

UNIVERSIDADE DA REGIÃO DE JOINVILLE – UNIVILLE
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO – PRPPG
MESTRADO EM PATRIMÔNIO CULTURAL E SOCIEDADE - MPCS

**A (IN)EFICÁCIA DAS NORMAS INSCULPIDAS NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL/1988 E NO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO/2002 QUANTO À SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO
AMBIENTAL CULTURAL, À RESPONSABILIZAÇÃO DE SEU AGENTE
AGRESSOR E À EFETIVA REPARAÇÃO DOS BENS OFENDIDOS**

KATJA ELIZABETH FUXREITER

JOINVILLE

2012

KATJA ELIZABETH FUXREITER

**A (IN)EFICÁCIA DAS NORMAS INSCULPIDAS NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL/1988 E NO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO/2002 QUANTO À SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO
AMBIENTAL CULTURAL, À RESPONSABILIZAÇÃO DE SEU AGENTE
AGRESSOR E À EFETIVA REPARAÇÃO DOS BENS OFENDIDOS**

Dissertação de Mestrado apresentada
como requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Patrimônio
Cultural e Sociedade na Universidade
da Região de Joinville - Univille, na
linha de pesquisa de Patrimônio
Cultural Tangível.

Orientadora: Dra. Dione da Rocha
Bandeira.

JOINVILLE

2012

Catálogo na publicação pela Biblioteca Universitária da Univille

F949i Fuxreiter, Katja Elizabeth
A (in)eficácia das normas insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil/1998 e no Código Civil Brasileiro/2002 quanto à salvaguarda do patrimônio cultural, à responsabilização de seu agente agressor e à efetiva reparação dos bens ofendidos. / Katja Elisabeth Fuxreiter ; orientadora Dione da Rocha Bandeira : UNIVILLE, 2012.

113f. : il. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade – Universidade da Região de Joinville)

1. Patrimônio cultural. 2. Constituição - Brasil. 3. Código Civil - Brasil. 4. Responsabilidade civil. I. Bandeira, Dione da Rocha (orient.). II. Título.

CDD
341.3492

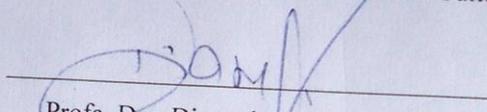
Termo de Aprovação

“A (in)eficácia das normas insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e no Código Civil Brasileiro/2002 quanto à salvaguarda do patrimônio ambiental cultural, à responsabilização de seu agente agressor e à efetiva reparação dos bens ofendidos”.

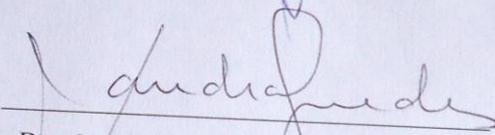
por

Katja Elizabeth Fuxreiter

Dissertação julgada para a obtenção do título de Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade, área de concentração Patrimônio Cultural, Identidade e Cidadania e aprovada em sua forma final pelo Programa de Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade.

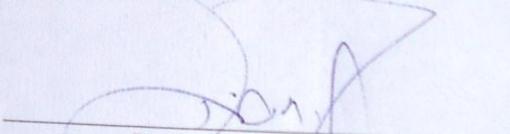


Prof. Dra. Dione da Rocha Bandeira
Orientadora (UNIVILLE)

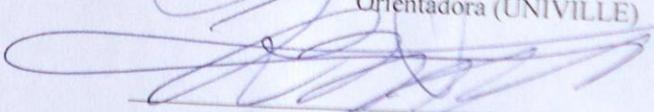


Prof. Dra. Sandra Paschoal Leite de Camargo Guedes
Coordenadora do Programa de Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade

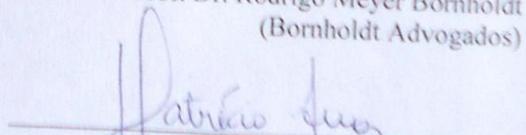
Banca Examinadora:



Prof. Dra. Dione da Rocha Bandeira
Orientadora (UNIVILLE)



Prof. Dr. Rodrigo Meyer Bornholdt
(Bornholdt Advogados)



Prof. Dra. Patricia de Oliveira Areas
(UNIVILLE)

Joinville, 30 de novembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo preciso dizer que meus agradecimentos não são, em absoluto, formais. Eu não me reconheceria neles se assim o fossem. Desta forma quero agradecer a todas as pessoas que se fizeram presentes, que se preocuparam, que foram solidárias, que torceram por mim. É que todos os que realizam um trabalho de pesquisa sabem que não o fazem sozinhos, embora sejam solitários os atos da leitura e o do escrever.

Entretanto, porque de uma forma especial, queria agradecer à minha orientadora, Doutora Dione da Rocha Bandeira, pelas correções, sugestões, paciência e horas gastas com meu trabalho. Ao Doutor Genivaldo da Silva, Promotor de Justiça no município de Joinville/SC, pela valorosa colaboração. Boa parte das sugestões destes dois professores está aqui incorporada. E a todos os demais professores do Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade, da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, por suas dedicações e seus ensinamentos.

Também, de forma mais do que especial, muito obrigada, sempre e todos os dias, meus amados filhos, Marina Fuxreiter e Henrique Prachthausen Fuxreiter. Por serem meus filhos. Por eu ser/estar a “Mamy” de vocês dois. Por tudo. Ainda, Marina, pela ajuda, e aos dois, pela compreensão e pela paciência face às nossas tantas horas roubadas. Em tempo, por depositarem em mim a confiança de sempre, que procuro converter numa obrigação de, a cada dia, ser mais digna. Se um dia, depois que eu me for, me for conferida a dádiva de voltar - e vocês sabem no quanto creio e trabalho por isso - volto, por muitos e grandes motivos - corrigir alguns tropeços e aprender, mais cedo, a dizer não -, mas, especialmente, se eu puder ter a honra de ser/estar, novamente, a “Mamy” de vocês dois e, assim, puder, mais uma vez, desfrutar do nosso mais do que prazeroso convívio.

Da mesma forma, especial, também agradeço ao meu namorado, Walton Pontes Carpes Júnior, por suas paciência e compreensão, especialmente, pelas tantas horas que não tivemos, assim, com maior ênfase no final desta pesquisa, pelas leituras e sugestões, paciente e dedicadamente realizadas e que, você bem sabe, em muito contribuíram e me trouxeram a calma e a serenidade que eu tanto precisava. E não esquece... simplesmente...

Ainda, e de forma especial, ao meu amado pai, Huberto Gaston Fuxreiter, que embora ausente fisicamente, é de uma presença quase palpável. Como sempre, estendi minha mão e toquei a sua... e, assim, com coragem, confiança e segurança, fui...

Também aos meus queridos amigos, do mestrado e para sempre, Elizângela Silva, Laércio José Pavanello e Gabriel M. Chati, aos quais costumo me referir como presentes que recebi no desenvolvimento deste curso.

Por fim, mas não menos importantes, aos meus queridos alunos e companheiros de docência que souberam entender os vários momentos em que estive realmente muito cansada, pelas muitas noites não dormidas, debruçadas sobre os livros.

***“Como o não sabes ainda
Agradecer é mistério”***

Fernando Pessoa, Quadras ao Gosto Popular

A (IN)EFICÁCIA DAS NORMAS INSCULPIDAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL/1988 E NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO/2002 QUANTO À SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL, À RESPONSABILIZAÇÃO DE SEU AGENTE AGRESSOR E À EFETIVA REPARAÇÃO DOS BENS OFENDIDOS

Resumo:

A pesquisa intitulada a (in)eficácia das normas insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e no Código Civil Brasileiro/2002 quanto à salvaguarda do patrimônio ambiental cultural, à responsabilização de seu agente agressor e à efetiva reparação dos bens ofendidos, enfoca o patrimônio cultural brasileiro tangível, especialmente no que se refere à sua efetiva salvaguarda, e, posteriormente, quando da ocorrência de eventos danosos aos bens que o compõem, se as normas pátrias da responsabilidade civil são efetivamente aplicadas ao (s) seu (s) agressor (es), bem como se o dano causado é efetivamente reparado. Para tanto, investiga-se se os dispositivos insertos na Constituição da República Federativa do Brasil e 1988 e no Código Civil Brasileiro de 2002, trazem em si a eficácia, jurídica e social, pretendida, quer para, preventivamente, proteger os referidos bens de quaisquer danos, quer para, posteriormente, em ocorrendo danos, se os agentes agressores são real e civilmente responsabilizados, bem como se os objetos destas agressões são efetivamente reparados.

A (IN) EFFICIENCY STANDARDS INSCULPIDAS THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF THE CIVIL CODE AND BRASIL/1988 BRASILEIRO/2002 FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE, THE LIABILITY OF ITS AGENT AND EFFECTIVE AGGRESSOR REPAIR OF THE GOODS OFFENDED

Abstract:

A survey entitled the (in) effectiveness of rules entered the Constitution of the Federal Republic and the Civil Code Brasil/1988 Brasileiro/2002 as to safeguard the cultural heritage environment, accountability of their offending agent and the effective repair of goods offended, focuses Brazilian tangible cultural heritage, especially as regards their effective safeguard, and later, upon the occurrence of harmful events that comprise the property, if the homelands of liability rules are effectively applied to (s) your (s) perpetrator (s), and if the damage is effectively repaired. Therefore, investigates whether the devices inserts in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and 1988 and the Civil Code of 2002, itself bring efficiency, legal and social, intended either to preventively protect such property of any damage either to subsequently occurring in damages if the aggressors are real and civilly liable as well as the objects of these attacks are effectively repaired.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO	12
1.1 Classificação do Patrimônio Cultural Brasileiro	17
1.1.1 Patrimônio Cultural não Natural e Natural	18
1.1.2 Patrimônio Cultural Tangível e Intangível:	18
1.2 Identificação	20
1.3 Memória.....	23
1.4 Patrimônio Cultural Como Parte do Meio Ambiente	26
1.5 A Salvaguarda do Patrimônio Cultural	28
1.5.1 Formas de Salvar o Patrimônio Cultural Brasileiro	33
1.5.1.1 Inventário.....	34
1.5.1.2 Tombamento	35
1.5.1.3 Cadastro	39
1.5.1.4 Registro	40
2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PÁTRIA	43
2.1 A Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro	45
2.1.1 Classificação da Responsabilidade Civil.....	47
2.1.1.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual	47
2.1.1.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva	48
2.1.1.3 Responsabilidade Civil Direta e Indireta	50
2.1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil	51
2.1.2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil Subjetiva.....	51
2.1.2.1.1 Conduta.....	52
2.1.2.1.2 Culpa <i>Lato Sensu</i>	52
2.1.2.1.3 Dano	54
2.1.2.1.4 Nexo de Causalidade	56
2.1.2.1.5 Excludentes da Responsabilidade Civil Subjetiva.....	56
2.1.2.1.5.1 Culpa Exclusiva da Vítima.....	57
2.1.2.1.5.2 Caso Fortuito.....	57
2.1.2.1.5.3 Força Maior	58

2.1.2.1.5.4 Exercício Regular do Direito.....	58
2.1.2.1.5.5 Estado de Necessidade.....	59
2.1.2.1.5.6 Legítima Defesa.....	59
2.1.2.1.5.7 Cláusula de Não Indenizar	59
2.1.2.1.5.8 Prescrição	60
2.1.2.1.6 Formas de Buscar a Reparação Civil	61
2.1.3 Teoria do Risco	61
2.1.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva	62
2.1.4.1 Conduta	62
2.1.4.2 Dano.....	63
2.1.4.3 Nexo de Causalidade	63
2.1.5 Pessoas Obrigadas à Reparação Civil dos Danos Causados	64
2.1.6 Pessoas que podem exigir a reparação civil	65
2.1.7 Casos Especiais de Responsabilidade Civil	66
3. A (IN)EFICÁCIA DAS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL/1988 E DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO/2002, NO QUE TANGE À SALVAGUARDA DO MEIO AMBIENTE CULTURAL, À RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE SEUS AGRESSORES E À EFETIVA RECUPERAÇÃO DOS BENS OFENDIDOS.....	69
3.1 Da Eficácia das Normas	69
3.2 Direitos e Bens Constitucionais.....	70
3.3 Os Princípios Constitucionais Como Valores	72
3.4 Dano Ambiental.....	73
3.4.1 Mecanismos Não Judiciais Disponibilizados Para a Proteção ao Meio Ambiente	75
3.4.1.1 Estudo de Impacto Ambiental.....	76
3.4.1.2 Licenciamento	76
3.4.1.3 Unidades de Conservação	77
3.4.1.4 Desapropriação.....	77
3.4.1.5 Tombamento Ambiental.....	78
3.4.1.6 Zoneamento	79
3.4.2 Mecanismos Judiciais Disponibilizados Para Buscar a Reparação do Dano Ambiental.....	79
3.4.2.1 Ação Civil Pública Ambiental.....	81

3.4.2.2 Ação Popular Ambiental	82
3.4.2.3 Mandado de Injunção Ambiental.....	82
3.4.2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade em Matéria Ambiental.....	83
3.4.2.5 Ação de Responsabilidade Civil Ambiental	83
3.5 A responsabilidade Civil Ambiental	84
3.5.1 A Posição dos Principais Doutrinadores	87
3.5.2 Obstáculos à Reparação Civil Ambiental.....	88
3.5.2.1 Relação de Causalidade.....	89
3.5.2.2 Quantificação do Dano Ambiental.....	90
3.5.2.3 Valoração dos Danos Causados ao Meio Ambiente	91
3.6 A Tutela do Meio Ambiente Cultural.....	93
3.7 A (in)eficácia das normas da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e do Código Civil Brasileiro de 2002 na salvaguarda do patrimônio ambiental cultural, na responsabilização civil de seus agentes agressores e na efetiva reparação dos bens ofendidos	95
3.8 Alternativas Para a Efetiva Salvaguarda do Patrimônio Ambiental, Especialmente o Cultural	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

O objetivo desta Dissertação de Mestrado foi investigar se as normas de proteção ao meio ambiente, inseridas na Constituição da República Federativa do Brasil/1988, também se aplicam ao patrimônio cultural brasileiro e se estas cumprem às suas finalidades. Ainda, caso não cumpram, se as regras do instituto da responsabilidade civil pátria, dispostas no Código Civil Brasileiro/2002, são também aplicadas aos agentes agressores dos bens culturais e, se sim, em qual de suas modalidades: subjetiva ou objetiva.

Na sequência, investigar se o conjunto de leis acima mencionado é eficaz na proteção dos referidos bens - culturais patrimoniais -, bem como, em restando comprovado que não, apresentar, a título de contribuição, sugestões para que alcance a finalidade pretendida.

Para tanto, teve por objeto geral não só esclarecer, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e do Código Civil Brasileiro/2002, o que vem a ser, respectivamente, patrimônio cultural brasileiro e o instituto da responsabilidade civil pátria, bem como seus conceitos, classificações, mecanismos judiciais e extrajudiciais de proteção, procedimentos etc.

E, como objetivos específicos estudar a eficácia dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, acima mencionados, no que tange à proteção do patrimônio cultural nacional e à responsabilização dos seus agentes agressores, bem como sugerir contribuições para que referidas finalidades sejam alcançadas.

A pesquisa foi realizada através do método dedutivo-bibliográfico - modalidade de raciocínio lógico através da qual se busca a verdade daquilo a que se propõe (conclusão) partindo-se do estudo de uma premissa maior (princípios reconhecidos como verdadeiros e inquestionáveis), relacionando-a com premissas menores (proposições particulares) -, mediante o estudo conjunto da doutrina, da legislação e da jurisprudência pátrias a partir do qual foram extraídos os dados concernentes à mesma, partindo-se do aspecto mais amplo, para o mais específico.

No método dedutivo-bibliográfico o objetivo é explicar o conteúdo das premissas, por meio de raciocínio em ordem descendente - análise do geral para o particular; o pressuposto é que as premissas verdadeiras levam às conclusões verdadeiras.

Desse modo, o método consiste em partir de questões gerais e chegar ao particular, ou seja, tem como pontos de partida o problema e as hipóteses que serão observadas e experimentadas, chegando-se às conclusões.

Para tanto, a presente pesquisa foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo destinou-se ao estudo, especialmente sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, do patrimônio cultural brasileiro, priorizando seu conceito, classificações, relação com identidade e memória, para, ao final deste, tentar demonstrar que o patrimônio cultural está integralmente contido no meio ambiente, mas este naquele somente quanto aos bens que tenham interesse para tanto, e que este bem único deve ser por todos nós - coletividade e poder público - salvaguardado.

Já o segundo capítulo abordou o estudo detalhado do instituto da responsabilidade civil pátria, para, ao término deste, estabelecer que nos casos de danos causados aos bens ambientais devem ser aplicadas aos seus agressores as regras da responsabilidade civil objetiva. E, por consequência, tendo em vista que os bens patrimoniais culturais integram o meio ambiente, nos casos de ofensa àqueles, são perfeitamente aplicáveis as mesmas regras.

Finalmente, no terceiro capítulo, já partindo dessas premissas, de que os bens patrimoniais integram o meio ambiente e que por isso mesmo as regras de proteção e responsabilização ambientais são as mesmas aplicáveis ao patrimônio cultural, buscou-se demonstrar, que embora vigentes, os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais não cumprem, efetivamente, suas finalidades. Os bens culturais não só não restam salvaguardados como seus agressores nem sempre são civilmente responsabilizados. E, quando estes restam responsabilizados, nem sempre os bens são recuperáveis.

Findando o conteúdo investigatório, nas considerações finais será apurado o resultado da presente pesquisa.

1. PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Hodiernamente, os institutos jurídicos do patrimônio cultural brasileiro e do meio ambiente, como se buscará demonstrar na presente pesquisa, são institutos indissociáveis (item 1.4). Entretanto, como o primeiro está integralmente inserido no segundo, mas este só parcialmente naquele, ainda, para preservar a lógica estrutural desse estudo, assim como uma melhor compreensão da essência de cada qual, inicia-se a pesquisa como se independentes entre si o fossem para, mais adiante, tornar a estudá-los como intimamente interligados.

No mesmo sentido, ou seja, também para não gerar má compreensão, ou até mesmo um entendimento equivocado, cumpre estabelecer, logo de início, as diferenças entre os conceitos de meio ambiente e de ecologia, já que não sinônimos, bem como demonstrar a impropriedade da terminologia meio ambiente.

Assim, de conformidade com o inciso I, do artigo 3º, da Lei n. 6.938/81¹, meio ambiente significa “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

E, por sua vez, ecologia a ciência que estuda as condições de existência dos seres vivos e as interações destes com o meio ambiente em que vivem (PINHEIRO, 2010).

Logo, um e outra não se confundem, embora, vez por outra sejam utilizadas erroneamente, tal como a expressão meio ambiente, esta última em franca redundância já que o termo ambiente deriva do latim *ambiens* e significa que rodeia. Desta feita, claro está que as palavras meio e ambiente não se completam e, sim, são sinônimos. Por conseqüência, inadequada a utilização desses termos em conjunto (PINHEIRO, 2010).

