial de oferecer proteção aos valores ambientais, em complementação aos dispositivos jurídico-substanciais contidos na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (lei 6.938, de 31.08.1981), mas logo depois ampliada para incluir a tutela ao consumidor e a valores históricos, artísticos, paisagísticos, estéticos, turísticos.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> REISEWITZ. *op. cit.* p.109

<sup>136</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5ª edição, ver. e atu. São Paulo: Malheiros, 2003. p.

Portanto, consubstancializa o apontamento da relevância dos institutos de defesa processual coletiva do patrimônio cultural e, continua mencionado autor, a citar demais estudiosos do assunto, que prestigiam as questões relevantes do trato coletivo de tais interesses apontando que

Presencia-se em face disso, ao que sugestivamente Kazuo Watanabe denominou *molecularização* da tutela jurisdicional. Ao tradicional trato dos conflitos isoladamente, como *átomos* de uma realidade muito mais ampla, acosta-se agora o exercício da jurisdição em face das *moléculas* em que os átomos se aglutinam. O estilo de vida contemporâneo, solidário por excelência e por imposição das necessidades e aspirações comuns na *sociedade de massa*, impõe o trato coletivo de interesses que se somam e se confundem, quase se destacando dos indivíduos a que tradicionalmente se reportavam com exclusividade – e tal é o *direito de massa*, resultante dessa nova realidade social, e que por sua vez impõe rumos novos ao processo civil, o qual também se vai, então, modelando como um *processo civil de massa*.<sup>137</sup>

Diante da consolidada relevância dos processos coletivos brasileiros, há a preocupação em analisarem-se os institutos processuais e suas competentes ações para tratar de tal respaldo, aduzindo Cândido Rangel Dinamarco que “a doutrina moderna tende a considerar todos os pressupostos do julgamento de mérito englobadamente, renunciando à clássica distinção entre condições da ação e pressupostos processuais”<sup>138</sup> colaborando para o propósito no presente trabalho, em analisar as condições da ação (no caso, ação civil pública) conforme a teoria clássica que é citada da seguinte forma:

As *condições da ação* aceitas pelo Código mediante acatamento a conhecidíssima proposta doutrinária (Liebman) são notoriamente a possibilidade jurídica da demanda, o legítimo interesse de agir e a legitimidade *ad causam* (ativa e passiva) (art. 267, inc. VI). Esses requisitos são prévios à própria instauração do processo e devem estar presentes logo à propositura da demanda sob pena de indeferimento da petição inicial, mas todos eles têm natureza estática e a implementação de todos os três não significa ainda que o autor tenha um concreto *direito à sentença de mérito*.<sup>139</sup>

<sup>137</sup> *ibid* p. 33

<sup>138</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. 4ª edição rev, atu. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 302

<sup>139</sup> DINAMARCO. *op. cit.* Volume III. P. 128

Diante da situação processual atual no direito brasileiro e da relevância exposta até o momento pelo presente estudo, de se apresentar condições de proteção ao patrimônio cultural, adota-se na proposta a seguir, uma abordagem acerca dessa efetiva proteção pelo processo judicial compreendendo que é esse passo inicial, a “peça inaugural – e mais importante – do processo ambiental em que o autor suscita a atividade jurisdicional judicial visando a ordem destinada a assegurar a incolumidade do bem ambiental como regra”<sup>140</sup>, aplicando-se ao caso específico presente o mesmo processo para a proteção do patrimônio cultural.

Com a presente proposta, busca-se analisar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido de tutela judicial que revelará a ameaça, ou lesão, ao patrimônio cultural, estabelecendo pedidos imediatos e mediatos com suas devidas especificações, manifestando a necessidade de uma declaração pelo Poder Judiciário, diante da real situação para a aplicação de proteção ao bem cultural.

Assim, as condições da ação encontram lugar na doutrina que, já anteriormente exposta, alude a uma situação de defesa do patrimônio cultural como componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, apontando-se que

As condições da ação estão bem delimitadas no direito processual ambiental, sendo que sua existência é fundamental, em conjunto com os pressupostos processuais, para o pleno exercício do direito de agir em face de lesão ou ameaça ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>141</sup>

Trata-se a seguir, pontualmente das questões de um roteiro a ser proposto sob este viés sobredito, das condições da ação civil pública de proteção do patrimônio cultural, que em certos casos poderá ser compreendida com uma nomenclatura de *tombamento judicial*.

Os motivos e condições de intervenção do Ministério Público já expostos no *item 4.1* do presente trabalho, colocando que este órgão tem legitimidade para intervir e atuar no pólo

---

<sup>140</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 51

<sup>141</sup> *ibid* p. 53

ativo da ação civil pública para proteção do patrimônio cultural, será o modelo que se adota no presente exemplo, como requisito mínimo para tal, sendo que caberia também a legitimidade ativa de ação civil pública à União, Estados, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista ou por Associações. Quanto ao sujeito passivo, será sempre aquele que cometa o dano ou venha a expor o patrimônio cultural a perigo de dano, abandonando-o, dentre outras possíveis omissões de cuidados.