Entretanto, embora prestados os esclarecimentos acima, no que tange à utilização da terminologia meio ambiente esta será aqui empregada, nem que seja porque assim juridicamente utilizada.

Feito isto, já é possível retomar ao foco desta pesquisa.

¹ Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Com efeito, a preocupação em conceituar, proteger², conservar³ e preservar⁴ o patrimônio no Brasil, em todas as suas vertentes (histórico, ambiental, artístico, cultural e etc.), embora já se fizesse presente desde o início do século XX, porque já ventilada tanto em legislação esparsa⁵, como também na Constituição da República Federativa do Brasil de 1934⁶, só foi mesmo se fortalecendo no final da década de 30⁷, com a Revolução Industrial.

No que tange especialmente ao patrimônio cultural nacional, referida preocupação alcançou grande destaque com a promulgação, em 25 de junho de 1937, do Decreto-lei n. 25, que buscava organizar o patrimônio histórico e artístico do nosso País, e, logo em seguida, com a criação do conselho consultivo, que deliberava sobre o mesmo assunto (ABREU, CHAGAS, 2003).

E, no que se refere ao patrimônio ambiental - aqui ainda tratado como dissociado do cultural -, referida preocupação tornou-se mais expressiva quando da criação de alguns parques nacionais e a edição de diversas leis pontuais, como o código florestal, de águas, de minas e de proteção aos animais, que buscavam exata e precipuamente à proteção daqueles (PINHEIRO, 2010). Ressalte-se que nesta mesma oportunidade, nem que seja pela preocupação em estabelecer uma legislação mais apropriada, passa a ganhar força a política protetiva do Estado brasileiro para com o seu patrimônio.

² Proteção: “é o ato de cuidar do bem, quer preservando, quer conservando, quer ambos. E, no caso, é o ato de instalar uma política para este fim, inclusive, editando a legislação correspondente”. (PÁDUA, ACETI JR, TOMÉ. web Acesso em: 07.07.2011).

³ Conservação: “intervenção indireta que consiste na prevenção das deteriorações através da adaptação das condições externas - temperatura, umidade, iluminação, qualidade do ar, etc. - de forma a favorecer aos materiais constitutivos da obra. Conservar, no sentido literal, significa resguardar de dano, decadência, deterioração, prejuízo, etc.. Pode ser entendida, então, quando se permite a intervenção humana, inclusive na exploração de qualquer recurso natural: hídrico, mineral, solo, flora e fauna. E, em termos ambientais, para as leis brasileiras, significa proteção dos recursos naturais, com a utilização racional, garantindo sua sustentabilidade e existência para as futuras gerações”. (PÁDUA, ACETI JR, TOMÉ. Web. Acesso em: 07.07.2011).

⁴ Preservação: “é a ação que visa garantir a integridade e a perenidade de algo. É o termo empregado quando se refere à proteção integral, garantindo a "intocabilidade". Considerando os ecossistemas naturais, a preservação, em termos práticos, é necessária quando há risco de perda de biodiversidade, seja de uma espécie, um ecossistema ou de um bioma como um todo. Essas definições são de uso consagrado, porém em termos jurídicos parece não haver uma distinção clara entre os dois termos (preservação e conservação)”. (PÁDUA, ACETI JR, TOMÉ. Web. Acesso em 07.07.2011).

⁵ São àquelas editadas isoladamente, também chamadas de leis extravagantes ou pontuais.

⁶ A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1934, previa, em seu artigo 10, ser da competência da União e dos Estados “a proteção das belezas naturais e dos monumentos de valor histórico ou artístico, cabendo-lhes, ainda, impedir a evasão das obras de arte” (BRASIL, 1934).

⁷ “No Brasil, a idéia de que o patrimônio não se compõe apenas de edifícios e obras de arte eruditas, estando também presente no produto da alma popular, remonta aos anos de 1930 e se encontra no projeto que o poeta modernista Mário de Andrade elaborou para o Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, em 1936” (LIMA FILHO, ECKERT, BELTRÃO, 2007, p. 87).

Porém, tendo em vista a precariedade destas leis até então editadas e a real necessidade de estender e dar prosseguimento a essa nova diretriz estatal - política preservacionista do patrimônio brasileiro, inclusive e especialmente o cultural -, nossos legisladores continuaram editando regras, de similar finalidade, como, por exemplo, a Lei n. 3.924⁸ de 1961, que visa à proteção do patrimônio arqueológico, e o Decreto n. 3.551⁹, de 2000, que tutela o patrimônio cultural imaterial brasileiro.

Contudo, apesar dos inegáveis e pontuais esforços até então despendidos, a legislação vigente ainda não havia alcançado seu propósito. O patrimônio cultural brasileiro, assim como o ambiental, ainda restava, ao menos juridicamente, órfão, inclusive quanto a pontos básicos como, por exemplo, a definição acerca de quais bens o constituía.

Não fosse suficiente, da forma como se encontrava posto na legislação nacional e assim praticado ainda nos deixava muito aquém não só do que já estava regulamentado e sendo praticado por países estrangeiros, de maior expressão mundial, como, e também, por organismos internacionais de reconhecida expressão, como a Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura - UNESCO.

Por esta razão, se faziam cada vez mais necessárias adequações e definições nesse sentido, não só para que nossos próprios objetivos fossem alcançados, mas também para que passássemos ao menos neste ponto, a integrar, ou no mínimo a nos aproximarmos, do panorama mundial, de modo que nossos legisladores permanecessem dedicados a essa árdua, mas necessária, tarefa (ABREU, CHAGAS, 2003).

E foi o que se deu, então, daquela época até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não só trouxe outras contribuições, como estabeleceu pontos cruciais a respeito do patrimônio cultural nacional.

⁸ Lei n. 3.924, LEI Nº 3.924, DE 26 DE JULHO DE 1961, dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos.

⁹ Decreto nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000, institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.

Como se depreende do artigo 216, abaixo transcrito, do retro mencionado diploma legal, hodiernamente, não só passamos a ter um conceito do que vem a ser patrimônio cultural, como não temos mais dúvidas acerca dos bens que o compõe, mesmo que postos na constituição, exemplificativamente:

Artigo 216 - [...] aquele constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos 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 (BRASIL, 1988).

E, com efeito, uma rápida leitura do dispositivo acima transcrito e dos que se seguirão já nos permite constatar que, atualmente, pelo menos no que tange ao conceito de patrimônio cultural e aos bens que o compõem, não só já temos condições, porque agora legalmente habilitados para tanto, de atingir nossos próprios objetivos preservacionistas, como passamos a integrar de forma definitiva o panorama mundial. São profundas e acertadas as semelhanças para com outros entendimentos, jurídicos ou não, já estabelecidos como, por exemplo, o de Erica-Irena Daes¹⁰ (1992 *apud* PATERSON, 2009, p. 16) para quem patrimônio é:

Tudo o que pertence à identidade própria de um povo e que é deles para compartilharem, se quiserem, com outros povos. Ele inclui todas aquelas coisas às quais o direito internacional contemporâneo considera como sendo o resultado da produção criativa do pensamento e da capacidade manual do ser humano, tais como canções, música, danças, literatura, obras de arte, pesquisa científica e conhecimento. Ele também inclui as heranças do passado e da natureza, como os vestígios humanos, as características naturais da paisagem e espécies de plantas e animais que surgem naturalmente e com as quais um povo esteve desde muito tempo conectado.

¹⁰ Professora Doutora Erica-Irene Daes é uma notável, muito bem vista, altamente respeitada diplomata, acadêmica e especialista das Nações Unidas, mais conhecida por seus 20 anos de trabalho com a Organização das Nações Unidas Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (1984-2001) promovendo a causa dos povos indígenas do mundo, autora de vários relatórios das Nações Unidas sobre os direitos indígenas e uma força motriz por detrás da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos povos Indígenas.

Na mesma esteira, para com o de Helita Barreiro Custódio, quando diz que:

[...] considera-se patrimônio cultural o conjunto de bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, decorrentes tanto da ação da natureza e da ação humana como da harmônica ação conjugada da natureza e da pessoa humana, de reconhecidos valores vinculados aos diversos e progressivos estágios dos processos civilizatórios e culturais de grupos e povos [...] (CUSTÓDIO, 1979, p. 17).

Não fosse suficiente, também para com o entendimento da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, que dispõe que patrimônio natural é aquele que abrange as formações físicas, biológicas e geológicas excepcionais, habitats de espécies animais e vegetais ameaçadas e zonas que tenham valor científico, de conservação ou estético, e patrimônio cultural o que se forma com a interferência do homem, subdividindo-se este em intangível (aquele que não pode ser tocado pelas nossas mãos) e tangível (aquele que pode ser tocado) (ABREU, CHAGAS, 2003).

Ressalte-se, por oportuno, que na mesma época outras disposições a respeito do patrimônio cultural nacional, que serão adiante mais amiúde estudadas, também restaram estabelecidas na constituição pátria em vigência, como por exemplo, a que versa sobre as competências das esferas governamentais quanto à salvaguarda destes.

E o que se depreende do disposto no seu artigo 23, abaixo transcrito:

Artigo 23 - É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

...

III - proteger os documentos, as obras e outros bens e 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 - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

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

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

Parágrafo único - Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

No entanto, neste momento, até para dar sequência à pesquisa, volta-se ao estudo das classificações dos bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro.

1.1 Classificação do Patrimônio Cultural Brasileiro

Assim, partindo da premissa jurídico-constitucional de que o patrimônio cultural brasileiro é o conjunto de bens de natureza material ou imaterial, que guarda em si referências à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos sociais e que tem fundamental importância não só para o desenvolvimento como para o bem estar da coletividade, resta evidente que o conceito formulado, especialmente no campo jurídico, recepciona classificações.

No entanto, embora estas restem latentes, porque admitidas e reconhecidas, inclusive extrajudicialmente, hodiernamente já se sabe que estas são muito mais uma abstração, de caráter didático, do que propriamente ditas reais, mas nem por isso menos importantes. Assim, imprescindível seus estudos como bem destaca Pelegrini (2009, p. 100), pois num momento ou noutro, referidos bens, embora guardem certa e útil distinção, que vez por outra fará toda a diferença, como mais adiante se comprovará, acabarão por se “misturar”, ante sua inegável simbiose:

Não podemos mais incorrer no erro de abordar os bens materiais como se eles estivessem desvinculados dos bens imateriais e vice-versa. Seja qual for a nossa opção de enfoque, convém apreendê-los como distintas manifestações da ação humana (PELEGRINI, 2009).

Desta feita, repete-se, até porque em determinados momentos desta pesquisa, como, por exemplo, do estudo dos mecanismos utilizados para a proteção dos bens patrimoniais culturais (3.1.1 e 3.1.3.4), esta partição - especialmente a que os separa em bens tangíveis e intangíveis (item 1.1.2) - fará toda a diferença, passa-se a discorrer sobre algumas destas, mas com especial atenção para esta (1.1.2).

1.1.1 Patrimônio Cultural não Natural e Natural

Assim, por patrimônio cultural não natural, ou melhor, patrimônio cultural propriamente dito tem-se os bens que se constituem com a interferência humana, como as edificações, obras de arte, canções, os ofícios, etc. e, por natural àqueles que se constituem sem qualquer interferência humana, ou seja, o meio ambiente propriamente dito (PELEGRINI, 2009).

E, como esta classificação recepciona a seguinte e, ainda, tendo em vista que a ação humana ultrapassa quaisquer fronteiras – e isso é notório – não há porque se estender nesta seara, nem que seja porque, atualmente, quase mais nada escapa à interferência humana.

1.1.2 Patrimônio Cultural Tangível e Intangível:

Assim, sob outra ótica, inclusive de conformidade com o entendimento da UNESCO, mas não só dela porque também é a utilizada no corpo da nossa constituição em vigência, os bens patrimoniais culturais podem ser classificados em tangíveis e intangíveis (ABREU, CHAGAS, 2003).

Neste sentido, conceitualmente, tem-se por bens patrimoniais culturais tangíveis aqueles que se constituem em bens materiais, palpáveis, e que se subdividem em: a) bens imóveis: monumentos, edifícios, sítios arqueológicos, elementos naturais que tenham significado cultural; b) bens móveis: mobiliários, utensílios, obras de arte, documentos, vestuários e outros (ABREU, CHAGAS, 2003).

E, por bens patrimoniais culturais intangíveis aqueles que se constituem em bens imateriais, não palpáveis, como, por exemplo, as lendas, os rituais, os costumes, os modos de fazer e outros (ABREU, CHAGAS, 2003).

No entanto, como já mencionado anteriormente (item 1.1), embora os conceitos sejam os acima descritos, a exemplo do que acontece com a classificação anterior (item 1.1.1), é preciso entender que esta também é muito mais fictícia do que real. Dependendo do ponto de vista, os bens, tangíveis e intangíveis, podem

migrar de uma categoria para a outra, assim como estar, ao mesmo tempo, nas duas.

É o que nos dá conta, por exemplo, o patrimônio indígena. Ao mesmo tempo em que se trata de um bem imaterial, no que tange ao “*modus vivendi*” ou o “fazer” de um grupo, também é um bem material, no que se refere ao produto em si desse “*modus vivendi*” e do “fazer”, pois tanto a arte de confeccionar um arco e flecha (o saber fazer) é um bem intangível que compõem o patrimônio cultural, como o produto deste saber fazer, o próprio instrumento confeccionado (o arco e a flecha), é bem tangível. Sem sombra de dúvida são indissociáveis, frente à simbiose existente (ABREU, CHAGAS, 2003).

Da mesma forma, o pão de queijo. Tanto o seu saber-fazer é um bem cultural, intangível, como o produto deste saber-fazer também o é, tangível.

Assim, em verdade, embora esses conceitos existam e tenham sua utilidade, pelo que não negados, nem nesta pesquisa, é praticamente impossível não sucumbir à realidade da simbiose entre os bens.

Da mesma forma, flagrante que a classificação constitucional dos bens patrimoniais culturais é somente exemplificativa, não se encerrando nos casos lá apontados. Impossível abraçar todas as possibilidades, englobando a totalidade de tudo o que existe. Não há *numerus clausus*. A evolução do homem, com toda a técnica que produziu, gerou uma maneira toda própria de ser e de viver, bem como de fabricar coisas, bastante ajustadas aos momentos. Coisas estas resultantes de suas necessidades por uma vida melhor, até para possibilitar um melhor domínio do espaço que o circunda. Durante séculos multiplicaram-se suas criações e as produções que destas resultaram em bens patrimoniais culturais, quer tangíveis, quer intangíveis, quer um misto desses.

Não fosse isso o bastante, a cultura é, por certo, a marca mais original de cada grupo social disperso pela vastidão da Terra. Dificilmente dois grupos sociais consagram a mesma cultura e, neste sentido, melhor exemplo que o Brasil não há. Somos tão ricos em cultura, quanto extenso territorialmente.

Assim, não só o viver no sul é diferente do viver no norte, como o ser do sul difere do ser do norte, sem que isto represente qualquer ameaça à integridade nacional ou um demérito para qualquer ser. Pelo contrário, só demonstra e evidencia que as peculiaridades de cada região ou comunidade, não impedem a existência de

muitas outras diversificações, nem suas co-existências, contanto que não se queira submeter uma cultura a outra ou exterminar uma delas.

Por isso mesmo, o direito pátrio acaba por intervir nem que seja para realçar a diversificação cultural nacional, por meio de sua valorização e, especialmente, a proteção do patrimônio, que a representa, seja ele material ou imaterial.

E, não bastassem estas observações, somadas às anteriores - quanto ao que vem a ser patrimônio cultural, os bens que o compõem e o fato de que embora existam classificações estas são mais uma abstração -, agora também restou claro que o patrimônio cultural brasileiro também se compõe das nossas identificações e memórias, assim como estas daquele, razão pela qual imprescindível passar pelo estudo das mesmas.

1.2 Identificação

Entretanto, como existem divergências doutrinárias inclusive acerca da denominação a ser empregada - se identidade ou se identificação -, antes de adentrar nesta seara, é preciso estabelecer, nem que seja para justificar a adoção, doravante, do termo identificação, o que vem a ser uma e outra, bem como a diferença existente entre elas, até porque é à base da própria divergência.

Desta feita, embora ambas signifiquem o conjunto das características que nos tornam idênticos ou nos diferenciam, no que tange à identidade estas seriam estanques e, quanto à identificação, móveis e flexíveis, já que um processo (HALL,1992).

É o que nos ensina Teixeira Coelho (2000, p. 158/159) para quem a identificação também é ato ou o efeito de identificar-se por meio de um conjunto de características que nos tornam idênticos ou diferentes¹¹, mas que por ser um processo e não um estado, ante a sua flexibilidade, mobilidade¹², acaba por superar

¹¹ Identificação *sf* 1. Ato ou efeito de identificar(-se). 2. Reconhecimento dum coisa ou dum indivíduo como os próprios (FERREIRA, 2004, p. 459).

¹² “A identidade hoje é móvel – algo tão mais difícil de acompanhar para quem opera com programa de cultura e lazer, mas ao mesmo tempo tão mais fascinante porque aventureira: é a identidade e/e

a essência e a terminologia daquela - identidade - pelo que é desta forma que deve ser entendida e denominada e, por isso mesmo, a terminologia e a essência adequadas:

Até um passado bem recente, as identidades eram duras, tinham uma longa vida – não raro, eram para sempre, qualquer que fosse a identidade: a profissional, a nacional, a de classe e mesmo a sexual. Agora a identidade é mais flexível: faz parte do padrão cultural ver como “natural” – vamos falar a palavra realmente usada: “não desonroso”: identidade foi uma questão de honra, não mais – que alguém seja hoje um publicitário e amanhã um pedreiro, ontem um brasileiro de nacionalidade oficial e hoje um inglês, ontem um heterossexual e hoje, um homossexual (e amanhã novamente um heterossexual...). As identidades são cambiantes. A identidade não é mais um estado: tornou-se a possibilidade de ser uma sucessão de estações, algo que se fica por algum tempo, mas algo em que se está apenas de passagem, um ponto de duração temporal (a extensão espacial) limitado de onde posso partir para várias direções, não estando obrigado a seguir sempre em frente. Ou para trás. Um lugar de baldeação. A cultura atual já aceita com muito maior tolerância a idéia de que a identidade hoje é algo mais parecido com identificação: não é um estado, é um processo,

Sendo assim, embora já ultrapassada referida divergência, com opção majoritária para o termo identificação e seu significado mais amplo, há que se falar, ainda, a despeito da classificação desta - identificação - em individual e coletiva.

Desta feita, por identificação individual temos as experiências e as relações que o indivíduo, como sujeito, tem para com o outro e, por coletiva, a que tem para com um grupo (HALL, 2006).

Contudo, tendo em vista que identificação é um processo que atrela o indivíduo à estrutura social, tornando ambos reciprocamente unificados e predizíveis, também é possível constatar que a dicotomia supra mencionada nada mais é do que produto de uma abstração (HALL, 2006).

Com efeito, embora o sujeito - assim como determinados grupos - ainda tenha um núcleo ou essência interior, o “eu real”, em face do constante diálogo que estabelece com os mundos e as culturas exteriores, bem como as identificações outras que estes lhe oferecem, não está dissociado de outras pessoas, nem de outros grupos, razão pela qual descabida a suposta partição que se faz entre as identificações, individual e coletiva (HALL, 2006).

(uma coisa e outra) no lugar da identidade ou/ou (sou uma coisa ou outra, esta exclui a outra – e isto é para sempre)” (COELHO, 2000, p. 159).

Neste sentido, novamente os ensinamentos, acertados, de Coelho (2000, p. 159), ao afirmar que as identificações, individual e coletiva, são e estão flagrantemente interligadas¹³, sendo uma só:

Estamos descobrindo hoje – e graças inclusive à globalização – que essa construção não está assim engessada, que posso construir meu eu individual mesmo sobre uma flutuação relativa, que é possível definir o nós comum mesmo em situações flexíveis. Isso é visível, entre outros, no comportamento do imigrante que o mundo globalizado desterritorializou (tanto quanto às fábricas e aos produtos) e obrigou a descolarem-se para bem longe de seus pontos de origem.

E, desta forma, tendo em vista também a flagrante simbiose que se vislumbra, também já é possível constatar que como uma não anula a outra. A coexistência destas é perfeitamente viável, tanto que assim tem sido, embora não se neguem as ocorrências de episódios e/ou entendimentos, minoritários, contrários.

Ora, essa separação também não cabe mais. Deve ser superada. Nem que seja porque num ou noutro determinados momento, uma e outra classificação da identificação acabará por contribuir para com a composição da outra¹⁴, e vice-versa. Aliás, é este um dos resultados da globalização.

Sem dúvida, as experiências - sejam de uma só pessoa, de um grupo ou de toda humanidade -, frente o referido evento - globalização - por certo atravessam fronteiras e acabam por se imbricar formando uma só identificação global - dos seres humanos -, ainda mais ampla e flexível, porque não só mais a formada pelas características ditas de uma ou de outra comunidade, de uma ou de outra pessoa, mas pela reunião de todas, por mais distantes que se encontrem, geograficamente ou não (HALL, 2006).

E, se as identificações de comunidades geograficamente distintas e distantes acabam por se interligar num pluralismo cultural, ultrapassando até mesmo as mais longínquas fronteiras territoriais, que dirá quando estas não são tão palpáveis, como as de grupos mais próximos. Até porque esses sentimentos de identidade e pertencimento não têm, necessariamente, que estar atrelados a limites geográficos (BATISTA, 2005).

Assim, da mesma forma que os bens tangíveis e intangíveis acabam por se misturar, estas - as identificações individuais e coletivas -, também. Desta feita, impossível compreendê-las em separado.

Não bastasse da mesma forma que nossas experiências - individuais e coletivas - acabam por construir nossa identificação, e, conseqüentemente, o patrimônio cultural nacional, estas também acabam por construir nossa memória, faculdade de reter idéias, ou reutilizar sensações, sentimentos, etc. E como a recíproca é verdadeira, se passa, agora, ao estudo desta.

1.3 Memória

Quanto à memória, inicialmente, pode-se dizer que é a capacidade de reter idéias, impressões, conhecimentos adquiridos e vivenciados, ou seja, em suma, nossas lembranças.

Quando esta diz respeito a sentimentos únicos, no sentido de pertencer a uma só pessoa, que se trata de memória individual; e, ao contrário, quando diz respeito a sentimentos não exclusivos e sim coletivos, já que pertencentes a um grupo, que se trata de memória coletiva (SEPÚLVEDA, 2003).

No entanto, em primeiro lugar memória não se resume a isso, não podendo, assim, ser entendida; segundo, porque referida classificação, a exemplo com o que ocorre com a dos bens patrimoniais culturais e da identificação, também é muito mais uma abstração.

Com efeito, memória, que não é história, porque esta é uma reconstrução intelectual daquela, apesar de constituir lembranças, ou de ser constituída destas, não é algo que se restringe somente às ocorrências do passado¹⁵ e sim um

¹⁵ “A memória cristaliza-se quando seu objeto já não existe mais. É sempre uma recriação desse objeto e, como tal, guarda continuidades e diferenças em relação ao passado vivenciado a que se reporta. Os “suportes da memória”, designação dada por Pierre Nora a tudo aquilo que ainda tem algum vínculo com o rito e com o sagrado numa sociedade que dessacraliza, são objetos, ou mesmo sentimentos, os quais se procura dotar de uma espécie de imortalidade, mas que, paradoxalmente, só sobrevivem graças à mutação contínua de significados que vão adquirindo junto aos homens” (SEPÚLVEDA, 2003, p. 129).

fenômeno que traz em si um sentimento de preservação e continuidade¹⁶ (SEPÚLVEDA, 2003).

É sempre atual, porque a qualquer momento podemos avocá-la e, neste sentido, é sempre vivida no presente, embora recepcione lembranças e esquecimentos (HALL, 2206).

Com efeito, é algo do nosso presente que nos faz sentir a necessidade da memória, resgatando o acontecimento (MENEZES, 1992).

Desta feita, está diretamente relacionada com as experiências que o indivíduo ou o grupo fazem no decorrer do tempo (HALL, 2006; LE GOFF, 1990).

Através de nossas memórias trazemos para o tempo presente experiências (identificações) e, noutro sentido, nossas experiências remontarão nossas memórias. E ambas o patrimônio cultural nacional.

Assim, se pode concluir que é um elemento constituído da identificação e, ao mesmo tempo, constituinte desta. Ambas se reforçam continua, mútua e constantemente (HALL, 2006; BATISTA, 2005).

No mesmo sentido, é um dos veículos responsáveis pela transmissão e perpetuação do patrimônio cultural (tangível e intangível), em seus mais variados conceitos e significados (SEPÚLVEDA, 2003; LE GOFF, 1990).

No que tange à sua classificação, em individual e coletiva, embora exista e não se negue, há que se entender muito mais como ficção, a exemplo das classificações quanto à identificação e aos bens patrimoniais culturais, como nos ensina Halbwachs (1990, p. 54), ao afirmar que:

A memória individual não está inteiramente isolada ou fechada. Um homem, para evocar seu próprio passado, tem freqüentemente necessidade de fazer apelo às lembranças dos outros. Ele se reporta a pontos de referência que existem fora dele, e que são fixados pela sociedade. Mais ainda, o funcionamento da memória individual não é possível sem esses instrumentos que são as palavras e as idéias, que o indivíduo não inventou e que emprestou de seu meio (HALBAWACHS, 1990, p. 54).

Desta maneira, também é possível compreender e afirmar que o patrimônio cultural brasileiro também se constitui das memórias - individual e coletiva

¹⁶ “O Museu Imperial conseguiu engenhosamente entrelaçar a “história oficial” da época com a história de nossos avôs, em que o tempo perde singularidade e a memória une passado e presente” (SEPÚLVEDA, 2003, p. 111).

- e que esta também se constitui daquele. A interligação é inegável, como também a divisão desta em duas categorias (SEPÚLVEDA, 2003).

Ora, se todo indivíduo faz parte de uma coletividade e vice-versa, estando contidos um no outro, claro está que o mesmo se dá em relação às memórias, individual e coletiva.

E assim, considerando que o patrimônio cultural brasileiro também é composto pela memória, assim como pela identificação e que àquele deve ser por todos nós salvaguardado, estas, automaticamente, também.

Sem dúvida, ao valorizarmos os bens de qualquer natureza que integram o patrimônio cultural, também estamos valorizando a memória e a identificação nas suas inteirezas e a recíproca é mais do que verdadeira.

Não fosse suficiente esta explanação, inclusive no que tange à salvaguarda desta, tendo em vista a transitoriedade do mundo moderno, não se pode descuidar da memória, quer pelo risco de perder as preciosas informações, quer pelo risco desta acabar sendo constituída de forma inadequada ou até mesmo equivocada, caracterizando a tão repelida memória manipulada¹⁷, que se constitui de interesses pontuais, de determinados grupos, em atendimento a uma política específica, ou ainda a um determinado lapso temporal (PAIM, 2007).

Nesse sentido, vale a lembrança de que o patrimônio cultural brasileiro ainda é um retrato da memória de um grupo social mais privilegiado, pois durante muito tempo o que se tombava no nosso País era os imóveis de elite e da igreja (MENEZES, 1992).

Assim, levando-se em conta que pode ser composta também por escolhas - do que deve ou não ser preservado e transmitido -, e formada por determinado grupo de uma também determinada sociedade, num determinado tempo, esta pode, infelizmente, acabar não representando em verdade, nem de longe, a realidade, no sentido do panorama da época, ou, pior, representá-la indevidamente, porque inventada (PAIM, 2007).

De qualquer sorte, indiferente à adoção ou não de quaisquer destas classificações, e também da classificação de identificação individual e coletiva, assim como a relativa aos bens tangíveis e intangíveis, o certo é que os bens que

¹⁷ “Numa perspectiva defendida por Nora e D’Aléssio, a memória é percebida como processo vivido, conduzido por grupos vivos, portanto, em evolução permanente e vulnerável a todas as manipulações” (PAIM, 2007, p. 160).

compõem o patrimônio cultural brasileiro precisam ser salvaguardados¹⁸, pois quando se preserva efetivamente estes bens, está se conservando não só os próprios bens, como nossa memória, quer quanto ao que somos, ao que fomos ou ao que seremos, e, por consequência ou causa, a identificação da nossa nação, composta por uma multiplicidade de grupos sociais. Por outro lado, a destruição do patrimônio cultural também acarretaria a destruição da memória e da identificação, assim como a destruição destas a daquele (PAIM, 2007).

Assim, inobstante as classificações, bem como ao fato de nos filiar-mos a elas, ou não, o certo é que o patrimônio cultural nacional, como um todo, incluindo-se a memória e a identificação, precisa ser salvaguardado.

Contudo, antes de adentrar nesta seara, da salvaguarda, novamente é preciso estabelecer alguns novos conceitos, de crucial importância, sob pena de acabar incorrendo em erros irrecuperáveis.

Assim, passa-se a estudar, de forma mais contundente, para que não restem sombras, a interligação entre o patrimônio cultural e meio ambiente.

1.4 Patrimônio Cultural Como Parte do Meio Ambiente

Desta feita, quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, em seu artigo 225, dispõe que,

[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como 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. (BRASIL, 1988),

Não está só estabelecendo que a tarefa de preservar o meio ambiente é conjunta, porque a todos compete, mas, também, e antes de tudo, embora implicitamente, que o patrimônio cultural integra, na sua totalidade, o meio ambiente e este, naquilo que couber, àquele. Desta forma, o patrimônio cultural nacional também deve ser objeto de preservação, e nos mesmos moldes que o meio ambiente, porque nele incluso (PINHEIRO, 2010).

É o que se depreende também de dispositivos não constitucionais, como, por exemplo, do disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei 6.938/81 - Lei da Política Nacional do Meio Ambiente -, que estabelece ser o meio ambiente: “[...] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, que, por isso mesmo, não só recepciona o patrimônio cultural, como deve ser objeto de salvaguarda (BRASIL, 1981).

No mesmo sentido as lições doutrinárias quando dispõem que são recursos ambientais a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora, que quando possuem interesse cultural, acabam compondo o patrimônio assim intitulado (PINHEIRO, 2010; ERREGUERENA, 2009).

Na mesma esteira é o entendimento de José Afonso da Silva (2007, *apud* PINHEIRO, 2010, p. 32), que aprimorando essa definição, dispõe que o meio ambiente ainda é composto pela “Interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Não fosse suficiente, segundo o mesmo autor, em suas elaborações mais aprimoradas, são “modalidades do meio ambiente: o meio ambiente natural, o artificial, o cultural e o do trabalho”, assim definidos:

a - meio ambiente natural: aquele constituído do solo, da água, do ar atmosférico, da flora e da interação dos seres vivos com o seu meio (PINHEIRO, 2010, p. 57),

b - meio ambiente artificial: aquele formado pelo espaço urbano construído, como o conjunto de edificações, equipamentos urbanos e comunitários, arquivos, pinacotecas, museus, registros, bibliotecas e instalações científicas, ou seja, pelos espaços urbanos fechados, assim como os espaços abertos como ruas, praças, áreas verdes (PINHEIRO, 2010, p. 60),

c - meio ambiente cultural: aquele formado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico, que, por resultar da ação do homem poderia ser igualmente considerado meio ambiente artificial, mas que, dado o valor especial a ele atribuído, por suas características próprias são tidos como pertencentes ao meio ambiente cultural (PINHEIRO, 2010, p. 64) e

d - meio ambiente do trabalho: o espaço onde o trabalhador permanece durante grande parte do dia, o que pode afetar, portanto, a sua qualidade de vida, dependendo da adequação do ambiente à atividade a ser desenvolvida pelo trabalhador (PINHEIRO, 2010, p. 66).

Desta forma, ante o acima exposto, não restam mais nem dúvidas, nem espaços para divagações no que tange à inclusão do patrimônio cultural, na sua

inteireza, no meio ambiente, principalmente no que tange à sua salvaguarda, bem como que, até porque já estudado no item 1.4, a recíproca, ao menos na sua inteireza, não é verdadeira. Nem todo bem ambiental, embora o meio ambiente se constitua dos bens culturais, desperta interesse cultural. Que valor cultural tem um mero mosquito?

1.5 A Salvaguarda do Patrimônio Cultural

Neste ponto, feitas todas as considerações acima, já é possível retornar a um dos principais focos desta pesquisa, qual seja, o estudo da salvaguarda do patrimônio cultural nacional, embora ainda não especialmente quanto aos bens tangíveis.

Assim, quando o já ventilado artigo 225 da constituição vigente dispõe que a salvaguarda do meio ambiente deve ser realizada “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, há que se entender que o legislador não só estabelece que o meio ambiente deve ser por todos preservado, como, por ser o patrimônio cultural parte daquele, este também o deve ser. Ainda, que por ser aquela uma tarefa conjunta, uma ação coletiva, que a todos nós, Poder Público e coletividade, obriga, quanto ao patrimônio cultural também deverá assim o ser.

E, assim, como quando o legislador trata de meio ambiente resta cristalino que também está se referindo ao patrimônio cultural (meio ambiente cultural) que assim também deve ser compreendido: um bem coletivo, que não só a todos pertence, mas que também por todos deve ser tutelado/salvaguardado.

Nesse sentido, em sendo a salvaguarda do patrimônio cultural nacional também uma tarefa coletiva, que deve ser igual e efetivamente, por todos nós - Poder Público e coletividade - buscada e realizada, claro está que devemos nos servir de toda a sorte de instrumentos lícitos para tanto, ou seja, que devemos nos servir de todos os mecanismos, legais ou administrativos, já disponibilizados para este fim (assim como os que ainda por vir lhes sejam pertinentes), quer estejam previstos de forma expressa na legislação específica, quer previstos de forma implícita, ou, ainda, previstos em regulamentações outras que para com estas

guardem pertinência e, assim, se encaixem na questão, sejam elas relativas ao patrimônio cultural, ou ao meio ambiente (PINHEIRO, 2010).

Afinal, se o patrimônio cultural nacional está inserido no meio ambiente, e isto já restou comprovado, qual o problema em utilizar a legislação específica para o meio ambiente para a salvaguarda daquele?

Conseqüentemente, também é perfeitamente possível compreender, e até afirmar, que a inobservância ou a não aplicação de quaisquer destes dispositivos (legais ou não), assim como de outros tantos para com estes relacionados, como as determinações da UNESCO¹⁹, em quaisquer dos sentidos e por quem quer que seja, poderá acarretar prejuízos de toda sorte, não só aos próprios bens culturais, como, também, para cada um de nós. E, assim, tanto os agressores desses bens quanto os detentores da competência para a sua salvaguarda que “agirem” por omissão, ou até mesmo qualquer um de nós, podem e devem ser responsabilizados. Afinal, permitir a degradação do patrimônio em questão e/ou ignorar a responsabilidade por estes atos além de uma infração à lei e, no mínimo, inadmissível! Todos nós devemos salvaguardar o patrimônio cultural, nem que isso signifique tão somente fazê-lo através de uma efetiva fiscalização, quer em relação ao nosso semelhante, quer em relação aos órgãos públicos que detêm a competência, tanto para salvaguardá-los, como para exercitar a fiscalização.

Ora, permitir tal conduta – comissiva ou omissiva – seria arriscar a nossa própria subsistência enquanto seres humanos na sua expressão maior, haja vista que estaríamos a comprometer toda a nossa memória e a nossa identificação, e, conseqüentemente, nosso patrimônio cultural.

E, já partindo de mais essa premissa, de que patrimônio cultural brasileiro e meio ambiente, naquilo que é possível (porque o meio ambiente na sua inteireza não integra o patrimônio cultural), formam um só bem (coletivo) e que, em decorrência, essa tarefa também é coletiva, se faz necessário, nesse ponto da pesquisa, discorrer sobre as competências e as atribuições dos órgãos públicos, em todas e quaisquer esferas governamentais (federal, estadual e municipal). Porém, sem esquecer ou não deixar de destacar que, aqui, aquela classificação dos bens

¹⁹ “A Convenção do Patrimônio Mundial de 1972 é certamente o instrumento de maior visibilidade dentre os concebidos pela UNESCO. Desempenha um papel importante na proteção e valorização, não só dos bens classificados como de interesse da Humanidade, mas *do patrimônio como um todo*. [...] *A adesão do Brasil à Convenção do Patrimônio Mundial se deu em 1977*”. (MACHADO, 2009, p. 137 e 138).

culturais tangíveis e intangíveis (item 1.1.2) fará toda a diferença, nem que seja para viabilizar referida tarefa, assim como acontece com a tripartição dos Poderes, em Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nesse sentido, muito embora, como já estabelecido, seja uma atribuição de todos nós, a legislação, no que tange aos órgãos que compõem o poder público, utilizando como critério a esfera governamental para a qual o bem patrimonial cultural desperta interesse, ou esteja situado, a divide em três: federal, estadual e municipal.

E, desta maneira, dependendo da esfera governamental²⁰ que detenha o “interesse” sobre o bem patrimonial cultural/meio ambiente (ou à qual o bem desperte um maior interesse), a sua salvaguarda (que decorre da obrigação de salvaguardá-lo) fica, **precipualemente**, sob a responsabilidade de um determinado órgão ao qual a legislação atribuiu referida competência. Destaque-se que, embora setorizada, por se tratar de bem coletivo, na realidade ela pertence a todos de forma concorrente, como deixa claro o dispositivo legal pertinente, já mencionado (artigos 225 e 231, da CRFB/1988).

No entanto, aqui, embora aparentemente ocorra um retrocesso – que não se confirmará – quanto à competência para a salvaguarda destes bens, há que se observar uma tripartição de atribuições, como já dito, em observância e consonância com a existente, muito mais didática, referente aos escalões (federal, estadual ou municipal) dos quais se compõem o nosso Estado Democrático de Direito, bem como a “separação” dos bens em patrimoniais culturais e ambientais (DI PIETRO, 2002; PINHEIRO, 2010).