## **6.2 A ameaça ao patrimônio cultural como bem jurídico tutelado**

Com a exposição dos fatos, fatalmente estará se colocando a ameaça fática em desfavor do bem cultural apreciado, devendo-se constar também o enquadramento legal e/ou constitucional ao qual está sujeito tal bem.

Se há enquadramento legal para tal, logicamente estará sendo apontada a proteção jurídica que as leis e a constituição estarão vislumbrando sobre a temática.

Socorre-se, portanto, neste momento, aos fatores que dão ensejo amplo pela CF/88 sobre os conceitos de proteção do patrimônio cultural em seu artigo 216, bem como, da possibilidade do tombamento como meio de proteção deste bem, nos termos do artigo 216, § 1º da CF/88 e do Decreto-lei nº 25/37.

Há possibilidade de discussão sobre o tema de exigência pelo Poder Judiciário de medidas que levem o órgão público omissor a efetivar a proteção do bem a ser tutelado, resguardando-o de imediato e fazendo exercer sobre o mesmo, os efeitos de um tombamento para sua proteção, e não necessariamente seja determinado tombamento do bem sem a devida análise aprofundada da relevância do patrimônio cultural a ser preservado.

### 6.3 Possibilidade de pedido de liminar

Conforme previsão do Código de Processo Civil, artigo 461, §3º, prudente requerer em sede de pedido de tutela antecipatória os efeitos da liminar sobre o caso narrado, dando como motivos fundamentais para tal a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para demonstrar, em cada caso, a dificuldade ou impossibilidade de reparação do dano na hipótese de que não seja concedida a liminar.

Quanto ao perigo da demora, encontra razão justamente no perecimento do objeto em caso de abstenção da medida liminar, em razão da iminência fática do dano.

O permissivo legal sobredito ainda aduz, de forma prudente, à possibilidade de requerer a obrigação da medida a ser proposta (obrigação de fazer ou de não fazer) pelo requerido, estipulando-se multa a ser quantificada para agir como forma de penalização pelo não cumprimento imediato da ordem judicial.

### 6.4 Da causa de pedir

Necessário estipular os objetivos da ação de proteção ao patrimônio cultural sob duas possibilidades. A primeira diz respeito às questões que buscam preservar o bem cultural de possível dano ou de efetivo dano, possuindo caráter de prevenção.

A segunda hipótese caberia no caso da utilização de tutela repressiva para sanar a efetivação de um dano ocorrido no bem cultural, exigindo-se a reparação por meio da restituição do bem ao *status quo ante*. Quando este se mostrar impossível, deve-se requerer a indenização pelo infrator, órgão público ou privado, pessoa física ou jurídica.

O que se procura estabelecer é o amparo amplo da possibilidade de proteção do bem cultural. Neste momento é de suma relevância a narração dos fatos que levam à tomada de medida judicial própria a intervir na situação em que se encontra o bem, sendo indispensável a exposição dos motivos de relevância ou comoção popular para a compreensão do caso fático e da formação da possibilidade jurídica do pedido. Interessante ainda, constar da narração dos fatos os possíveis atos ilegais e de omissão que por ventura possam estar pairando sobre tal evento e mesmo lesionando ou colocando o bem cultural à exposição de lesão ou destruição (perda do bem).

Cabedal da doutrina, tais fatos quando são narrados com a seguinte explicação:

*Causa de pedir* (ou *causa petendi*) – Vindo a juízo, o autor narra os fatos dos quais deduz ter o direito que alega.(...)

O fato que o autor alega, seja no crime ou no cível, recebe da lei determinada qualificação jurídica. Por exemplo, o matar alguém capitula-se como crime de homicídio (CP, art. 121); forçar alguém, mediante violência física ou ameaça, a celebrar um contrato configura coação (...). Mas o que constitui a *causa petendi* é apenas a exposição dos fatos, não a sua qualificação jurídica. Por isso é que, se a qualificação jurídica estiver errada, mas mesmo assim o pedido formulado tiver relação com os fatos narrados, o juiz não negará o provimento jurisdicional (...). O direito brasileiro adota, quanto à causa de pedir, a chamada doutrina da *substanciação*, que difere da *individuação*, para a qual o que conta para identificar a ação proposta é a espécie jurídica invocada (...), não as meras “circunstâncias de fato” que o autor alega.<sup>142</sup>

## 6.5 Do pedido

Neste momento é que se apresentam os requisitos fundamentados nos capítulos anteriores deste trabalho<sup>143</sup> quando do pedido de declaração do valor cultural do bem a ser protegido, bem como, da condenação do requerido nas obrigações de fazer e/ou não fazer e ainda da condenação do órgão público omissor na proteção do bem tutelado, para que promova

<sup>142</sup> ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11ª edição rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 261

<sup>143</sup> vide capítulos 1 e 2 do presente estudo, mencionando o caráter de ação declaratória de tombamento judicial.

a inscrição do bem no livro do tombo e torne sem efeito quaisquer outras medidas administrativas que permitam a danificação do bem, se for o caso.