Desta forma, quando o interesse pela proteção de um determinado bem que integra o patrimônio cultural brasileiro ou um bem que compõe o meio ambiente é de todos os estados que compõem a nossa federação, ou seja, de todos os brasileiros, natos ou naturalizados, referida competência, ao menos de forma inicial, será da União. Doutro lado, quando este interesse passa a ser mais “pontual”, ou seja, mais de um dos estados, ou municípios, referida atribuição fica ao encargo destes, que também a exercerão, através de seus órgãos próprios, investidos dessa competência (DI PIETRO, 2002).

²⁰Esfera federal, estadual ou municipal: classificação jurídica utilizada na formação do nosso Estado, em razão da distribuição das competências e das atribuições dos órgãos que o compõem.

No entanto, é preciso não esquecer, embora já exposto, mas dada a importância, inclusive para esta pesquisa, que apesar da tripartição, referida competência deve ser entendida como “preferencial”, já que uma não excluiu as demais, bem como porque a salvaguarda é atividade coletiva (DI PIETRO, 2003).

No mesmo caminho, mas agora no que tange às competências dos órgãos aos quais compete o exercício destas atribuições e não mais somente no âmbito das esferas governamentais, mas também destas, e, em sendo estes bens patrimoniais culturais ou ambientais, a legislação em vigência também faz partições, embora só duas (DI PIETRO, 2002).

Assim, embora também sejam as competências agora tratadas concorrentes e de certa forma estes bens indissociáveis (porque já visto que nem todos os bens ambientais integram o patrimônio cultural), estabelece que, precipuamente, quando o bem é patrimonial cultural e considerado do interesse de toda a nação, porque fica sob os cuidados da União, o exercício dessas atribuições cabe ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN (DI PIETRO, 2003).

Já quando um bem de natureza patrimonial cultural desperta um interesse mais “pontual”, ou seja, mais especialmente de um determinado Estado ou Município do nosso País, referidas atribuições passam a ser, também precipuamente, porque do âmbito de um determinado Estado ou Município, que detêm o interessado, de outros órgãos que não o IPHAN (DI PIETRO, 2003).

E, no caso do Estado de Santa Catarina, a Fundação Catarinense de Cultura; no caso do Município de Joinville, a Fundação Cultural de Joinville.

De outro vértice, em se tratando de bens que compõem o meio ambiente, quando o interesse despertado, assim como sua salvaguarda, é em razão de toda a nação, porque a competência é da União, referida atribuição e exercitada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente - IBAMA (DI PIETRO, 2003).

E, quando tanto o interesse quanto a salvaguarda se fazem de forma mais “pontual” em face de um determinado Estado ou Município, porque referidas atribuições lhes pertencem, precipuamente, ficam ao exercício da FATMA (Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina) e da FUNDEMA (Fundação Municipal do Meio Ambiente de Joinville), respectivamente (FONSECA, 1997; DI PIETRO, 2002; PINHEIRO, 2010).

Desta maneira, muito embora essas atribuições estejam assim dispostas nas legislações vigentes, tendo em vista, que os bens que compõem o patrimônio cultural estão intimamente interligados aos que compõem o meio ambiente, verifica-se que o suposto retrocesso na verdade não existe, nem na prática, nem mesmo na teoria. As competências e/ou atribuições são inegável e efetivamente concorrentes. Desta feita devem ser **sempre** desenvolvidas em conjunto²¹ e não de forma isolada, sob pena de não serem efetivas nem eficazes, e, por conseqüência, não alcançarem a finalidade maior a que se prestam: a salvaguarda dos referidos bens.

E, assim, pode-se verificar, também, que inobstante às previsões legais e a instalação/utilização de todo um “mecanismo” próprio, pré-definido, estas competências tripartidas são, a exemplo da classificação dos bens patrimoniais em tangíveis e intangíveis, muito mais uma criação legal, face à extensão do nosso território e a necessidade de uma melhor divisão de tarefas, do que por qualquer outro motivo (DI PIETRO, 2002).

De qualquer forma, neste ponto, necessário destacar, também, que, apesar de todas as previsões legais e dos “esforços” até então realizados, e que aqui não se negam, ao menos aparentemente não têm sido suficientes para atingir o objetivo a que se propõem. São inúmeros os casos de degradação dos bens patrimoniais culturais. Em nosso Município, Joinville/SC, por exemplo, podemos destacar - embora seja objeto o estudo do terceiro capítulo, mas não como estudo de casos e sim como meras ilustrações - os casos da Rua Procópio Gomes, ao lado do SENAC, da Rua do Príncipe, 249, do Cine Palácio e outros tantos.

Basta um simples olhar para a realidade nacional que os exemplos negativos quanto à salvaguarda dos bens patrimoniais culturais salta aos olhos: pichações, poluições, demolições, esquecimentos da arte dos saberes, etc. São incontáveis os episódios de flagrante desrespeito e até pouco caso para com os bens culturais, não só no nosso município como por toda a extensão do território nacional. E não só por cada um de nós, como, também, pelos órgãos aos quais cabem as atribuições retro mencionadas, quer pelas omissões, especialmente quanto à fiscalização, quer pelo despreparo, quer pela morosidade.

²¹ Artigo 10, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1934 dispõe que é dever do Estado, tanto no âmbito federal, como estadual, “a proteção das belezas naturais e dos monumentos de valor histórico ou artístico”. Já o artigo 134, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1937, dispõe que “os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza gozam de proteção e dos cuidados especiais da nação, dos Estados e dos Municípios” (BRASIL, 1934 e 1937).

Indiferente, o certo é que tendo em vista que a responsabilidade, no seu sentido mais amplo, é, inegavelmente, de todos nós, cidadãos e poder público, esta deveria dar-se de uma forma mais efetiva e eficaz, assim também como a aplicação das normas da responsabilidade civil em face daqueles que, por atos comissivos ou omissivos, acabam causando danos aos bens patrimoniais culturais nacionais.

Medidas como uma fiscalização efetiva (que será tema do terceiro capítulo) e aplicação adequada das normas de responsabilidade civil aos agentes agressores dos bens patrimoniais (tema do segundo) se fazem, cada vez mais, necessárias e urgentes, bem como indispensáveis. Caso contrário, os episódios negativos de degradação dos bens patrimoniais culturais se intensificarão e se multiplicarão o que deve ser rechaçado, se não pela própria essência protetiva que se busca em relação aos bens em questão, então porque atos contrários à Lei Maior.

1.5.1 Formas de Salvar o Patrimônio Cultural Brasileiro

Desta forma, a fim de permitir que as determinações, nacional e internacional, em quaisquer esferas governamentais, jurídicas ou não, de salvaguarda dos bens que integram o patrimônio cultural se efetivem na sua inteireza, é preciso, inicialmente, que estes passem a integrar o rol dos bens que compõem o patrimônio cultural, ou seja, antes de tudo necessário que sejam reconhecidos como tais.

E, para que isso ocorra se faz necessário que os diversos mecanismos, jurídicos e administrativos, já disponibilizados para tanto, como por exemplo, os inventários, os tombamentos, os registros e os cadastros - principais focos desta pesquisa, pelo que a estes essa se restringirá -, sejam exercitados, quer pelo Estado, por intermédio de seus órgãos, quer por cada um de nós.

E neste ponto, àquela classificação dos bens patrimoniais culturais em tangíveis e intangíveis, passa, novamente, a ter grande relevância, pois dependendo tratar-se de bem de uma ou de outra categoria, são distintos os mecanismos a serem utilizados em prol de suas salvaguardas. Se bens tangíveis, aplica-se o

tombamento; se tangíveis, mas sítios arqueológicos, registro e cadastro e; se bens intangíveis, faz-se a inscrição destes nos livros de registros (Di PIETRO, 2002).

No entanto, indiferente à categoria do bem, em regra, somente após o devido processo de inventário, é que se iniciam os demais procedimentos, razão pela qual daquele, o inventário, é que se parte para essa etapa do presente estudo (Di PIETRO, 2002).

1.5.1.1 Inventário

Inicialmente, inventariar bens significa descrevê-los minuciosamente, relacioná-los, para incluí-los ou não num determinado rol, aqui, o dos bens considerados patrimônio cultural brasileiro (Di PIETRO, 2002).

Nesse sentido, até para que os bens assim considerados do interesse/relevância para o patrimônio cultural nacional possam ser posteriormente tombados, registrados, cadastrados ou inscritos nos livros, antes - ao menos de regra, já que qualquer cidadão também os poderá indicar - é necessário que se proceda ao respectivo inventário²² dos mesmos, o que se dá, em regra, através dos órgãos detentores dessa competência (FONSECA, 2003; DI PIETRO, 2002).

No entanto, indiferente à pessoa ou órgão - neste último caso através de comissões compostas por representantes do poder público e da sociedade civil - que faz, ou fará, a indicação, o certo é que o bem deve, ou deverá ser selecionado (FONSECA, 2003; Di PIETRO, 2002).

De qualquer sorte, concluído o inventário, passam-se às etapas seguintes: tombamento (bens tangíveis), registro e cadastro (bens tangíveis, no caso do patrimônio arqueológico) e inscrição nos livros (bens intangíveis). Entretanto, embora esta seja a regra geral, caso as comissões entendam por não tomar, de imediato, um determinado bem, admite-se que estes restem já selecionados e catalogados, para posterior avaliação e/ou inclusão no rol.

Contudo, embora esta seja a regra, cumpre salientar que determinados bens, como, por exemplo, os arqueológicos, são uma exceção. Como será adiante

demonstrado (item 1.3.1.3), a lei específica prevê que, nestes casos, mesmo que o bem ainda não tenha sido nem descoberto e, conseqüentemente, não inventariado, já deve ser por todos nós salvaguardado.

Destaque-se, ainda, ante a pertinência, que nem todas as esferas governamentais já dispõem de legislação específica para este fim (inventário de bens), mas que referida ausência, embora sentida, não tem sido um obstáculo para a realização desta tarefa.

Como exemplo pode-se tomar o nosso município - Joinville/SC - que até a aprovação recente, em 19 de dezembro de 2011, da Lei Complementar n. 366, que dispõe sobre deduções e isenções tributárias para imóveis cadastrados no inventário do patrimônio cultural de Joinville - IPCJ, mesmo carecendo de legislação apropriada para este fim vinha sendo desenvolvendo referido trabalho, quer pelas comissões já formadas, quer pelos próprios joinvilenses.

Ressalte-se que a nova lei traz em si atualização dos critérios de seleção dos bens imóveis de interesse patrimonial cultural, tornando-os mais claros, e, ainda, regras que possibilitem a proteção destes, sem prejudicar os proprietários.

1.5.1.2 Tombamento

Tombamento, como nos ensina Di Pietro (2002), é o ato de tomar, ou seja, o procedimento de inventariar, arquivar, registrar coisas ou fatos relativos a uma especialidade ou região, para proteger, assegurar, garantir a existência por parte de algum poder e se origina do direito português, que praticava tais atos nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo.

Assim, é um conjunto de ações realizadas, geralmente pelo poder público, já que também se pode dar de forma espontânea, alicerçado por legislação específica que visa preservar os bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e afetivo, impedindo a sua destruição e/ou descaracterização (DI PIETRO, 2002).

É forma de intervenção do Estado na propriedade particular/privada - apesar de ser também possível quanto aos bens do próprio Estado -, que tem por objeto a proteção dos bens considerados do interesse público, quer por sua

vinculação a fatos memoráveis, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, como bem disposto no artigo 1º, do Decreto-lei n. 25, de 30.11.1937, que tem por finalidade organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional (FONSECA, 1997; DI PIETRO, 2002).

Pode atingir bens de qualquer natureza, assim entendidos móveis ou imóveis, públicos ou privados. É o que nos aponta o parágrafo 2º.²³, do artigo 1º, do Decreto-lei no. 25/37.

Para tanto, basta que os bens tenham interesse cultural/ambiental para uma determinada coletividade, assim como que obedeça a critérios. Neste sentido, é aplicado a todo e qualquer bem que tenha interesse para a preservação da memória e referenciais coletivos, como, por exemplo, até mesmo um ecossistema para a preservação de uma ou mais espécies (FONSECA, 1997; DI PIETRO, 2002; CHAGAS, 2003).

De outro norte, impossível sua utilização como instrumento para a preservação de bens que tenham apenas interesse individual (FONSECA, 1997; DI PIETRO, 2002).

Quanto à competência do poder público - porque existe o tombamento voluntário, realizado por particular -, dependendo do grau de interesse que o bem desperta (se do âmbito federal, estadual ou municipal) e da esfera governamental que detém a atribuição de salvaguardar o bem em questão, o tombamento pode ser realizado pela União, pelos Estados, ou pelos Municípios, respectivamente, através do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, das Secretarias de Estado da Cultura e das administrações municipais que dispuserem de leis específicas.

Como exemplo, cito o caso da cidade de Ouro Preto. Se a mesma despertasse interesse somente local, da sua própria coletividade, o tombamento seria feito pela administração do município; se do interesse também do estado de Minas Gerais, pela secretaria de cultura daquele estado e; se do interesse de todo o País, pelo Instituto do Patrimônio Histórico Nacional.

Não bastasse, e ainda citando o mesmo exemplo, quando o interesse despertado pelo bem ultrapassa o território nacional, passando a ser reconhecido

²³ Parágrafo 2º, do Artigo 1º, do Decreto-lei n. 25/37 dispõe que “São sujeitos ao tombamento [...] os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importem conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza, ou agenciados pela indústria humana” (BRASIL, 1937).

como patrimônio da humanidade, referido tombamento acaba sendo realizado pela UNESCO (DI PIETRO, 2002; CHAGAS, 2003).

Quanto à extensão das restrições, estas, de regra, não se dão quanto à totalidade do bem, e, sim, parcialmente, ou seja, o proprietário do bem tombado não perde o bem, nem fica impedido de exercer seus direitos como tal. O bem continua de sua propriedade, não passando a ser quanto à sua titularidade (registro) um bem comum de todos. As restrições são de outra natureza, tais como: alienação, alteração da paisagem da vizinhança e a modificação do bem, sendo que estas obrigam o proprietário a conservá-lo (DI PIETRO, 2010).

Assim, porque o bem continua do proprietário, também, em regra, não há que se falar em indenização, salvo se o proprietário comprovar ter sofrido prejuízo em decorrência do ato, quando, então, fará jus a esta. Ressalte-se, embora não seja alvo do presente estudo, que quando excepcionalmente a restrição se dá de forma total e por isso o bem passa para as mãos do Estado, não mais se trata de tombamento e sim de desapropriação²⁴. Ainda, que nestes casos o proprietário faz jus à indenização, que se dará mediante processo, judicial ou administrativo (DI PIETRO, 2002).

Com efeito, em face das várias possibilidades acima já descritas, bem como outras tantas, como, por exemplo, a disposta na Lei Complementar n. 366/2011, do município de Joinville/SC (anexa), é possível perceber que o tombamento admite classificações, sob vários aspectos.

Neste sentido, para exemplificar, trago a classificação disposta nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10º, do Decreto-Lei n. 25/37 - que não serão transcritos -, que demonstra que, especialmente quanto aos bens de interesse federal, o tombamento pode ser: 1- quanto ao procedimento adotado em: a- de ofício (quando incide sobre bens públicos); b- voluntário (quando incide sobre bens particulares onde o próprio proprietário assim o constituir); c- compulsório (quando incide sobre bens particulares, mas por iniciativa do Poder Público, mesmo contra a vontade do proprietário); 2- quanto à sua eficácia nos casos de tombamento voluntário ou compulsório: a- provisório (quando ainda em fase de notificação); b- definitivo (quando em fase de inscrição no Livro dos Tombos) e; 3- quanto aos destinatários

²⁴ “A desapropriação é o procedimento administrativo pela qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização” (DI PIETRO, 2002, p. 153).

em: a- individual (quando o tombamento atinge somente um bem determinado); b- geral (quando o tombamento atinge todos os bens situados em um bairro ou em uma cidade) (DI PIETRO, 2002).

Quanto ao seu procedimento, por não se realizar num só ato e sim uma sucessão destes, o tombamento é considerado um processo administrativo. Inicia-se, de regra, com o inventário, que consiste na seleção do bem para que este passe a integrar o rol dos bens intitulados patrimônio cultural brasileiro, e, na sequência, realizam-se os demais atos (DI PIETRO, 2002).

Ressalte-se, por oportuno, que quanto à seleção dos bens, ante a fragilidade da legislação quanto aos critérios a serem observados no desempenho desta tarefa e por esta ser realizada por um grupo de pessoas não infalíveis em suas escolhas, embora aqui não se neguem os esforços até então despendidos, especialmente pelas comissões já existentes, por entender ser um dos problemas mais graves a ser ultrapassado para que a salvaguarda do patrimônio cultural efetivamente se dê, o tema será retomado no terceiro capítulo.

Ainda, que por se tratar de um ato discricionário o Poder Público, quando da escolha do bem, só precisa motivá-lo, ou seja, esclarecer as razões que levaram o administrador a essa seleção (DI PIETRO, 2002).

Não bastasse, há que se dizer, também, que o tombamento pode ser cancelado a pedido de qualquer interessado.

Assim, é o tombamento, na medida em que legalmente impede a destruição e descaracterização dos bens de interesse patrimonial cultural, uma das possibilidades de salvaguardá-los, quer ante as regras estabelecidas no Decreto-Lei n. 25/37, quer o disposto no artigo 216, parágrafo 1º²⁵, da Constituição da República Federativa do Brasil/ 1988, principal diploma legal que embasa esta pesquisa.

²⁵ Artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 – “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” (BRASIL,1988).

1.5.1.3 Cadastro

No que tange à salvaguarda dos bens intitulados patrimônio arqueológico nacional - que também integram o patrimônio cultural -, tendo em vista que o tombamento resta inadequado para sua salvaguarda, ante a própria atividade da arqueologia, já que este, o tombamento, impede a descaracterização do bem²⁶, e àquela, a atividade arqueológica, pressupõe uma “destruição do bem para seu estudo”, foi editada, em 26 de julho de 1961, legislação específica para este fim, qual seja: Lei n. 3.924/61.

É o que se depreende dos artigos 1º e 27, respectivamente abaixo transcritos, da referida lei:

Artigo 1º. - Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acordo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1961).

Artigo 27 - A Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional manterá um Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, no qual serão registradas tôdas as jazidas manifestadas, de acôrdo com o disposto nesta lei, bem como das que se tornarem conhecidas por qualquer via (BRASIL, 1961).

Desta forma, somando-se a estes dispositivos o disposto no parágrafo 1º, do artigo 216, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (já anteriormente transcrito), resta evidente que os bens arqueológicos também devem ser objeto de preservação e que esta só se dá após a inscrição do referido bem no Cadastro Arqueológico.

²⁶ Artigo 17, do Decreto-Lei n. 25/37 – “As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinqüenta por cento do dano causado. Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa” (BRASIL, 1937).

1.5.1.4 Registro

Já no que tange aos bens culturais intangíveis/imateriais, nem o tombamento, nem o cadastro se prestam à sua salvaguarda. Para tanto se têm o procedimento intitulado registro²⁷, que consiste na inscrição, precedida de um inventário, dos referidos bens em livros próprios.

Tal como ocorre com o tombamento o registro também é ato que se encontra legalmente previsto²⁸, tanto na legislação pátria, como pela legislação estrangeira. No âmbito do direito interno, na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e no Decreto n. 3.551/2000; no âmbito do direito internacional, na Convenção do Patrimônio Mundial/1972 e na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial/2003.

Inobstante à legislação é procedimento que visa à salvaguarda dos bens culturais intangíveis. Entretanto, para que referida salvaguarda seja possível é preciso que o registro se concretize com a inclusão do bem intangível num dos livros destinados para esse fim.

Assim, de conformidade com o disposto no Decreto n. 3.551/2000, os bens intangíveis devem ser registrados, conforme sua categoria, num dos quatro livros disponibilizados para tanto, a saber: a- Livro de registro do saberes (para o registro de conhecimentos e modos de fazer); b- Livro das celebrações (para as festas, os rituais e entretenimento); c- Livro das formas de expressão (para a inscrição de manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas); d- Livro dos lugares (destinados à inscrição de espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas).

Entretanto, a inclusão destes bens em quaisquer dos livros, se dará na medida em que estes forem sendo apontados como referências à continuidade histórica do próprio bem e da sua relevância nacional - ou até mesmo setorizada - para a memória, a identidade e a formação do patrimônio cultural da sociedade

²⁷ “Nessa nova categoria estão lugares, festas, religiões, formas de medicina popular, música, dança, culinária, técnicas, etc. Como sugere o próprio termo, a ênfase recai menos nos aspectos materiais e mais nos aspectos ideais e valorativos dessa forma de vida. Diferentemente das concepções tradicionais, não se propõe o tombamento dos bens listados nesse patrimônio. A proposta é no sentido de “registrar” essas práticas e representações e de fazer um acompanhamento para verificar sua permanência e suas transformações” (GONÇALVES, 2009 apud SOUSA, web Acesso em 09.10.2011.)

brasileira. Ressalte-se que como referido apontamento, ou indicação, a exemplo do que pode ocorrer quanto aos bens tangíveis, se dá por intermédio de comissões, compostas por membros da sociedade civil e do Estado, que selecionam os bens que devem ser reconhecidos pela sua expressão, tradição e necessidade de permanência, estes, quando perdem o interesse que despertavam, podem ser excluídos do (s) livro (s).

E como o registro, a exemplo o inventário, também, um processo discricionário, donde a seleção do bem e sua inclusão num dos livros depende de justificação, esse, tanto para a escolha, quanto para a inclusão, também é passível de equívocos, nem que seja por estar atendendo a somente um determinado momento vivenciado, ou a somente uma parcela da nossa sociedade, pelo que também pode ser objeto de exclusão, até porque, simplesmente, perdeu a característica cultural (DI PIETRO, 2002).

De toda sorte, o que importa é que tanto o inventário como a salvaguarda destes bens - intangíveis - já estão legalmente previstos, quer no Decreto-Lei n. 3.551/2000, que versa sobre o registro de bens culturais de natureza imaterial, quer no Programa Nacional do Patrimônio Cultural e INCR - Inventário Nacional de Referências Culturais quer, ainda, no texto constitucional (parágrafo 1º, do artigo 216), motivo pelo qual, ao menos em tese, restam protegidos. Ressalte-se que esse ponto, da efetiva salvaguarda dos bens patrimoniais culturais, será objeto de estudo no terceiro capítulo desta pesquisa.

Contudo, do estudo realizado neste capítulo já se pode concluir que, embora o patrimônio cultural brasileiro recepcione classificações quanto aos bens que o compõe, estas, ressalvada a relevância no que tange aos mecanismos a serem aplicados para a sua salvaguarda, são efetivamente muito mais fictícias do que reais, pois num determinado momento ou noutro, acabarão por se confundir. Da mesma forma, as classificações quanto à memória e a identificação, em individuais e coletivas.

Pode-se concluir, também, que o patrimônio cultural também se constitui da nossa memória e esta daquele, bem assim identificação para com àqueles, e vice-versa. A simbiose é quase palpável.

Ainda, que o patrimônio cultural brasileiro está integralmente inserido no meio ambiente, embora a recíproca não seja verdadeira, pois nem todo bem ambiental tem relevância para o patrimônio cultural, e, desta forma, por se tratar de

um único bem coletivo, mesmo havendo dispositivos legais distintos quanto às suas competências e atribuições para à sua salvaguarda, em sendo estas concorrentes, como expressamente previsto, em verdade não há mais como negar que a realização desta tarefa deve ser coletiva.

Finalmente, ante a expressa determinação de que o bem patrimonial cultural deve ser salvaguardado, a exemplo do que ocorre quando do desrespeito com quaisquer outras normas legais, quando estas - constitucionais ou não - restarem aviltadas, por quem quer que seja, este, desde que reste comprovada sua responsabilidade pelo ato, poderá ser civilmente responsabilizado. Em tempo, as obrigações civis decorrentes da prática de tais atos não afastam as responsabilidades administrativas, nem as criminais, mas por não serem estas o foco desta pesquisa, aqui não serão abordadas.

Assim, no próximo capítulo passa-se a estudar o instituto da responsabilidade civil pátria, a fim de verificar qual de suas modalidades (subjéctiva ou objectiva) se aplica causadores de danos aos bens patrimoniais culturais.

2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PÁTRIA

As relações entre os indivíduos são dinâmicas. Estão em constante evolução.

Questões antes inimagináveis, de uma hora pra outra passam a integrar nossas vidas, como por exemplo, a informática, a bioética e a telefonia móvel.

Como sabido, estas relações nem sempre transcorrem de forma pacífica. Vez por outra nos deparamos com impasses de toda natureza que precisam ser solucionados.

E, como nem sempre a composição desses conflitos é alcançada entre as partes, o Estado, quando provocado por qualquer delas, traz pra si a responsabilidade e a obrigação de solucioná-las. E o faz aplicando as regras que edita para tanto.

Assim, tem-se que o direito - conjunto de regras que regulamentam as relações humanas - também é dinâmico, quer no que tange ao seu aprimoramento em face das questões já existentes (sempre em evolução), quer quanto à edição de novas regras para amparar as novas questões (DI PIETRO, 2002).

Nesse sentido, como será adiante demonstrado, a responsabilidade civil brasileira – instituto através do qual o agente causador de um dano garante ao outro, mediante o devido processo legal, a reparação deste - se torna um dos pontos mais atraentes do nosso ordenamento jurídico, não só pelo fascínio que desperta ante a problemática que o envolve, como pela sua constante evolução (STOCO, 2007).

No entanto, e até por se tratar de uma pesquisa multidisciplinar, antes de adentrar no tema específico deste capítulo - responsabilidade civil -, necessário se faz, embora de forma simples, mas de conformidade com a legislação e doutrina pátrias, estabelecer alguns conceitos jurídicos, tais como: pessoas físicas (naturais), pessoas jurídicas, entes despersonalizados e suas capacidades e legitimidades, a fim de possibilitar a adequada compreensão da matéria.

Desta feita, pessoas físicas são os seres humanos assim entendidos como sujeitos de direitos e obrigações, pelo que não integram essa categoria nem os animais, nem os seres inanimados.

Assim, para que a pessoa seja considerada como tal, basta que o ser humano exista (VENOSA, 2003).

No entanto, como sua existência lhe confere personalidade, que é a aptidão genérica de adquirir direitos e contrair obrigações, é preciso dizer que, juridicamente, esta se inicia com o seu nascimento com vida (o que se constata com a respiração) e termina com a sua morte, que pode ser: a- real, àquela que se constata com o atestado de óbito ou justificação (nos casos de catástrofe e não encontro do corpo); b- civil, quando a pessoa perde sua personalidade só em razão de alguns direitos e obrigações, e; c- presumida, àquela que se dá por meio de uma declaração emitida pelo juízo, nos casos previstos no artigo 7º do Código Civil Brasileiro/2002, mas que, aqui, não será objeto de estudo, porque não pertinente ao tema central do presente estudo (VENOSA, 2003).

Ainda, que como juridicamente a personalidade está diretamente ligada à capacidade, porque esta é a medida daquela, é preciso esclarecer, também que: 1- todas as pessoas físicas possuem capacidade de direito, ou seja, àquela que lhes confere aptidão para exercitar direitos e obrigações, independente de determinação legal, já que um mero atributo da personalidade; 2- nem todas possuem capacidade processual, que é àquela que lhe permite estar em juízo, ocupando um dos pólos (ativo ou passivo) da ação e; 3- a capacidade postulatória é a conferida aos advogados (VENOSA, 2003).

E que, para àquelas pessoas que não possuem capacidade processual, para que possam estar em juízo, a própria lei estabelece que: 1- em se tratando de absolutamente incapazes (artigo 3º. do CCB/2002), devem vir representadas, por quem de direito, e; 2- em se tratando de relativamente incapazes (artigo 4º. do CCB/2002), devem vir assistidas, também por quem de direito (VENOSA, 2003). Saliente-se que, nestes casos, a capacidade processual se dá mediante representação ou assistência, respectivamente.

Já quanto às pessoas jurídicas, estas são uma ficção do direito, descritas como entidades constituídas por pessoas ou bens às quais a lei empresta personalidade a fim de que possam ser sujeitos de direitos e obrigações e que atuam na vida jurídica com personalidade própria, diversa da dos indivíduos que a compõem. E se subdividem em duas categorias: a- as de direito público: a.1- interno (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e demais entidades de caráter público; a.2- externo (Estados estrangeiros e demais pessoas regidas pelo direito internacional), e; b- as de direito privado (associações, sociedades e fundações da sociedade civil) (VENOSA, 2003).

E, que a personalidade das pessoas jurídicas de direito privado se inicia de conformidade com o estabelecido em lei (Código Civil Brasileiro/2002, artigos 3º e 4º), geralmente com o registro de seus atos constitutivos perante o órgão competente, e, quando necessário, precedidas de autorização ou aprovação governamental, e se encerra da mesma forma (VENOSA, 2003).

Ainda, que estas, a exemplo das pessoas físicas, também possuem capacidade de direito, mas que, para estarem em juízo (ter capacidade processual), sempre precisam se fazer representar por quem à própria lei confere poderes para tanto, o que varia conforme o caso (VENOSA, 2003).

Quanto aos entes “despersonalizados”, embora não seja alvo do presente estudo, estes são uma criação da doutrina para denominar e conferir personalidade jurídica a determinadas “pessoas”, todas listadas no artigo 12, do Código de Processo Civil Brasileiro (massa falida, herança jacente, etc.), que não se enquadram nem como pessoas físicas, nem como pessoas jurídicas, mas que, igualmente, podem exercitar direitos e contrair obrigações (VENOSA, 2003).

E, tal como as pessoas jurídicas, possui capacidade de direito, mas, para estarem em juízo (capacidade processual), também precisam estar representadas por quem de direito (VENOSA, 2003).

De qualquer sorte, quaisquer das pessoas acima mencionadas (físicas, jurídicas ou entes despersonalizados), embora capazes de figurar num dos pólos (ativo ou passivo) das ações, porque processualmente capazes, ainda precisam, para neles permanecerem, ter legitimidade - relação que se faz entre as pessoas capacitadas processualmente e o direito material objeto da ação - sem a qual a ação não pode prosseguir, sendo extinta, sem resolução do mérito (objeto da demanda) (VENOSA, 2003).

Isto feito volta-se ao tema da pesquisa.

2.1 A Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Como já mencionado no início deste capítulo, é a responsabilidade civil brasileira o instituto do direito através do qual se garante ao lesado, após o devido

processo legal, a reparação, pelo agente causador do dano, das conseqüências advindas de seu ato lesivo – comissivo ou omissivo (STOCO, 2007).

É o que se depreende da leitura conjunta dos artigos 186, 187 e 927, *caput*, todos do Código Civil Brasileiro/2002, abaixo transcritos:

Artigo 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Artigo 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Artigo 927 - Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

No entanto, embora expressa previsão legal, para possibilitar o entendimento do que vem a ser o instituto da responsabilidade civil – na sua expressão maior -, antes de tudo, faz-se necessário estabelecer o que vem a ser, juridicamente, responsabilidade.

Desta forma, segundo lição de Carlos Alberto Gonçalves (2002, p. 17) o vocábulo responsabilidade

Origina-se do latim *res-pondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

Nesse sentido, temos que a responsabilidade civil, em princípio, nada mais é do que a obrigação imposta ao agente causador de um dano de reparar o agredido pelas conseqüências sofridas, advindas da prática deste ato (comissivo ou omissivo) (STOCO, 2007).

Entretanto, de acordo com a doutrina, para que haja o dever de indenizar, mostra-se necessário o preenchimento, de regra simultâneo, dos seguintes requisitos: (a) existência de um ato (ação ou omissão); (b) dano; (c) nexos causal entre o fato e o dano; e (d) culpa, cuja demonstração, por exceção, poderá ser dispensada em determinados casos, como se verá mais adiante.

2.1.1 Classificação da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil pode ser classificada quanto ao fato gerador (se a obrigação decorre ou não de um contrato), seu fundamento (existência ou não de culpa) e pelo agente causador do dano (se o ato foi praticado pelo próprio agente ou por terceiro a ele subordinado) (VENOSA, 2003).

2.1.1.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Conforme exposto alhures, a responsabilidade civil quanto ao fato gerador pode ser classificada em contratual e extracontratual (VENOSA, 2003).

Será contratual quando tiver origem no descumprimento de uma obrigação prevista num contrato entabulado entre as partes, ou seja, como bem diz Maria Helena Diniz (1988, p. 110)

[...] tem por base o dever de indenizar decorrente da inexecução previsível e evitável de uma obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte.

É exatamente o que dispõe o Código Civil Brasileiro/2002, em seu artigo 389, abaixo transcrito:

Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (BRASIL, 2002).

Assim, segundo nos ensina Rossi e Rossi (2009, p. 17), a responsabilidade civil contratual “origina-se da violação obrigacional existente entre os agentes: o causador do dano e a vítima” (VENOSA, 2003).

E, neste caso, não há que se falar em culpa, pois a vítima não precisa prová-la, bastando deixar evidente o inadimplemento contratual (total ou parcial) por parte do agente e o nexos causal para com o prejuízo sofrido (a relação entre o ato e o prejuízo) (VENOSA, 2003).

Por outro lado, será extracontratual ou aquiliana quando resultar de uma infração resultante não de um contrato, mas do dever (legal) de uma conduta, como disposto no artigo 186, do Código Civil Brasileiro/2002:

Artigo 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Portanto, vê-se que esta última é aquela que se caracteriza pela ocorrência da inobservância da lei ou de uma lesão causada a um direito sem que o agente causador tenha para com o agredido um contrato, embora tenha para com ele uma relação jurídica preexistente, mas de natureza legal, e não contratual (STOCO, 2007).

Assim, resta claro que a responsabilidade extracontratual decorre tão somente do inadimplemento de norma jurídica e que se divide em responsabilidade subjetiva e objetiva, adiante dispostas.

2.1.1.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

Da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, como dito acima, extrai-se essa nova possibilidade de classificação da responsabilidade civil: subjetiva ou objetiva.

A responsabilidade subjetiva está prevista no artigo 186, do Código Civil Brasileiro/2002, já anteriormente transcrito, e é a regra geral do nosso ordenamento jurídico.

Está fundada na teoria da culpa, ou seja, para que exista a obrigação de indenizar, faz-s necessária a existência do ato (comissivo ou omissivo), a existência do dano (prejuízo), a existência do nexo de causalidade entre o ato e o dano e, de forma imprescindível, a existência da culpa *lato sensu* do agente causador (STOCO, 2007).

Assim, para que seja possível responsabilizar o agente agressor, imprescindível que reste demonstrada a sua culpa, sendo que esta deve ser entendida em seu sentido *lato sensu*, ou seja, que abrange tanto a culpa

propriamente dita (dano causado sem intenção/vontade, mas decorrente de negligência²⁹, imprudência³⁰ ou imperícia³¹) como o dolo (dano causado com intenção/vontade do agente agressor) (STOCO, 2007).

Nesta espécie de responsabilidade civil, resta claro que a conduta do agente na prática do ato não é o requisito mais importante. Independentemente de tê-lo praticado com intenção, o que importa é que o ato praticado esteja diretamente relacionado com o prejuízo causado (nexo causal). É um pressuposto, mas não o único.

Assim, a ideia de culpa, no seu sentido mais amplo (culpa propriamente dita ou dolo³²), precisa estar presente, mas se esta não se relacionar diretamente com o prejuízo causado, ou seja, se presente qualquer das excludentes, não há que se falar em dever de indenizar, como nos ensina Cavalieri Filho (2003, p. 39):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil. O Novo Código Civil, em seu artigo 186 (artigo 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em seu sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *strict sensu*, como também o dolo.

De outro lado, temos a responsabilidade civil objetiva que se caracteriza pela não necessidade da culpa e funda-se na teoria do risco, segundo a qual, para que haja o dever de reparar o dano, é irrelevante a conduta do agente agressor (culpa ou dolo), bastando aqui à existência do dano e do nexo de causalidade entre o ato e o prejuízo (STOCO, 2007).

É o que nos dá conta o disposto no artigo 927, do Código Civil Brasileiro/2002, especialmente no seu parágrafo único:

Artigo 927- Aquele que por ato ilícito (arts 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁹ Descuido ou desatenção empregado na realização de um ato (Dicionário jurídico, 2004).

³⁰ Falta de cautela ou de precaução quando da realização de um ato (Dicionário jurídico, 2004).

³¹ Falta de habilidade, de técnica adequada para a realização de um ato (Dicionário jurídico, 2004).

³² Ânimo consciente de agir de maneira ilícita, intenção de prejudicar, de violar direito alheio. Diferencia-se da culpa pela presença da intenção (Dicionário jurídico, 2004).

Assim, embora a regra geral do Código Civil Brasileiro/2002 seja a responsabilidade subjetiva, este, por exceção (casos previstos em lei e atividades de risco), também prevê a responsabilidade objetiva, qual seja, aquela que independe da culpa *lato sensu* do agente agressor, sendo que cada qual apresenta seus requisitos próprios, que serão mais adiante estudados.

2.1.1.3 Responsabilidade Civil Direta e Indireta

Esta classificação admite a imputação da responsabilidade civil ao causador do dano, tenha sido ele mesmo o praticante do ato (direta), tenha sido o ato praticado por um terceiro para com o qual o agente agressor tenha vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda (indireta) (STOCO, 2007).

Saliente-se que a regra geral do nosso ordenamento jurídico é a responsabilidade direta, porém o legislador também recepcionou a indireta, e o fez, claramente, nos artigos 932 e 933 do Código Civil Brasileiro/2002.