Logicamente cabe aqui uma reafirmação dos pedidos de tutela antecipada para que surtam efeito de definitivos, no sentido de dar proteção real através da doutrina processual que trata o pedido desta forma a seguir exposta:

*Pedido (petitum)* – não se justificaria o ingresso de alguém em juízo se não fosse para pedir do órgão jurisdicional uma medida, ou *provimento*. Esse provimento terá natureza cognitiva (processo de conhecimento), quando caracterizar o julgamento da própria pretensão que o autor deduz em juízo; tratar-se-á, então, de uma *sentença de mérito* (meramente declaratória, constitutiva ou condenatória). (...)

Por outro lado, todo provimento que o autor vem a juízo pedir refere-se a determinado *objeto*, ou bem da vida (...).<sup>144</sup>

Esta seria a estrutura principal e básica da ação civil pública para o propósito de proteção de patrimônio cultural.

## 6.6 Natureza do provimento

A natureza do provimento a ser dispensado em sede de ação civil pública com caráter de tombamento judicial interposto com intuito de dar proteção ao patrimônio cultural, apoiado nos ditames dos artigos 215 e 216 da CF/88 e nos artigos do Decreto-lei nº 25/37, são o de caráter preventivo e/ou reparatório do bem tutelado, de relevância cultural de caráter amplo, a ser considerado desta forma pela sociedade que é beneficiária de tal bem, devendo o Estado-juiz fazer o complemento das lacunas legais que os demais órgãos públicos observam, mas não efetivam instrumentos e/ou políticas públicas para saná-los. Por isso, inclusive, deverá a sentença declaratória de tal ato determinar, por vezes, a inscrição no livro do tombo

---

<sup>144</sup> ARAÚJO CINTRA. *op. cit.* p. 262

de determinado bem, para a devida proteção pelo Poder Público em razão da exigência da coletividade em tal situação.

### **6.7 Da lacuna da legislação sobre patrimônio cultural**

Como instrumento de proteção do patrimônio cultural, o chamado *tombamento judicial* serve de instrumento útil a primordialmente, suprimir lacunas legais que possam ser suscitadas na análise dos artigos do Decreto-lei nº 25/37, assim como dos aspectos legislativos dos órgãos responsáveis pelo devido cuidado com o bem cultural, quando não há previsão legal específica em citadas normas, claras a darem possibilidade de pedido, por intermédio do Judiciário, de tombamento de bens culturais (inscrição no livro do tomo de determinados bens) e/ou medidas com efeitos de tombamento, no sentido de preservação do bem até final análise probatória fática da relevância do bem a ser tutelado.

Um instrumento muito utilizado para dar fundamento ao pedido de medida protetora do patrimônio cultural na forma sobredita, é o inquérito civil<sup>145</sup>, no qual são levantadas provas, fortes indícios ou até mesmo, comprovação de omissão dos órgãos públicos quanto ao cuidado que deveria ser dispensado ao bem cultural.

Com estes instrumentos, a complementação do Decreto-lei nº 25/37, diante de suposta omissão de previsão legal ou lacuna quanto à possibilidade de tal aplicação, se faz suprimida perante o aparato constitucional robusto que amplia a proteção do patrimônio cultural, independentemente de dar atenção somente aos bens culturais tombados.

A CF/88, em seus artigos 215 e 216, mostra-se como o alicerce fundamental à utilização do tombamento judicial, dando suprimento às eventuais lacunas legais passíveis de

---

<sup>145</sup> Vide detalhes anteriormente tratados neste estudo, em seu capítulo 4.

supressão pela Lei Maior, conforme os fundamentos jurídicos que confirmam tal posição ao longo de toda a dissertação e do presente capítulo.

## CONCLUSÃO

O tema proposto para análise do presente estudo se mostrou de forma instigante, uma maneira de buscar a elucidação principal em termos judiciais, da possibilidade e, caso possível, os limites de uma atuação do Poder Judiciário quando instado a se posicionar a respeito da proteção do patrimônio cultural por meio de uma ação judicial com o propósito de tombamento judicial.

Essa relação se deve principalmente ao fato da alusão aos preceitos constitucionais dos artigos 215 e 216 da Carta Constitucional de 1988 que colocam as possibilidades de proteção do patrimônio cultural em um patamar de garantias de direitos fundamentais e acesso à coletividade de tais bens culturais, delimitando-se uma política cultural imperiosa a proporcionar este alcance ao meio social.

Diante da presente situação, a pesquisa propõe o levantamento de tais garantias constitucionais resultando num amplo arcabouço que abriga dispositivos específicos de proteção do patrimônio cultural, dentre eles o de maior destaque apresentado neste estudo, ou seja, o do tombamento.

A pesquisa nos leva a investigar a estrutura do tombamento, instituto inicialmente tido como exclusivo de utilização do Poder Executivo, fazendo parte da aplicação do binômio conveniência e oportunidade da Administração Pública vir a decidir sobre a relevância de bens culturais a serem protegidos pela mesma, lançando mão do recurso do tombamento propriamente dito.

Já que tal corrente se apóia exclusivamente na vertente do órgão administrativo ser o único responsável pelo tombamento, o simples ato de inscrever um bem no livro do tomo serviria como resumo da atuação deste ente como protetor. Porém a observação nos leva a

afirmar que de nada valeria o ato de tombar nestes termos, pois restariam inócuas as atitudes de real proteção do bem cultural, mantendo-o sem condições de uso, gozo e fruição pela coletividade.