No entanto, ao estabelecê-la, no artigo 932, deixa claro tratar-se de responsabilidade subjetiva, donde a demonstração de culpa (*lato sensu*) daquele que efetivamente praticou o ato se faz necessária:

São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos de crime, até a concorrente quantia (BRASIL, 2002).

Já o artigo 933, deixa claro que, restando comprovada a culpa do terceiro, como, por exemplo, do servidor público, a responsabilidade do agressor indireto, Estado, passa a ser objetiva, ou seja, independe da demonstração de sua culpa, no seu sentido mais amplo:

As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos (BRASIL, 2002).

2.1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para que as regras da responsabilidade civil possam ser aplicadas, antes de tudo é preciso verificar se estamos, efetivamente, diante de um caso de responsabilidade civil, ou seja, de alguém que prejudicou outro e tem para com este o dever de indenizar.

Caracterizada esta é preciso, ainda, e concomitantemente, verificar se estamos diante de um caso de responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, dado os requisitos de uma e de outra serem distintos.

Assim, neste ponto, necessário se faz o estudo pormenorizado destes, não só para compreendê-los individualmente, como para, posteriormente, ante a presença de um ou de outro conjunto, caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva ou da objetiva, possibilitar a correta aplicação, em face do agressor, das regras da responsabilização civil.

2.1.2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil Subjetiva

Desta forma, são pressupostos (requisitos indispensáveis) da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela que depende da demonstração de culpa *lato sensu* (que se caracteriza pela culpa *stricto sensu* - culpa propriamente dita, sem intenção - ou dolo - com intenção): a conduta (comissiva ou omissiva) do agente (item 2.1.2.1.1), a culpa *lato sensu* (item 2.1.2.1.2), o dano (item 2.1.2.1.3) e a relação de causalidade (item 2.1.2.1.4) (STOCO, 2007).

2.1.2.1.1 Conduta

A responsabilidade civil decorre da prática de um ato, de uma conduta do agente agressor, que pode ser positiva (ato comissivo) ou negativa (ato omissivo) (VENOSA, 2003).

No primeiro caso, ato comissivo, ele se explica por si só. Basta que o agente o pratique.

Já quanto ao ato omissivo, ou seja, a “não prática do ato”, tem-se que é preciso, para sua caracterização, conforme nos ensina Tartuce (2006, p.303), a presença dos seguintes fatores:

- a) existência de um dever jurídico de praticar um determinado ato;
- b) prova de que a conduta não foi praticada e
- c) demonstração de que, caso a conduta tivesse sido praticada, o dano poderia ter sido evitado.

Indiferente, o que importa é que a conduta tenha ocorrido, quer porque o agente efetivamente tenha praticado o ato, quer porque deixou de fazê-lo, quando deveria tê-lo feito.

2.1.2.1.2 Culpa *Lato Sensu*

De conformidade com o que já foi anteriormente ventilado, a responsabilidade do agente agressor, no que tange à responsabilidade civil subjetiva, depende da existência de culpa, no seu sentido mais amplo, *lato sensu*, ou seja, da demonstração da existência da culpa propriamente dita (onde o agente não tem a intenção de causar o dano, mas o faz por negligência, imprudência, ou imperícia) ou dolo (quando o agente tem a intenção de causar o dano) (STOCO, 2007).

Assim, pouco importa se o agente agressor cometeu o ato com ou sem intenção de provocar o dano; o que importa é que ele o cometeu com culpa, no seu sentido mais amplo (*lato sensu*), intencionalmente ou não, pois somente o seu

comportamento culposo é que é capaz de lhe atribuir a consequente obrigação de reparar o dano causado (STOCO, 2007).

Contudo, quando o agente agressor “pratica” o ato (comissivo ou omissivo) com a intenção de causar o dano, diz-se que sua conduta é dolosa (intencional), ou seja, o agente “praticou” o ato com vontade deliberada de provocar um dano a outrem, consciente de estar infringindo um dever preexistente, razão pela qual pode e deve ser responsabilizado (STOCO, 2007).

De outro vértice, mas sem excluir sua responsabilidade civil, quando o agente agressor não tem a intenção de provocar o dano, mas mesmo assim lhe dá causa, não há que se falar em dolo, mas, sim, em culpa (no sentido *stricto sensu*). Ressalte-se que nestes casos o faz por negligência, imprudência ou imperícia (STOCO, 2007).

É o que também nos ensina Silvio Rodrigues (1995, p. 16):

[...] no dolo o resultado danoso, afinal alcançado, foi deliberadamente procurado pelo agente. Ele desejava causar o dano a outrem e seu comportamento realmente o causou. Em caso de culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de imprudência ou imperícia resultou um dano para a vítima. Em rigor, na idéia de negligência de inclui a imprudência, bem como a imperícia. Pois aquele que age com imprudência, negligência em tomar as medidas de precaução aconselhadas para a situação em foco; como, também, a pessoa que se propõe a realizar uma tarefa que requer conhecimentos especializados ou alguma habilitação e a executa sem ter aqueles ou esta, obviamente negligenciou em obedecer às regras de sua profissão e arte; todos agiram culposamente (BRASIL,).

Entretanto, inobstante a intenção ou não do agente, o certo é que mesmo decorrente de ato involuntário, sua conduta, há de ser passível de responsabilização civil, pois, de certo modo, foi voluntária. Ele sabia estar agindo com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, sem a cautela necessária para tanto (VENOSA, 2003; RODRIGUES, 1995).

Assim, pode-se dizer que, embora não seja uma conduta dolosa (com intenção de causar o dano) a culpa consiste num ato voluntário ante a inobservância dos cuidados que, por não terem sido tomados, alcançaram o resultado involuntário (VENOSA, 2003).

E, por assim o ser, é que de qualquer forma, agindo o autor do dano, de forma dolosa ou culposa (culpa *stricto sensu*), há de lhe ser atribuída, como o é, a responsabilidade civil de reparar o dano causado.

No entanto, embora o juízo de reprovação próprio da culpa – dolo ou culpa *stricto sensu* – apresente distinções, o Código Civil Brasileiro/2002, quanto à reparação civil, não as leva em consideração. Se o agente agressor agiu com culpa, intencional ou não, será obrigado a reparar o dano causado. É que esta, em regra, é medida pela extensão do dano e não pelo grau ou categoria da culpa, salvo raras exceções (STOCO, 2007).

Contudo, mas ainda indiferente à existência de intenção ou não do agente agressor, se houver excessiva desproporção entre a gravidade de sua culpa e o dano por ele causado, o julgador poderá reduzir, de forma equitativa, sua obrigação de indenizar.

É o que dispõe o parágrafo único, do artigo 944, do Código Civil Brasileiro/2002:

[...]

Parágrafo único – Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (BRASIL, 2002).

Assim, tem-se que a culpa *lato sensu* (culpa *stricto sensu* e dolo) já “obriga” o agente causador do dano a repará-lo. E, quando este não o faz espontaneamente - já que nada o impede de fazê-lo - se restar comprovada, em conjunto com os demais requisitos, após o devido processo legal, o obrigará, por força de determinação judicial à reparação do dano (STOCO, 2007).

2.1.2.1.3 Dano

Outro requisito indispensável à configuração da responsabilidade civil subjetiva é o elemento dano, ou seja, o prejuízo **efetivamente sofrido e comprovado pelo agredido**, sem o qual não há que se falar em obrigação de indenizar, como bem nos ensina José Aguiar Dias (1995, p. 713), quando atesta que:

[...] dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores

convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode se concretizar onde nada há que reparar.

E, não basta que este tenha ocorrido. Necessária a demonstração da culpa *lato sensu* do agressor, ou seja, culpa *strito sensu* ou dolo (STOCO, 2007).

Hodiernamente, são quatro as espécies de danos que podem ser gerados em face da vítima: material, moral, estético e, o mais recente, que advém da perda de uma chance (STOCO, 2007).

O dano material é aquele que afeta diretamente o patrimônio da pessoa. Inclui os lucros cessantes (aqueles que representam a perda de um ganho efetiva e razoavelmente esperável no futuro) e os danos emergentes (imediatos e que derivam diretamente da diminuição do patrimônio do lesado), e, por assim o ser, pode ser facilmente convertido na reparação imediata do prejuízo, seja pelo retorno ao que era antes (*status quo ante*), seja por meio de indenização pecuniária (STOCO 2007; VENOSA, 2003).

O dano moral, por sua vez, pode ser caracterizado como um prejuízo extrapatrimonial ou imaterial diretamente ligado aos direitos da personalidade, tais como a intimidade, a imagem, o bom nome, a privacidade e a integridade, assim como, também, aos valores sentimentais, afetivos e intelectuais da personalidade, desde que não configurem um mero aborrecimento decorrente do prejuízo material já sofrido. E, tendo em vista que os prejuízos que autorizam esse dever de indenizar estão diretamente relacionados, também, à honra, perfeitamente aplicável às pessoas jurídicas (STOCO, 2007).

Já o dano estético, que se caracteriza em face de prejuízos que acarretam deformidades físicas, marcas e outros defeitos físicos, claramente só existe em face das pessoas físicas (STOCO, 2007).

E, o prejuízo causado pela perda de uma chance, que, diga-se de passagem, é uma novidade, doutrinária e jurisprudencial, no nosso ordenamento jurídico, é aquele que a pessoa sofre em face da perda de uma possibilidade que, se não fosse o prejuízo causado, teria enorme probabilidade de concretizar (STOCO, 2007).

Sendo assim, verifica-se que o dano nada mais é do que a lesão (desvantagem ou diminuição) de qualquer bem jurídico, seja ele patrimonial ou

moral, mas que sua presença também é indispensável (STOCO, 2007; VENOSA, 2003).

2.1.2.1.4 Nexo de Causalidade

Este último, mas não menos importante requisito caracterizador da responsabilidade civil subjetiva, configura-se pela relação que deve existir entre a conduta (comissiva ou omissiva) do agente agressor e o dano causado à vítima, sendo sua comprovação, pelo lesado, indispensável, tanto que, em não restando comprovado, não há que se falar em obrigação de indenizar (STOCO, 2007).

Para sua comprovação, embora sejam reconhecidas três teorias que podem ser aplicadas tais como: a- teoria da equivalência das condições (segundo a qual, havendo a presença de mais de uma causa, considera-se aceita qualquer uma que configure o nexos de causalidade); b- teoria da causalidade adequada (que busca a caracterização da causa em potencial) e c- teoria do dano direto e imediato (que só reconhece a relação entre a conduta e o dano se esta se der de forma direta e imediata), é esta última a adotada pelo nosso ordenamento jurídico, assim como pela doutrina e jurisprudência pátrias (STOCO, 2007).

2.1.2.1.5 Excludentes da Responsabilidade Civil Subjetiva

No entanto, embora esses requisitos, quando conjuntamente demonstrados, não só caracterizem a reparação civil subjetiva, como autorizem a aplicação de suas regras, responsabilizando, assim, o agente agressor, quanto à reparação do dano, o mesmo diploma legal - Código Civil Brasileiro/2002 -, prevê expressamente em seu corpo, circunstâncias que, se presentes no caso concreto posto sob análise do julgador, desobrigam, por completo, o agente agressor do seu dever de indenizar. São elas: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, exercício regular do direito, estado de necessidade, legítima defesa, a cláusula de não indenizar e prescrição (STOCO, 2007).

E, dada a importância destas que, se identificadas (presentes), descaracterizam por completo a responsabilidade civil, já que não há que se falar em obrigação de indenizar, é que se passa a estudá-las.

2.1.2.1.5.1 Culpa Exclusiva da Vítima

Quando o evento danoso ocorrer por culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em responsabilização civil do agente causador do dano. É que deixa de existir a relação de causa e efeito (nexo de causalidade) que deveria estar presente entre o ato e o prejuízo causado (STOCO, 2007).

Nestes casos, o agente causador do evento danoso passa a ser apenas um instrumento do dano, que não teria ocorrido não fosse à conduta inadequada da vítima (VENOSA, 2003).

Como exemplo, pode-se citar o atropelamento de vítima embriagada que, inadvertidamente, se posicionou na frente do veículo. Ora, referida cena demonstra que, no caso, o motorista do veículo embora tenha efetivamente colhido a vítima e lhe causado um infortúnio (dano), foi mero instrumento para que o fato tivesse lugar, haja vista que a vítima deu causa integral ao acidente ocorrido.

2.1.2.1.5.2 Caso Fortuito

O parágrafo único, do artigo 393, do Código Civil Brasileiro/2002, prevê que, quando da constatação de caso fortuito, também não há que se falar em responsabilidade civil.

O caso fortuito - fato imprevisível e inevitável - geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade da parte, para com os quais também não concorreu nem com negligência, nem imprudência, nem com imperícia e cujos efeitos não lhe era possível evitar ou impedir, tais como: greve, motim ou guerra (VENOSA, 2003).

Ressalte-se, embora a jurisprudência pátria ainda não tenha se consolidado neste sentido, que a doutrina moderna vem subdividindo, especialmente

nos casos relativos ao consumo, o caso fortuito em externo e interno. No primeiro caso, que se aproxima das hipóteses de danos causados por força maior (eventos da natureza), tem entendido que a responsabilidade civil do agente é afastada (porque se baseia num fato de terceiro); no segundo, ligado diretamente à pessoa, à coisa, ou à empresa, quando da elaboração do produto ou execução do serviço, tem se manifestado no sentido oposto, ou seja, persiste a responsabilização civil do fornecedor (STOCO, 2007).

Como exemplo de caso fortuito externo tem-se os primeiros assaltos cometidos num determinado ônibus (a partir do segundo num mesmo ônibus o STJ já alterou seu entendimento, não afastando a responsabilidade civil); e, de caso fortuito interno, qualquer risco de um empreendimento, causado por eventos da natureza (STOCO, 2007; VENOSA, 2003).

2.1.2.1.5.3 Força Maior

Também prevista no parágrafo único do artigo 393 do mesmo diploma legal, a força maior é aquela que advém de acontecimentos naturais, tais como raios, inundações, terremotos. Previsíveis, mas inevitáveis. E, por isso mesmo, acabam por excluir a responsabilidade do agente, que não pode responder por danos causados, por exemplo, numa edificação se estes decorreram de abalos sísmicos (STOCO, 2007; VENOSA, 2003).

2.1.2.1.5.4 Exercício Regular do Direito

O exercício regular do direito é outra hipótese autorizadora da exclusão da responsabilidade civil do praticante do ato que levou ao dano.

Decorre do cumprimento do dever legal, aonde o praticante do ato que veio a causar o dano atua exercendo um direito que lhe é reconhecido. É o caso, por exemplo, do bombeiro que, se não tinha como evitar, acaba por danificar veículos estacionados nas proximidades do incêndio que precisava combater. Neste caso, o

bombeiro não há que ser responsabilizado pelos danos, que só ocorreram enquanto este combatia o incêndio. Entretanto, desde que comprovada a existência dos requisitos autorizadores, outros podem ser responsabilizados (VENOSA, 2003).

2.1.2.1.5.5 Estado de Necessidade

Essa excludente se fará presente, em regra, nas vezes em que o ato praticado pelo agente se der com o intuito de remover um perigo iminente, ou seja, quando o agente causador do dano o comete para afastar outro, que está em vias de acontecer, como, por exemplo, o caso de um motorista que, para não atropelar uma criança, desvia seu veículo e acaba por colidir com um muro. Flagrantemente não poderá ser responsabilizado, ao menos em regra, por atitude danosa, e, conseqüentemente, não será civilmente responsabilizado (STOCO,2007; VENOSA, 2003).

2.1.2.1.5.6 Legítima Defesa

Quando o agente causador do dano age em legítima defesa real, aquela praticada contra o próprio agressor, sem excessos e sem qualquer possibilidade de erro, o ato cometido deixa de ser considerado ilícito (VENOSA, 2003).

Nestes casos, comprovada a legítima defesa, não há que se falar em culpa, muito menos em responsabilização civil do agente (VENOSA, 2003).

2.1.2.1.5.7 Cláusula de Não Indenizar

A cláusula de não indenizar constituiu outra forma de exoneração do dever de reparar o dano causado. Entretanto, embora advenha de acordo entabulado entre as partes, somente terá validade se a mesma não contrariar os princípios da ordem

pública (sobre os quais as partes não podem contratar, impondo suas vontades), os bons costumes, a boa-fé, bem como não incorrer na abusividade de cláusulas (VENOSA, 2003).

Ressalte-se que a abusividade das cláusulas, está prevista em lei e, geralmente, é encontrada nos casos de contratos de adesão (no qual não há convenção entre as partes e sim a imposição da vontade de uma à qual a outra parte se submete) e nos contratos de transporte de pessoas, nos termos do artigo 734 do Código Civil Brasileiro/2002:

Artigo 734 – O transportador responde pelos danos causados as pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade.

2.1.2.1.5.8 Prescrição

Por fim, a prescrição - instituto do direito que dispõe que as ações devem ser promovidas dentro de um determinado lapso temporal, que, quando findo não mais autoriza que a pessoa, física, jurídica ou ente despersonalizado, busque a tutela judicial -, também é excludente de responsabilização civil (VENOSA, 2003).

Desta forma, se prescrita a pretensão de reparação civil do dano sofrido, que, de conformidade com o artigo 206, do Código Civil Brasileiro/2002, abaixo transcrito, se dá em três anos, resta afastada qualquer possibilidade de aplicá-la e o causador do dano não tem como ser obrigado a reparar o dano que causou.

Artigo 206 - Prescreve:

[...]

Parágrafo 3º. - Em três anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil (BRASIL/2002).

2.1.2.1.6 Formas de Buscar a Reparação Civil

Entretanto, em não ocorrendo quaisquer das formas de exclusão da reparação civil, todo aquele que se sentir lesado poderá pleitear, extrajudicialmente, junto ao agente agressor, mediante composição amigável, a reparação do dano sofrido.

E, caso não obtenha êxito, poderá promover, junto ao Poder Judiciário, ação de responsabilidade civil contra seu agressor, visando indenização de cunho material, moral, estético ou face à perda de uma chance, sendo que esta poderá culminar em condenação ou não do réu (parte passiva das ações). Ressalte-se que, se do interesse das partes, a ação, também, poderá ser objeto de acordo, judicial.

2.1.3 Teoria do Risco

Encerrado o estudo acerca dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva e suas excludentes, passe-se ao estudo dos mesmos aspectos face à modalidade objetiva.

Contudo, antes de adentrar no tema - pressupostos da responsabilidade civil objetiva -, necessário se faz trazer à pesquisa o estudo da teoria do risco, sobre a qual esta se funda.

Assim, tem referida teoria aplicação restrita a duas hipóteses: a- casos especificados em lei; b- nas atividades de risco (AZEVEDO, 2000).

Desta forma, mesmo nos casos em que a culpa *lato sensu* do agente causador do dano não restar comprovada, ainda assim este poderá ser responsabilizado pelos danos que porventura vier a causar (AZEVEDO, 2000).

Tal fato se dá, inclusive, porque há uma tendência, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, em se elastecer o conceito de culpa *lato sensu*, donde a culpa presumida, que neste caso é a utilizada, já é uma realidade.