Este caráter de não só cumprir uma formalidade legal de instrumento de proteção mas sim, de promover efetivamente as atitudes concretas de proteção do patrimônio cultural de bens passíveis de tombamento é que fazem encontrar guarida na lei e na Constituição federal estes propósitos.

Para isso, o estudo aponta que, em sede de ação coletiva, provocada a dar provimento e concretização como resposta à sociedade desta situação, encontra-se um canal adequado (o poder Judiciário) para tentar suprimir a falta daquela prestação da cultura prevista como obrigatória pelo poder público em geral.

O amparo ao artigo 5º, XXXV da CF/88, dá inspiração para que os processos coletivos no Brasil busquem em países como Estados Unidos (onde se viu a instrumentalização destes dispositivos capazes de representarem os anseios populares) os preceitos que abrigam a vertente atual da doutrina de promoção do Estado implementador de políticas públicas. E a própria Constituição Federal instiga esse modo de agir. Dentre as possibilidades de instrumentos protetores encontram-se as políticas culturais de proteção e promoção dos bens culturais e principalmente, a possibilidade de escolha do Poder Judiciário em fazer implementá-las diante da omissão do Estado em suas outras figuras.

Para tanto, encontram-se no presente trabalho fundamentos básicos para se fazer valer uma atuação do Judiciário, sem intervenção nas áreas do Executivo e Legislativo capazes de suscitar um desrespeito aos preceitos e divisões da harmonia e independência dos Poderes da nação, expostos no artigo 2º da CF/88.

Os argumentos pesquisados e as fundamentações jurídicas coletadas na jurisprudência e doutrina apontam para a possibilidade efetiva do Poder Judiciário agir com o

intuito de declarar a relevância do bem cultural e sua devida proteção diante da omissão do Poder Público e diante da previsão expressa em legislação sobre tal possibilidade.

Diante do exposto, conclui-se que o objeto do presente problema é respondido não só pela suposição de idéias, mas pela confirmação de que em casos concretos nos quais o Poder Judiciário é chamado a dar suporte, provocado pelos instrumentos processuais devidos, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido ou falta de fundamento legal para tal. A jurisprudência pesquisada confirma que os fatos que levam os julgadores a não reconhecerem, por vezes, a necessidade de provimento a certos bens culturais se dá em razão de falta de comprovação da real necessidade disso.

Em momento algum da pesquisa se localiza argumento capaz de apontar a não apreciação pelo Judiciário de ação judicial com tal intuito, mas sim de apontamentos de divergentes possibilidades de interpretação da norma jurídica já existente capaz de dar suporte jurídico a tal defesa.

Nestes termos, a Constituição Federal de 1988 coloca amplamente o dever dos órgãos públicos em proteger o patrimônio cultural, sendo que para isso enseja a possibilidade de arguição do “tombamento judicial compreendido e enquadrado como uma das demais formas de acautelamento do patrimônio cultural” exposta no artigo 216, § 1º da CF/88. Enfim, a possibilidade jurídica de tal provimento é compreendida como possível pelo só exposto no ordenamento jurídico brasileiro em vigor.

Num segundo momento deve-se atentar para a questão dos limites em que tais apreciações pelo Judiciário estariam sujeitas a colocar em debate a implementação do dispositivo em pauta na prática atual da jurisdição possibilitada pelo uso do processo civil e das devidas ações judiciais.

Faz-se necessária a conclusão de que o estudo permite estabelecer para a compreensão do amplo objetivo do termo utilizado na pesquisa: *tombamento judicial*.

O instrumento supracitado foi levado a cabo para informar que se trata de uma forma de proteção do patrimônio cultural, cuja essência não se baseia exclusivamente em permitir ao Poder Judiciário, diante da comprovada omissão do Poder Executivo e/ou do Poder Legislativo em proteger bens culturais, que venha a determinar a inscrição de um bem no livro do tomo.

Seria dizer que agindo simplesmente desta forma, estaria se institucionalizando mais um aparato burocrático para não fazer valer o direito concreto de real e fática proteção cultural. Estaria-se fadando a inércia dos demais Poderes com a inclusão administrativa de mais uma atitude sem resultado eficaz e eficiente para a promoção da proteção cultural.

Quando tratamos do *tombamento judicial* como forma de proteção, analisa-se o depósito de confiança na eficiência do complexo sistema de freios e contrapesos proposto para o funcionamento independente e harmônico dos três Poderes.

Se ao Judiciário cabe tal possibilidade, a mesma não deve se restringir a simplesmente dar este provimento no papel, mas exigir sob pena de multa e/ou indenização, o abandono da inércia protetiva e assim oferecer aos cidadãos, membros da coletividade, a possibilidade de tal garantia constitucional.

Os limites do Poder Judiciário neste sentido, devem observar a questão probatória de relevância do bem cultural e não somente a previsão do direito sem sua concretização. Cabe ao Judiciário apontar não só a inscrição do bem no livro do tomo, se for o caso, mas também de prever providências que resguardem o bem cultural a ser protegido, invocando a obrigação de fazer e/ou a obrigação de não fazer.