Segundo Venosa (2003), na teoria do risco está inserto o dever genérico de não prejudicar:

[...] esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva. A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da *teoria do risco*, com vários matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano. Trata-se da denominada teoria do *risco criado* e do *risco benefício*. O sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade deve indenizar os danos que ocasiona. Em síntese, cuida-se da responsabilidade sem culpa em inúmeras situações nas quais sua comprovação inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável.

Desta feita, independente à ocorrência de culpa, persiste a responsabilização civil do agente causador do dano (STOCO, 2007).

2.1.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva

Assim, a responsabilidade civil objetiva, fora a culpa, também requer, para que reste caracterizada, a presença, conjunta, de requisitos que lhes são indispensáveis, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Contudo, embora estes guardem certa similitude para com os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, com àqueles não se confundem.

2.1.4.1 Conduta

Assim, quando se trata de responsabilidade civil objetiva, considera-se ação ou omissão não só a sua prática de um ato (comissivo ou omissivo) que venha causar efetivamente um dano, mas, e também, o simples exercício de uma atividade perigosa, ou seja, o risco de sujeitar o bem a uma ofensa (STOCO, 2007).

Desta feita, aqui o agente agressor não precisa nem ter agido com culpa *lato sensu*, como, também, não precisa ter efetivamente causado um dano. Basta, para configurar sua responsabilização civil e obrigá-lo à reparação do dano, que tenha colocado em risco o direito ou o patrimônio de outrem (STOCO, 2007).

É o que se depreende do artigo 14, da Lei n. 6.938/91, que dispõe que:

Artigo 14 – Sem prejuízo das penas administrativas previstas nos incisos do artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (...).

Na mesma esteira, do parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil Brasileiro/2002:

[...]

Parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos e outrem (BRASIL/2002)

2.1.4.2 Dano

No que tange ao dano, assim como na responsabilidade subjetiva é um requisito indispensável, já que sem a sua ocorrência ninguém pode ser civilmente responsabilizado (AZEVEDO, 2000; STOCO, 2007).

No entanto, daquele difere. Na responsabilidade civil objetiva não há que se falar em comprovação de culpa do agente agressor, quer culpa *stricto sensu*, quer dolo (AZEVEDO, 2000).

Da mesma forma, não se faz necessário que o dano tenha efetivamente ocorrido. A mera colocação em risco, do direito ou do patrimônio de outrem, já o caracteriza, até porque pode resultar da natureza da atividade desenvolvida, que pode, inclusive, ser lícita (AZEVEDO, 2000; STOCO, 2007).

Consequentemente obriga aquele que ao dano se liga, pelo nexo de causalidade, independentemente da comprovação da sua culpa *lato sensu* e da efetiva ocorrência do dano, à reparação do evento danoso (STOCO, 2007).

2.1.4.3 Nexo de Causalidade

No que tange ao nexo de causalidade, que é a relação que se faz entre a conduta do agente agressor e o dano sofrido, conforme já demonstrado no item

2.1.2.1.4, é também um requisito indispensável para caracterizar a responsabilidade civil objetiva.

Todavia, como nesta modalidade de responsabilidade civil - objetiva - a conduta independe de comprovação de culpa e o dano sofrido pode ser efetivo ou apenas a colocação do bem em risco, comprovada a relação entre o agente e o dano, surge a obrigação de indenizar, mesmo se os danos causados decorrerem do mero exercício de atividade perigosa, ainda que lícita (STOCO, 2007).

É o que estabelece o parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil Brasileiro/2002:

Artigo 927- Aquele que por ato ilícito (arts 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Entretanto, como será mais adiante demonstrado, no capítulo terceiro desta pesquisa, é, sabidamente, ao menos no campo jurídico, uma das tarefas mais difíceis. Geralmente referidos danos são de cunho ambiental, onde não só mensurar a extensão do dano (efetivo ou mero risco), como detectar o agente agressor, são praticamente impossíveis (PINHEIRO, 2010).

Desta forma, que dirá relacionar um ao outro, valorar economicamente o dano, etc.

2.1.5 Pessoas Obrigadas à Reparação Civil dos Danos Causados

Todo aquele que causar prejuízo a outrem e preencher os requisitos da responsabilidade civil à qual se insere, para com àquele restará obrigado quanto à reparação (STOCO, 2007).

Nesse sentido, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva é obrigado a reparar o dano aquele que comprovada a sua culpa *lato sensu*, causou o dano, ressalvadas as excludentes (VENOSA, 2003; STOCO, 2007).

E, de outro vértice, em se tratando de responsabilidade civil objetiva, aquele que, independentemente de culpa, tenha causado o dano ou apenas colocado em risco o bem em questão (VENOSA, 2003; STOCO, 2007).

Saliente-se que nos dois casos desde que presente o nexo de causalidade.

2.1.6 Pessoas que podem exigir a reparação civil

De outro lado, podem exigir à reparação civil todas as pessoas, de qualquer natureza, que após a devida apuração, tenham sofrido prejuízo (AZEVEDO, 2000).

Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, dano efetivo; e de responsabilidade civil objetiva, dano efetivo ou mero risco (VENOSA, 2009).

Em quaisquer dos casos, a exemplo do acima já exposto, desde que presentes, num e noutro caso, os demais requisitos que obriguem o ofensor, já que sem estes não há que se falar em responsabilização civil, e, conseqüentemente, em reparação do dano (VENOSA, 2009).

Entretanto, embora na responsabilidade civil objetiva - que pode ser de natureza extracontratual, mas também, indiretamente, contratual -, aparentemente não sejam recepcionadas as excludentes de responsabilidade, estas, quando presentes, especialmente nos casos de danos causados por fornecedores de bens e produtos, a teor do disposto nos artigos 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, vem sendo aplicadas.

É o que dá conta a jurisprudência, abaixo colacionada, do Superior Tribunal de Justiça, oriunda de ação proposta por passageiro em face de dano sofrido quando de seu transporte. O fato de o dano ter sido causado por terceiro, estranho à empresa, excluiu desta a responsabilidade civil pela reparação:

[...] Constitui motivo de força maior, a isentar de *responsabilidade* a empresa de transporte de passageiros, o fato de terceiro que arremessa pedra no ônibus e fere passageiro." (REsp 247.349/MG, Quarta Turma, DJe 26.02.09).

Já no que se refere à responsabilização civil objetiva do Estado em face dos danos por ele causados em virtude do risco administrativo, as excludentes só são aplicadas num único caso: culpa exclusiva da vítima.

E, quando se trata de dano ambiental, como será demonstrado no item 3.1, do próximo capítulo, nem sempre são passíveis de aplicação e o ofensor do bem acaba se eximindo, conseqüentemente, da obrigação de reparar civilmente o dano.

2.1.7 Casos Especiais de Responsabilidade Civil

Embora o regramento geral da responsabilidade civil, em qualquer de suas modalidades, já viesse sendo aplicado a danos de diversas naturezas, em determinados casos, como, por exemplo, aqueles decorrentes dos contratos de seguro e de transportes, dos tabeliões, dos relativos aos atos do Estado e os advindos de danos ambientais, o legislador, gradativamente, foi realizando adequações.

Nesta seara, até para que se possa retomar o foco da presente pesquisa – responsabilidade civil do agente causador de danos ao patrimônio cultural brasileiro –, é que, no próximo capítulo, mas já partindo da premissa de que o meio ambiente se compõe de vários outros, dentre eles o cultural, será realizado um estudo mais aprofundado de alguns pontos específicos dessa responsabilidade.

De toda forma, tendo em vista a complexidade do tema tratado no presente capítulo, vale trazer, na sequência, um quadro esquematizado do instituto da responsabilidade civil, inclusive para que a visualização de todas as nuances dessa matéria possam ser realizadas de uma forma simples e didática.

Figura 1: Quadro do instituto da responsabilidade civil brasileira

Responsabilidade Civil	a) Contratual e Extracontratual	
	b) Subjetiva e Objetiva	
	c) Direta e Indireta	
Pressupostos da Responsabilidade Civil	a) Responsabilidade Subjetiva	1) Conduta 2) Dano 3) Nexo Causal 4) Culpa
	b) Responsabilidade Objetiva	1) Conduta 2) Dano 3) Nexo Causal
Excludentes da Responsabilidade Civil (aplicadas integralmente na modalidade subjetiva e parcialmente na modalidade objetiva)	a) Culpa exclusiva da vítima b) Caso fortuito c) Força maior d) Exercício regular do direito e) Estado de necessidade f) Legítima defesa g) Cláusula de não indenizar h) Prescrição	

Fonte: Adaptado de Ruy Stoco (2007)

Posto isso, conclui-se, a partir da leitura conjunta dos temas já tratados no primeiro e no segundo capítulos, que o patrimônio cultural (tangível e intangível) integra o meio ambiente e, como tal, recebe as garantias constitucionais próprias aos direitos humanos fundamentais, bem como que isto significa não apenas que é ilícita a omissão do Poder Público e da coletividade em promover as ações protetivas do patrimônio cultural, mas, e também, que é a responsabilidade civil objetiva a que deve ser imposta aos agentes causadores de danos ao meio ambiente cultural, justamente nos termos aplicados ao meio ambiente como um todo.

No entanto, embora já tenha restado esclarecido que patrimônio cultural integra o meio ambiente, que suas classificações são uma abstração, que as regras da responsabilidade civil objetiva que são aplicadas aos agentes agressores do meio ambiente são as mesmas que devem ser aplicadas aos ofensores dos bens ambientais culturais, gerando, conseqüentemente, as mesmas obrigações num e noutro caso, ainda é preciso verificar se referidas normas alcançam, de forma

efetiva, as finalidades a que se propõem, especialmente quanto à proteção do patrimônio ambiental cultural.

Saliente-se que, em se tratando de vários bens do meio ambiente, como, por exemplo, a flora ou até mesmo a despoluição de um rio, a recuperação já tem se demonstrado viável, quer por replantios, quer pela utilização de modernas técnicas de despoluição.

No entanto, será que o mesmo se dá em face do meio ambiente cultural? É este o objetivo maior do próximo capítulo.

3. A (IN)EFICÁCIA DAS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL/1988 E DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO/2002, NO QUE TANGE À SALVAGUARDA DO MEIO AMBIENTE CULTURAL, À RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE SEUS AGRESSORES E À EFETIVA RECUPERAÇÃO DOS BENS OFENDIDOS

Partindo da premissa de que os bens patrimoniais culturais integram na sua totalidade o meio ambiente, mas que a recíproca só em parte é verdadeira, dentre os objetivos deste capítulo destacam-se como principais o de buscar demonstrar se os dispositivos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e no Código Civil Brasileiro/2002, referentes à proteção do meio ambiente cultural e à responsabilização civil de seus agressores, alcançam o escopo pretendido e, em concluindo que não, o de apresentar, a título e colaboração, sem pretender estabelecer verdades, nem exaurir o assunto, sugestões para quem sabe passem a sê-lo.

Para tanto, serão trazidos exemplos, a título de ilustração, porque a presente pesquisa não se destina ao estudo destes casos, de danos ambientais culturais ocorridos em nosso Município, Joinville/Santa Catarina.

Contudo, e antes de tudo, a fim de viabilizar referidos objetivos se faz necessário, ainda, o estudo acerca da eficácia das normas, do que vem a ser direitos e bens constitucionais, bem como direitos e valores, assim a respeito dos conflitos de princípios constitucionais. Também, de forma mais amiúde, o estudo de alguns aspectos relativos ao meio ambiente como um todo, dentre eles: o dano ambiental, sua relação de causalidade, suas extensão e valoração, bem como os mecanismos, judiciais e extrajudiciais, que visam à proteção destes bens.

3.1 Da Eficácia das Normas

Uma norma é eficaz quando traz em si a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, determinados efeitos jurídicos, dizendo respeito à sua exigibilidade ou executoriedade e à sua aplicabilidade (MORAES, 2001; DINIZ, 1992).

Entretanto, quando a norma tem condições de ser executada/exigida, porque traz em si condições para tanto, ou seja, traz em si condições de ser aplicada aos casos concretos, tem eficácia jurídica; já quando é materializável, tanto quanto possível, no mundo dos fatos, ou seja, quando a norma juridicamente eficaz é aplicada aos casos concretos e alcança o fim a que se destina, tem eficácia social (MORAES, 2001; DINIZ, 1992).

Contudo, embora o conceito de eficácia da norma jurídica observe a dicotomia acima mencionada, em verdade não há como dissociar a noção de eficácia jurídica da noção de eficácia social (aplicabilidade das normas jurídicas). Eficácia jurídica e aplicabilidade/eficiência (eficácia social) são fenômenos conexos pelo que a eficácia jurídica representa justamente a possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes (MORAES, 2001; DINIZ, 1992).

Desta feita, mesmo que a norma exista e tenha eficácia jurídica, ou seja, esteja apta para produzir efeitos jurídicos (e já os produz desde a sua edição) quando aplicada ao caso concreto, se esta, quando aplicada ao caso concreto, não alcançar o fim a que se destina, tem-se que a mesma não possui eficácia social (MORAES, 2001; DINIZ, 1992).

E, não apresentando eficácia social, que é a concretização da norma jurídica no mundo dos fatos, certamente não possui eficácia jurídica. De que vale uma norma que pode ser exigida se esta não alcança o fim social ao qual se destina?

3.2 Direitos e Bens Constitucionais

A República Federativa do Brasil adotou, expressamente, o Estado Democrático de Direito.

Desta feita, em seu preâmbulo bem como no seu artigo 1º, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais tornou-se questão primordial, como meio de proteção e respeito aos cidadãos.

Uma das características dos direitos fundamentais consiste no aspecto destes não serem nem absolutos, nem ilimitados - os direitos fundamentais

encontram seus limites em outros direitos fundamentais -, tanto que, num mesmo caso concreto, podem estar presentes, simultaneamente, alguns desses princípios fundamentais sem que um, ou outro, perca sua aplicação (SCHAFER, 2001).

Outra característica, que entre eles não existe hierarquia, ou seja, entre eles há a mesma dignidade e força (SCHAFER, 2001).

Entretanto, como a CRFB/88 não traz em seu corpo princípios nem dispositivos que se contrariem, e os direitos fundamentais podem estar simultaneamente presentes num caso concreto, estes podem ter aparência de contradição (SCHAFER, 2001).

E, quando isto acontece, o aparente conflito tem que ser resolvido, mas sem que nenhum dos princípios seja rechaçado (SCHAFER, 2001; BONAVIDES, 2002).

Para tanto, aplica-se o princípio da proporcionalidade, que consiste na ponderação dos princípios fundamentais aparentemente conflitantes (SCHAFER, 2001).

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade é um princípio que envolve a todos os cidadãos e funciona como um critério para a solução dessas aparentes colisões, mediante aplicação de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto (SCHAFER, 2001; BONAVIDES, 2002).

Assim, quando um caso concreto comporta a aplicação de mais de um desses direitos fundamentais, e a aplicação destes aparentemente gera um conflito, tem o julgador a tarefa de aplicar, na busca da solução, o princípio da proporcionalidade, ponderando, no caso, qual deles deve prevalecer sobre o (s) outro (s) (SCHAFER, 2001; BONAVIDES, 2002).

Desta feita, em se tratando de ofensa a bem patrimonial cultural, referidas regras também devem ser aplicadas. Tome-se, por exemplo, a instalação de uma hidrelétrica, que vai gerar energia para dois ou mais estados da nossa federação, numa área considerada bem patrimonial cultural municipal. No caso em tela, o julgador deverá ponderar qual direito fundamental deverá prevalecer (SCHAFER, 2001).

Com efeito, a carga valorativa inserida na nossa constituição, que faz com que alguns dispositivos tenham várias concepções, o que, aliás, é uma decorrência do Estado Democrático de Direito, como o nosso, permite que haja, normalmente, uma tensão entre seus princípios e dispositivos, cabendo ao julgador, ao aplicar a lei

ao caso concreto, realizar tais ponderações e estabelecer qual norma deve prevalecer (SCHAFER, 2001).

3.3 Os Princípios Constitucionais Como Valores

Os princípios jurídicos estabelecem comandos, proibições e permissões; já os valores, inicialmente, não contêm uma ordem ou uma proibição e sim uma valoração (BONAVIDES, 2002).

Esta valoração, dentre outras possibilidades, que não vem ao caso, pelo que aqui não serão tratadas, pode ser de tipo comparativo, ou seja, referente à comparação que se faz entre dois objetos para, ao final, dizer qual tem maior valor (BONAVIDES, 2002).

E, como se verifica, no decorrer dessa comparação expressam-se exatamente os mesmos juízos de preferência ou equivalência, ou seja, o mesmo juízo de ponderação já acima mencionado (item 3.2), quando o julgador, no caso concreto que lhe é submetido à apreciação, entende que determinado princípio constitucional deve prevalecer sobre outro, simultaneamente presente (BONAVIDES, 2002).

Com efeito, as constituições contemporâneas tem se consagrado por ser recipientes dentro dos quais se encontram os valores dominantes das sociedades e como tais devem refletir as aspirações e os valores sociais desejados e isso se faz presente quando os representantes diretos do povo estabelecem as normas fundamentais (BONAVIDES, 2002).

Assim, os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do nosso ordenamento jurídico, quer sobre as normas de direito público, quer sobre as normas de direito privado (BONAVIDES, 2002).

Desta forma, embora princípios e valores não tenham o mesmo significado jurídico, o certo é que estão imbricados e, neste sentido, os valores representam não só autênticas normas, pelo que também postos no texto constitucional, como também diretrizes interpretativas, já que também vão direcionar e fundamentar as decisões judiciais, especialmente quando da aplicação do princípio da

proporcionalidade, ou seja, quando o julgador pondera, no caso concreto, quais princípios e valores devem prevalecer (BONAVIDES, 2002).

Feitas estas considerações, indispensáveis à melhor compreensão da pesquisa, já que num caso concreto de ofensa a bem ambiental cultural, pode-se estar diante de conflito de princípios ou de valores, necessitando que o julgador exercite o princípio da proporcionalidade, volta-se ao foco desta.

3.4 Dano Ambiental

Assim sendo, lembrando que já restaram estabelecidos nos capítulos anteriores que o patrimônio cultural está contido no meio ambiente, que dano é um prejuízo e que a responsabilidade civil objetiva considera como dano não só o concretizado, mas também a mera colocação do bem em risco, tem-se que o dano ambiental pode ser conceituado como todo prejuízo, inclusive potencial (aquele que pode advir do futuro/risco), causado ao meio ambiente, inclusive o cultural (VENOSA, 2009).

No mesmo sentido, buscando a excelência do conceito, sob outras óticas, aquele que se traduz numa lesão aos recursos ambientais e que, por consequência, degradam o equilíbrio ecológico (MILARÉ, 1987), ou toda e qualquer degradação causada contra o meio ambiente, quer quanto aos seus bens naturais, culturais, artificiais (LEMOS, 2008).