Logicamente que incumbir ao Poder Judiciário a tarefa de declarar que o bem cultural, a partir da sentença judicial, estará inscrito no livro do tomo pura e simplesmente, sem demais previsões efetivas de proteção, seria mais uma forma de demonstrar que a

nomenclatura *tombamento judicial* não serviria de real proposta a dar proteção ao patrimônio cultural.

Talvez a expressão utilizada pela jurisprudência e pela doutrina possa, de início, colocar em risco a interpretação e utilização do instrumento. Porém, conforme o estudo caminhou no sentido de se opor a tal proposta e analisar o que realmente seria a possibilidade de dar proteção ao patrimônio cultural pelo tombamento de bens culturais através da intervenção e/ou declaração do Poder Judiciário, seria o caso de maior repúdio dos intérpretes literais que analisam o corpo das legislações sem compreender o real espírito das mesmas.

Em suma, os limites do chamado *tombamento judicial* se dão em âmbito processual e probatório da real necessidade e anseio da coletividade que o exige e não, tão somente, a respeito da interpretação literal da expressão ora utilizada, compreendendo-se que a lacuna legislativa de previsão expressa de tal instrumento não o faz inexistente no mundo jurídico. Isto é a real intenção e sentido de provimento: fazer valer o direito material através do processo judicial.

O apontamento da jurisprudência levantada no Estado de São Paulo, no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal em conjunto da doutrina atual exposta, indicam a resposta ao que fora proposto no início do trabalho, ou seja, verificar se há razão de institucionalizar como instrumento de proteção de bens culturais o chamado *tombamento judicial* nos termos expostos neste trabalho.

A resposta se dá de forma afirmativa, esclarecendo que o fundamento principal para isto está estampado na Constituição federal de 1988, com os instrumentos processuais adequados expostos anteriormente, com a inclusão dos mesmos, diante da realidade atual de processos coletivos e implementação de políticas públicas, via judicial, para concretizar a constituição.

A discussão infraconstitucional sobre o tombamento leva-nos a analisar a posição do Decreto-lei nº 25/37 diante de sua sujeição aos posteriores fundamentos hierarquicamente superiores dos artigos 215 e 216 da CF/88, demonstrando que tal lei não trata especificamente sobre o tombamento judicial porém, em momento algum, o proíbe ou o atravanca.

Com efeito cabe apontar que a falta de previsão legal expressa à aplicação do *tombamento judicial* no Decreto-lei nº 25/37 não o torna inócuo diante, justamente, do aparato constitucional de ampla previsão de proteção do patrimônio cultural sobredito.

O resultado da presente pesquisa permite o apontamento a respeito das atuais exigências e interpretações que a Constituição Federal de 1988 impõe desde sua entrada em vigor, recepcionando dispositivos legais anteriores à sua existência como Constituição cidadã e ampliando os deveres de proteção do patrimônio cultural.

Seria inútil se pensar em dispositivos legais novos que criassem a explícita previsão de demais dispositivos de acautelamento dos bens culturais para só assim, vir a poder surtir efeitos no mundo jurídico capaz de propiciar a concretização dos direitos à coletividade que exige o cumprimento do mínimo necessário a uma sadia qualidade de vida, nela incluída a proteção do patrimônio cultural em suas diversas facetas e esferas.

A própria Constituição Federal de 1988 estimula esta interpretação não hermética de previsões legais para todo tipo de instrumento de proteção de bens culturais, ao prever em seu texto as “demais formas de acautelamento do patrimônio cultural”, em seu artigo 216, § 2º. Portanto, o Poder Judiciário tem, não só competência, possibilidade e limite para utilizar a proteção do patrimônio cultural através do tombamento judicial, mas fundamentalmente o dever de assim atuar para fazer cumprir sua participação social como órgão do Poder Público incumbido de tais obrigações.

O que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe hoje para referida proteção é suficiente a dar a resposta positiva para a instrumentalização do tombamento judicial,

conforme permite-nos apontar em razão das considerações e pesquisa expostas no presente trabalho.

O presente estudo serve como apoio à utilização do tombamento judicial como instrumento capaz de propiciar o início de um procedimento capaz de apontar a relevância de um bem cultural, sua necessidade de proteção ou não e ainda, a sua inclusão ou não inclusão no livro do tomo, sendo que por intermédio do processo judicial e seus procedimentos, os princípios da ampla defesa das partes envolvidas e da possibilidade de se obter concretamente um provimento de proteção do patrimônio cultural visando preservar e reprimir possíveis danos ao mesmo, se mostra absolutamente adequado aos ditames do ordenamento jurídico brasileiro.

Mais, propicia uma forma lícita de discussão das razões, fatos e história a serem apreciados por pessoas competentes e dignas de darem a possibilidade da fruição dos bens culturais.

Enfim, os apontamentos ora levantados se remetem à proposta da tipologia do tombamento judicial mediante uma ação civil pública servindo como primeiro passo a dar valor e concretização deste direito fundamental do homem, há tanto discutido e presente no mundo e há tanto danificado pelas atitudes do homem e seus demais interesses que atingem tais riquezas da humanidade.

A pesquisa jurídica se mostra uma das mais (senão a mais) gratificante e difícil, pois a todo o momento, está sujeita às suas comprovações diante dos anseios sociais que se modificam conforme as alterações da sociedade. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirma que “de todas as ciências, a do direito é a de maior importância prática para todos, porque à legislação cabem a criação e a garantia da felicidade material no mundo”.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª edição. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsó, 1972. p 16

Com isso, cabe-nos apontar que o patrimônio cultural é matéria instigante a ser protegida amplamente, possibilitando à coletividade toda sua aplicação, porém jamais sem atender as perspectivas que essa coletividade remete e escolhe. Aí cabe ao Judiciário atuar de forma mais moldada a prover essa possibilidade à coletividade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros:

ALONSO, José Antonio. LOZANO, Liliana. PRIALÉ, Maria Ângela. *La Cooperación cultural española: más allá de la promoción exterior*. ICEI/Intermón-Oxfam.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11ª edição rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARRAL, Welber. *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica – teoria e prática da monografia para cursos de direito*. 3ª edição rev. São Paulo: (?) 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público – A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Regime jurídico do tombamento*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, nº 112, p. 50-68, abr./jun. 1973, p.61

DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio (coordenadores). *Estatuto da cidade*. Comentários à lei federal nº 10.257/01. São Paulo: Malheiros, 2002.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2ª edição. Max Limonad. São Paulo, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 1996.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos. Decimotercera edición, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5ª edição, ver. e atu. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. 4ª edição revista, atualizada e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Volume III. 4ª edição revista, atualizada e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARBER, Daniel A. e FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: The Chicago University Press, 1991.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.) *Direito ambiental em debate*. Volume 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. e NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coordenador). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. SILVA, Solange Teles da. SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.) *Desafios do Direito Ambiental no século XXI*. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

KOCHE, José Carlos. *Fundamentos de metodologia científica*. 18ª edição. Petrópolis: Vozes, 2000.

KOMESAR, Neil K.. *Imperfect alternatives*. Choosing institutions in law, economics and public policy. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

LEITE, José Rubens Morato. DANTAS, Marcelo Buzaglio (orgs.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental brasileiro*. 12ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

MATTOS, Paulo, (coord.). *Regulação econômica e democracia, o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6ª edição. rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo brasileiro*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança (ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data")*. 15ª edição Atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1994.

MERCADO PACHECO, Pedro. *El analisis económico del derecho*. Una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. (coord.) *Ação civil pública – lei n. 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. (coord.) *Ação civil pública – lei n. 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995

MILLS, Wright C. *A imaginação jurídica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

MIRANDA, Jorge. *O patrimônio cultural e a constituição – tópicos in Direito do Patrimônio cultural*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração (INA), 1996.

\_\_\_\_\_. (org. e trad.) *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa nacional,

Casa da moeda, 1980.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*. 2ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª edição. atu. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MONSTESQUIEU. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos direitos transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OSORIO, Leticia Marques. *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del rey, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª edição. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsóí, 1972.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural*. Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RIST, Gilbert. *El desarrollo, historia di uma creencia occidental*. Madrid, IUDC-UCM/La Catarata, 2002.

ROCCO, Rogério. *Estudo de impacto de vizinhança: instrumento de garantia do direito às cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

RUIZ, José Juste. SCOVAZZI, Tullio (coord.) *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

SAMPAIO, Luciana. *Estudo de Impacto de Vizinhança: sua pertinência e delimitação de sua abrangência em face de outros estudos ambientais*. Monografia de Especialização – Universidade de Brasília. Centro de Desenvolvimento Sustentável, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. WOLD, Chris. NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANAHUJA, José Antonio e GOMEZ GALÁN, Manuel. *El sistema internacional de cooperación al desarrollo*. Madrid: CIDEAL, 1999.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Licença urbanística*. São Paulo: Malheiro, 2001.

SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22ª edição. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da*

*humanidade*. São Paulo: Peirópolis – Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª edição. rev. e atu. São Paulo, Malheiros. 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 5ª edição. Malheiros. São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3ª edição ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos tribunais. 1992.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TODARO, Michael P. *El desarrollo económico del tercer mundo*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1998. p. 51-77.

TOURAINÉ, Alain. *Podemos viver juntos? Iguais e diferentes*. Vozes. Petrópolis, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Volume V. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

VILAÇA, Marcos, PORTELLA, Eduardo, FALCÃO, Joaquim e FARKAS, Thomas. *Carta da comissão do patrimônio imaterial brasileiro ao ministro da cultura. O registro do patrimônio imaterial*. Brasília: Ministério da cultura/IPHAN/FUNARTE, 2003

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª edição. rev. e atu. São Paulo: Perfil, 2005.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZHOURI, Andréa. LASCHEFSKI, Klemens. PEREIRA, Doralice Barros (org.). *A insustentável leveza da política ambiental*. Desenvolvimento e conflitos socioambientais. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

### **Publicações por Instituições:**

**ESTATUTO DA CIDADE:** Guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

**INSTITUTO O DIREITO POR UM PLANETA VERDE:** Congresso internacional de direito ambiental. Direitos Humanos e Meio Ambiente. Volumes 1 e 2. Organizador: Antonio Herman Benjamin. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

**MINISTÉRIO DE ASUNTOS EXTERIORES.** Secretaria de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica. Estrategia de la cooperación Española em Patrimônio Cultural. Madrid, 2004.

\_\_\_\_\_. Cedido para el proyecto “Formación e Información sobre Evaluación del Impacto de la Cooperación”, por la Oficina de Planificación y Evaluación. Evaluación del programa de escuelas-taller em iberoamérica: resumen ejecutivo. Madrid, 16 de diciembre de 1998.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica. Evaluación del programa de patrimonio cultural de la cooperación española. Madrid, 2003.

### **Publicações eletrônicas:**

<http://www.minc.gov.br/textos/tm03.htm#12.5>; acesso em 25-01-2006.

<http://www.mtas.es/Guia2005/texto/6/6-4.html>; acesso em 25-01-2006.

<http://www.pnud.org.br/educacao/index.php?lay=ecu>; acesso em 09-11-2005.

<http://www.minc.gov.br>>, acesso em 29-08-2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. (CD-Rom)

HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Objetiva. Versão 1.0, dezembro/2001 (CD-Rom)

OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: três modelos de juez*. Doxa, n.14. 1993. p. 169-194 (em separata)

### **Periódicos:**

ALONSO, José Antonio. El desarrollo como processo abierto al aprendizaje. *The european journal of development research*. vol. 16. n. 4. Winter 2004. p. 845-867.

BERZOSA, Carlos. 1949-1989: cuarenta años de cooperación al desarrollo. *Revista de pensamiento iberoamericano*. n. 19. enero-junio, 1991. p. 363-371.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da constituição federal e das normas ambientais. *Revista de direito ambiental*, nº 6, ano 2, abril-junho de 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GASPARINI, Diógenes. Tombamento II. in *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo, v. 74.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, nº 97 (jan-mar 2000).

LOREDO, Marisa. Aproximaciones teóricas a la cooperación para el desarrollo: la ayuda oficial como instrumento de política exterior. *Revista de pensamiento iberoamericano*. n. 19 enero-junio, 1991. p.382-387.

MORGENTHAU, Hans. A political theory of foreign aid. *The american political science review*. vol. LVI, n.2, 1962. p. 301-309.

NALINI, José Renato. *O juiz e a ética da proteção ambiental*. Revista de direito ambiental, vol.3, p.72.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. Plano diretor e estudo de impacto de vizinhança (EIV). *Revista de direito ambiental*, v.10, n.37, p.80-95, jan./mar. 2005.

SHIKWATI, James. A ajuda atrapalha. *VEJA*. São Paulo: Abril, n. 1917, ago. 2005. p.11-15.

### **Jurisprudências:**

JURISPRUDÊNCIA on-line. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>

JURISPRUDÊNCIA on-line. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>

JURISPRUDÊNCIA on-line. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br>>

JURISPRUDÊNCIA on-line. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>

## ANEXO I

### RESOLUÇÃO nº 240 / 2005

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu ÓRGÃO ESPECIAL, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO a relevância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os objetivos voltados à preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, a necessidade de assecuramento de condições ao desenvolvimento socioeconômico;

CONSIDERANDO a conveniência da especialização da matéria;

CONSIDERANDO, por fim, o decidido no Processo COJ – 1234/ 2005,

RESOLVE:

Art. 1º - É criada a "Câmara Especial do Meio Ambiente", com competência para os feitos de natureza civil e medidas cautelares, que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão se mostrar de ordem constitutiva, meramente declaratória ou de condenação a pagamento de quantia certa ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Essa competência se estende às ações de indenização por danos pessoalmente sofridos propostas individualmente, na forma do disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, artigos 81 e 104, bem como aos feitos concernentes à aplicação de penalidades administrativas impostas pelo Poder Público e aos processos referentes a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental (Lei n. 6.938, artigo 14, "caput" e parágrafos 1º a 3º).

Art. 2º - Designados pelo Órgão Especial, após a publicação de edital de inscrição, os Desembargadores atuarão na "Câmara Especial do Meio Ambiente", sem prejuízo de suas atribuições nas Câmaras e Seções de origem, mediante compensação na distribuição dos feitos entrados nestas.

Art. 3º - A "Câmara Especial do Meio Ambiente" constituirá, juntamente com uma das Câmaras de Direito Público, observada ordem sucessiva, Grupo de Câmaras, para o julgamento de ações rescisórias referentes a seus acórdãos e de embargos infringentes opostos a acórdãos proferidos em ação rescisória de ação rescisória (Regimento Interno, artigo 21 e parágrafos). As eventuais dúvidas de competência deverão ser decididas pelo Órgão Especial.

Art. 4º - Esta Resolução entrará em vigor 15 (quinze) dias após sua publicação.

São Paulo, 05 de outubro de 2005.

(a) LUIZ TÂMBARA

Presidente do Tribunal de Justiça

**DOJ. DE 06.10.05**

## ANEXO II

Quadro demonstrativo dos julgados pesquisados em diversos tribunais, que se referem à questão do Tombamento.

TRIBUNAL	AÇÃO	NÚMERO	ANO DO JULGAMENTO
STF	Representação	1312	1988
STF	Mandado de Injunção	630	2005
STF	Agravo de Instrumento	387.598-1	2005
STF	Agravo de Instrumento	490.511-4	2005
STF	Recurso Extraordinário	308.399-6	2005
STF	Recurso Extraordinário	168.917-0	1996
STF	Recurso Extraordinário	219.292-1	1999
STF	Recurso Extraordinário	343.866-2	2005
STJ	Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial	407.179	2005
STJ	Recurso Especial	431.555	2002
STJ	Agravo Regimental no Recurso Especial	201.386	2001
STJ	Recurso Especial	220.983	2000
STJ	Recurso Especial	173.158	2000
STJ	Recurso Especial	184.900	1999
STJ	Recurso Especial	41.993	1995
STJ	Mandado de Segurança	89030115112	1990
STJ	Embargos de Declaração em Mandado de Segurança	89030299183	1989
STJ	Recurso Especial	436.253	2004
STJ	Recurso Especial	65.454	2003
STJ	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança	11.603	2002
STJ	Recurso Especial	407.179	2002
STJ	Recurso Especial	169.876	1998
TRF 3ª Região	Agravo de Instrumento	165.532	2003
TRF 3ª Região	Apelação Cível	650.093	2006
TRF 3ª Região	Apelação Cível	91.03.041.568-6	1997
TRF 2ª Região	Agravo de Instrumento	0235632	1997
TJ/SP	Apelação Cível	4.248-5	1997
TJ/SP	Mandado de Segurança	169.174-2	1994
TJ/SP	Apelação Cível	139.328-1	1991
TJ/SP	Apelação Cível	120.187-5	2002
TJ/SP	Apelação Cível	63.360-5	2000
TJ/SP	Apelação Cível	19.539-5	1998
TJ/SP	Apelação Cível	62.202-5	1999
TJ/MG	Apelação Cível	155.156-3	2000
TJ/MG	Apelação Cível	61.098-0	1996
TJ/SC	Apelação Cível	38.926	1993
TJ/RS	Agravo de Instrumento	599.327.285	2000
39ª Vara Cível Central de São Paulo	Ação Civil Pública	805.258-9/97	2002
TJ/SP	Apelação Cível	467.527-5	2006
5ª Vara da Faz. Pública	Ação Civil Pública	583.53.2004.020333-5	2004

**ANEXO III**

Quadro demonstrativo dos julgados pesquisados que se referem à questão do Tombamento junto ao Supremo Tribunal Federal – STF

<b>TRIBUNAL</b>	<b>AÇÃO</b>	<b>NÚMERO</b>	<b>ANO DO JULGAMENTO</b>
STF	Representação	1312	1988
STF	Mandado de Injunção	630	2005
STF	Agravo de Instrumento	387.598-1	2005
STF	Agravo de Instrumento	490.511-4	2005
STF	Recurso Extraordinário	308.399-6	2005
STF	Recurso Extraordinário	168.917-0	1996
STF	Recurso Extraordinário	219.292-1	1999
STF	Recurso Extraordinário	343.866-2	2005

## ANEXO IV

Quadro demonstrativo dos julgados pesquisados que se referem à questão do Tombamento junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ

TRIBUNAL	AÇÃO	NÚMERO	ANO DO JULGAMENTO
STJ	Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial	407.179	2005
STJ	Recurso Especial	431.555	2002
STJ	Agravo Regimental no Recurso Especial	201.386	2001
STJ	Recurso Especial	220.983	2000
STJ	Recurso Especial	173.158	2000
STJ	Recurso Especial	184.900	1999
STJ	Recurso Especial	41.993	1995
STJ	Mandado de Segurança	89030115112	1990
STJ	Embargos de Declaração em Mandado de Segurança	89030299183	1989
STJ	Recurso Especial	436.253	2004
STJ	Recurso Especial	65.454	2003
STJ	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança	11.603	2002
STJ	Recurso Especial	407.179	2002
STJ	Recurso Especial	169.876	1998

## ANEXO V

Quadro demonstrativo dos julgados pesquisados que se referem à questão do Tombamento  
junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ/SP.

<b>TRIBUNAL</b>	<b>AÇÃO</b>	<b>NÚMERO</b>	<b>ANO DO JULGAMENTO</b>
TJ/SP	Apelação Cível	4.248-5	1997
TJ/SP	Mandado de Segurança	169.174-2	1994
TJ/SP	Apelação Cível	139.328-1	1991
TJ/SP	Apelação Cível	120.187-5	2002
TJ/SP	Apelação Cível	63.360-5	2000
TJ/SP	Apelação Cível	19.539-5	1998
TJ/SP	Apelação Cível	62.202-5	1999
TJ/SP	Apelação Cível	467.527-5	2006

Quadro demonstrativo de um julgado em 1ª instância da 39ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP

<b>FORO</b>	<b>AÇÃO</b>	<b>NÚMERO</b>	<b>ANO DO JULGAMENTO</b>
39ª V. Cível Central de São Paulo	Ação Civil Pública	805.258-9/97	2002
5ª Vara da Faz. Pública	Ação Civil Pública	583.53.2004.020333-5	2004