Tem-se, ainda, face ao ramo no qual se insere - direito ambiental -, que se trata de um direito difuso - caracterizado pela denominada pulverização de vítimas -, que, contrariando o que ocorre nos direitos individuais - onde a vítima e o agressor são facilmente identificados -, geralmente, apresenta dificuldades na identificação da (s) vítima (s) e/ou do (s) agressor (es) (LEMOS, 2008)

E, também, face ao ramo no qual está inserido, que se trata de um direito coletivo, que a todos abraça e que por todos deve ser abraçado. Desta feita, nas ações em que se busca a responsabilização do ofensor e a reparação civil dos referidos danos, ambientais, a responsabilidade solidária, se faz mais evidente e sobre ela não incide a prescrição (item 2.1.2.1.5.8), como se depreende da jurisprudência abaixo colacionada:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.

2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.

3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia.

4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local.

5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento "abuso de direito"; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da disregard doctrine não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária.

7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível.

8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Ararangua (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte.

RECURSO ESPECIAL n. 647493/SC (2004/0032785-4), da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 22.10.2007)

Ressalte-se que a jurisprudência acima traz em seu corpo que a responsabilidade civil a ser aplicada ao agressor é a subjetiva e não a objetiva. Entretanto, esse entendimento já foi superado não havendo mais dúvida sobre qual modalidade de responsabilidade civil deve ser aplicada ao ofensor dos bens

ambientais, qual seja: a objetiva. Desta feita, a colação dessa jurisprudência se deve, exclusivamente, ao entendimento expresso em sua parte final, no que tange a esta também ser solidária³³ e subsidiária³⁴.

Assim, também nesta modalidade - ambiental - o que importa, conforme dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, é que os bens devem ser salvaguardados.

Para tanto, devem ser utilizados todos os instrumentos, judiciais e extrajudiciais, já disponibilizados para tanto.

E, nos casos específicos de danos causados ao meio ambiente, devem ser aplicados todos e quaisquer mecanismos, de quaisquer naturezas, já disponibilizados para este fim, sejam eles específicos ou não para salvaguardar os bens ambientais.

Desta feita, passa-se ao estudo destes.

3.4.1 Mecanismos Não Judiciais Disponibilizados Para a Proteção ao Meio Ambiente

Entretanto, como o que se busca antes da reparação civil do dano concretizado ou decorrente da mera colocação do bem em risco é a não ocorrência do evento danoso, visando obstaculizá-los, foram criados, numa nítida intenção **preventiva**, mecanismos não judiciais (que não dependem, para sua utilização, da interferência do poder judiciário, embora até possam dar-se em face de ato proveniente deste) para tanto (PINHEIRO, 2010).

Dentre estes, merecem destaque o estudo de impacto ambiental, o licenciamento, as unidades de preservação, a desapropriação, o tombamento ambiental e o zoneamento, razão pela qual a estes se restringirá a presente pesquisa.

³³ Diz que uma pessoa deve responder pelos atos de outra em igual intensidade (STOCO, 2007).

³⁴ Por subsidiária entende-se a responsabilidade daquele que é obrigado a complementar o que o causador do dano (ou débito) não foi capaz de arcar sozinho (VENOSA, 2003).

3.4.1.1 Estudo de Impacto Ambiental

O estudo de impacto ambiental constitui, concomitantemente, medidas de precaução e de prevenção expressamente previstas no texto constitucional, no inciso IV, do parágrafo 1º, do artigo 225.

Neste sentido, é o mecanismo que deve ser aplicado sempre que houver uma potencial e significativa possibilidade de degradação do meio ambiente em decorrência da instalação de uma obra ou do desenvolvimento de alguma atividade que possa causar um impacto ambiental (PINHEIRO, 2010).

E, de conformidade com a resolução 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, deve ser realizado por uma equipe multidisciplinar de técnicos que, ao final, apresentará um diagnóstico ambiental da área indicando se esta sofrerá efetivamente impacto ambiental e quais seriam estes, ou seja, um relatório acerca de quaisquer alterações das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente que possam afetar, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais (PINHEIRO, 2010).

Neste sentido, embora tenha aparência de uma faculdade do administrador, ante a subjetividade do ato (identificação e avaliação do dano), por decorrer de previsão legal, sua exigibilidade é um dever do Poder Público.

Assim, em verdade, configura um requisito essencial para o licenciamento ambiental que não deve ser dispensado nem mesmo se o administrador não vislumbrar qualquer possibilidade real de dano (PINHEIRO, 2010).

3.4.1.2 Licenciamento

Já o licenciamento é procedimento administrativo, previsto no artigo 1º, da Resolução 237/97, do CONAMA, através do qual o Poder Público, por intermédio de seu órgão competente para tanto, concede licença para a localização, a instalação, a ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos

ambientais que, de qualquer forma, possam vir a causar degradação ambiental (PINHEIRO, 2010).

Embora por ato administrativo, é atividade fundada no poder de polícia, tanto que o Poder Público pode exigir de seus administrados o cumprimento de uma série de requisitos que, se não observados, acarretam a cassação deste (PINHEIRO, 2010).

Em regra, pelas próprias razões já expostas no item anterior, deve ser precedido do estudo de impacto ambiental.

3.4.1.3 Unidades de Conservação

As unidades de conservação consistem de conformidade com o disposto na Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000³⁵, em áreas de domínio privado ou público, protegidas pelo Poder Público com o firme propósito de assegurar ou resguardar áreas consideradas representativas dos recursos naturais.

São assim consideradas, conforme inciso I, do artigo 2º, da Lei n. 9.985/2000, as áreas de interesse ecológico, as de proteção ambiental, as reservas extrativistas, as reservas de desenvolvimento sustentável e as reservas particulares do patrimônio natural.

Ressalte-se que este mecanismo, até porque referida lei, ora implícita, ora explicitamente faz alusão aos bens culturais, é muito utilizado na proteção específica dos bens ambientais culturais.

3.4.1.4 Desapropriação

³⁵ Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III, e VII da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

A desapropriação é nos termos dispostos na Lei n. 6.902/81³⁶, o mecanismo do qual dispõe o Poder Público para retirar de alguém a titularidade de um determinado bem (aqui considerado como áreas do território nacional) entendido como relevante para o interesse público, com o intuito de protegê-lo, assegurando o bem-estar biológico das populações humanas, assim como para conservar e melhorar as condições ecológicas destas ou dos locais próximos ou não (PINHEIRO, 2010).

Saliente-se que, como são passíveis de desapropriação as unidades de interesse acima mencionadas, assim como outras, que porventura venham a despertar o mesmo interesse, este rol é apenas exemplificativo. Ainda, que pode ser dar de forma total ou parcial, bem como de forma direta ou indireta, não gerando, no primeiro caso, e gerando, no segundo, indenização ao proprietário (PINHEIRO, 2010).

E, quando indireta, seja ela total ou parcial, para que o proprietário faça jus à indenização, faz-se necessário que a administração pública dê à área desapropriada fins de uso comum do povo, retirando do proprietário não só seu direito de alienação do bem, como inviabilizando por parte do mesmo a prática de atividades econômicas nos limites de sua propriedade (PINHEIRO, 2010).

3.4.1.5 Tombamento Ambiental

É o mecanismo que tem por finalidade conservar bens móveis ou imóveis de interesse público, que não poderão ser demolidos ou alterados, sendo que eventuais reparos devem obedecer à caracterização destes (PINHEIRO, 2010).

Está direta e intimamente ligado ao patrimônio cultural, pois os bens ambientais tombados, de acordo com o disposto nos artigos 23, III e IV, 24, VII e 216, V, parágrafos 1º, 4º e 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, passam a integrar a categoria de bens ambientais culturais, os bens de excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico que, desta

³⁶ Lei Federal n. 6.902, de 27 e abril de 1981. Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências.

forma, passam a ficar sob a salvaguarda do poder público e da coletividade (PINHEIRO, 2010).

Diferente do que ocorre na desapropriação, no tombamento o proprietário não perde o domínio do bem tombado. Neste caso sofre, apenas, restrição no exercício do seu direito de propriedade, no que se refere à liberdade para alienação e reformas do bem. Assim, se o quiser fazê-lo deverá, previamente, solicitar, junto ao Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, autorização. E, em qualquer caso, desde que comprove prejuízos econômicos, faz jus à indenização (PINHEIRO, 2010).

3.4.1.6 Zoneamento

O zoneamento, por sua vez, consiste na proteção do meio ambiente mediante a limitação do uso do solo particular, ou seja, por meio deste mecanismo o poder público pode discriminar áreas que serão utilizadas para determinados fins, sempre no afã de salvaguardar o meio ambiente (PINHEIRO, 2010).

É a medida disciplinar que condiciona o uso da propriedade imobiliária mediante a delimitação de áreas particulares em razão de suas utilizações urbanas (PINHEIRO, 2010).

Como exemplo de zoneamento ambiental se pode citar o industrial. Através dele determina-se que as indústrias que exerçam atividades consideradas prejudiciais à saúde se localizem numa determinada área, diminuindo, assim, os riscos de danos ao meio ambiente.

3.4.2 Mecanismos Judiciais Disponibilizados Para Buscar a Reparação do Dano Ambiental

Todavia, apesar dos mecanismos não judiciais de proteção aos bens ambientais se encontrarem disponibilizados e regulamentados para seus usos, nem

sempre referidos bens restam salvaguardados e, conseqüentemente, vem a sofrer danos.

Nestes casos devem ser apuradas as causas e, posteriormente, estando presentes os requisitos, buscar, junto ao agressor dos bens ambientais, a respectiva reparação civil dos danos que causou. Ao menos tentar.

Nesse sentido, em ocorrendo a concretização do dano ou a mera colocação em risco do bem ambiental, tem-se à disposição, devidamente previstos e regulamentados, constitucional e infraconstitucionalmente, mecanismos judiciais que se prestam à reparação civil, quer para evitar que o agressor coloque o bem em risco, quer para impedi-lo de concretizar o dano iminente (nos casos do bem já estar submetendo ao risco), quer para obrigá-lo à reparação civil do bem, caso a ofensa já tenha se concretizado.

Assim, agora, se passa ao estudo dos mecanismos judiciais de proteção aos bens ambientais, dentre outros, porque os principais, da ação civil pública ambiental, da ação popular ambiental, do mandado de injunção ambiental, da ação direta de inconstitucionalidade ambiental e da ação de responsabilidade civil ambiental (LEMOS, 2010).

Porém, não sem antes fazer duas ressalvas: 1- ante a complexidade destes mecanismos judiciais de proteção aos bens ambientais, que por si só já comporiam uma pesquisa, e por não ser este o foco principal desta, nem esta exclusivamente dedicada ao ramo do direito e aos seus profissionais, embora para com eles correlata, buscar-se-á discorrer sobre cada um desses instrumentos de forma simples e didática, inclusive, tanto quanto possível, caminhando à margem da linguagem jurídica e; 2- como de conformidade com o direito pátrio, quem detém o poder coercitivo é o Estado, que o exercita através dos órgãos que compõem o poder judiciário, referidos mecanismos porque utilizados nesta esfera, são assim denominados. Contudo, o emprego desta terminologia, que separa os mecanismos em judiciais e extrajudiciais, não obsta que os extrajudiciais (item 3.1.1) também sejam manejados perante o poder judiciário.

Feitos os esclarecimentos, passa-se ao estudo dos mesmos.

3.4.2.1 Ação Civil Pública Ambiental

Desta feita, é a ação civil pública ambiental, prevista na Lei n. 7.347/85³⁷, o instrumento judicial que deve ser utilizado na tutela de interesses difusos e coletivos, interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade (PINHEIRO, 2010).

Pode ser promovida pelo Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações que tenham um mínimo de representatividade exigida em lei (inclusive sindicatos), desde que observados todos os requisitos legais dispostos no artigo 5º, incisos I e II, da Lei da Ação Civil Pública e nos artigos 5º, inciso XXI e 8º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 (PINHEIRO, 2010).

Recepciona, sempre com a finalidade de efetivamente salvaguardar o meio ambiente, alguns mecanismos processuais de crucial importância, como, por exemplo, a medida liminar e a antecipação dos efeitos da tutela, estes dois, que consistem em adiantamentos das pretensões buscadas, para dar celeridade à pretensão buscada, face à morosidade da máquina judiciária, assim como a atribuição de efeito suspensivo aos recursos interpostos, visando o impedimento do cumprimento, mesmo que provisório, de algumas decisões contrárias aos interesses dos recorrentes, porventura proferidas pelos julgadores (DI PIETRO, 2002).

Ainda, cumpre salientar que, de conformidade com o disposto no artigo 5º, do parágrafo 6º, do mesmo diploma legal próprio, a fim de que o objetivo seja alcançado, também é possível que se estabeleça entre as partes litigantes um termo de ajuste de conduta (TAC), que nada mais é do que um acordo acerca da salvaguarda do bem em questão, onde o agressor se obriga a realizar atividade reparadora do dano causado (STOCO, 2007; PINHEIRO 2010).

³⁷ Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

3.4.2.2 Ação Popular Ambiental

Consiste a ação popular ambiental noutra remédio jurídico de tutela do meio ambiente e está previsto na Lei n. 4.717/65³⁸, que foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil/1988, em seu artigo 5º, LXXVIII (DI PIETRO, 2002).

Tem por escopo, ao mesmo tempo, possibilitar que o interesse coletivo se efetive, apontar erros na gestão do patrimônio público e suprir a inércia da autoridade pública no exercício de sua função. Assim, permite que o cidadão (assim denominada a pessoa portadora do título de eleitor) venha, em seu nome, mediante a propositura desta ação, resguardar os interesses da comunidade (DI PIETRO, 2002).

Desta forma, qualquer cidadão pode desta se servir para buscar, se o quiser, perante o poder judiciário, a tutela dos bens ambientais. E, para que se sinta incentivado a fazê-lo, ficará isento do pagamento das despesas inerentes ao procedimento, quais sejam: das custas processuais e dos honorários de sucumbência (honorários advocatícios do procurador da parte adversa, caso venha a ser derrotado) (DI PIETRO, 2002).

3.4.2.3 Mandado de Injunção Ambiental

Previsto no mesmo artigo 5º, da Lei Maior, mas no inciso LXXI, é o remédio jurisdicional utilizado nos casos em que a omissão legislativa vier a causar dano a outrem, inviabilizando, assim, o exercício de seus direitos difusos, no que tange à proteção ambiental (PINHEIRO, 2010; DI PIETRO, 2002).

Assim, trata-se de instrumento jurisdicional que visa à proteção do meio ambiente quando a efetivação desta salvaguarda depender de uma norma regulamentadora cuja ausência - as normas reguladoras de alguns dispositivos

³⁸ Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular.

podem ser posteriormente a estes editadas - impede ou inviabiliza sua prática (PINHEIRO, 2010).

Pode ser promovida por todo aquele que se sentir lesado, inclusive por Organizações Não Governamentais (ONGs), desde que o dispositivo constitucional prescindia de regulamentação (PINHEIRO, 2010).

3.4.2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade em Matéria Ambiental

É o instrumento jurídico que encontra assento nos artigos 102 e 103 da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, que embora só possa ser manejado pelo Procurador-Geral da República, pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pelo Conselho Federal da ordem dos Advogados do Brasil, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, é utilizado nas hipóteses de ocorrências de atos, comissivos ou omissivos, contrários a dispositivos constitucionais em que não haja lesão a direito individual (DI PIETRO, 2002).

Desta feita, tem por objetivo excluir do ordenamento jurídico pátrio todos e quaisquer atos e/ou leis infraconstitucionais, de caráter ambiental, incompatíveis com o que disposto, quanto à mesma matéria, na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 (DI PIETRO, 2002).

3.4.2.5 Ação de Responsabilidade Civil Ambiental

É o remédio jurisdicional que se funda na teoria do risco integral (item 2.1.2.2) e tem por objetivo a recomposição total, ou o mais próximo dela, do meio ambiente efetivamente lesado ou colocado em situação de risco (DI PIETRO, 2002).

Encontra amparo tanto na constituição pátria (artigo 225, parágrafo 2º.) como na Lei n. 6.938/81 (artigo 14), e admite que o Poder Público figure como responsável solidário (coobrigado) se incluso nos pólos passivos das ações intentadas, principalmente se estas versarem sobre às hipóteses de omissão, ou

seja, permite que o órgão público, na qualidade de co-réu, também responda e, se for o caso, reste igualmente obrigado, quer quanto a uma cota parte da obrigação decorrente da condenação, quer quanto à totalidade desta. É esta a essência do instituto jurídico da solidariedade.

Não bastasse, nesta, os casos de excludentes de responsabilização (item 2.1.2.1.5), previstos na reparação civil, tais como caso fortuito (item 2.1.2.1.5.2) e força maior (item 2.1.2.1.5.3), não são considerados e qualquer pessoa, física ou jurídica, tem legitimidade para promovê-la, desde que presentes, obviamente, os requisitos (item 2.2.2.3) já estudados no segundo capítulo desta pesquisa (DI PIETRO, 2002).

E, como é remédio que visa tutelar o meio ambiente, no seu sentido mais amplo, perfeitamente possível que, a exemplo dos demais, também possa ser utilizado na salvaguarda dos bens patrimoniais culturais, quer tangíveis, quer intangíveis (DI PIETRO, 2002).

3.5 A responsabilidade Civil Ambiental

Entretanto, embora estes mecanismos, a exemplo dos extrajudiciais, também já estejam disponibilizados e já venham sendo utilizados, o certo é que, por vezes também não têm alcançado o fim a que se propõem: a salvaguarda do meio ambiente, especialmente o cultural.

Uma rápida visualização do panorama nacional, assim como do local, Município de Joinville/SC, já nos dá conta das suas ineficácias. Não só são vários os eventos danosos, como estes vem se multiplicando e, quanto ao grau do dano, se intensificando.

Da mesma forma, são também inúmeros os casos em que as regras da responsabilidade civil ou não vem sendo aplicadas, ou quando o são, até porque de forma inadequada, não alcançam o fim ao que se propõe.

Para ilustrar, em Joinville, se pode destacar o caso do imóvel, que se localizava na Rua Doutor João Colin, 559 (onde hoje se encontra a Localiza), que

sediava a Loja Lumière³⁹. Este, que nem chegou a ser incluído no rol de unidades de interesse ou objeto de tombamento - dadas as constantes reformas, perdeu seu valor histórico⁴⁰ -, mediante autorização do órgão municipal que detém referida competência (conselho) e da Prefeitura Municipal de Joinville, foi demolido da noite para o dia. Saliente-se que paulatina descaracterização, como bem cultural, imposta ao imóvel, por seus proprietários, impediu até mesmo que o bem fosse tombado. Não bastasse, o interesse econômico acabou por prevalecer.

Outro exemplo, o caso do imóvel do Cine Palácio⁴¹, localizado na zona central de nossa cidade. Quanto a este, apesar da lei de tombamento datar do ano de 1980 e o referido bem só ter sido tombado em 2001, desde que alugado por uma instituição religiosa, já sofreu tantas descaracterizações, especialmente na sua parte interna, que se não forem tomadas, urgentemente, as providências buscadas na ação judicial de número 038.04.021373-8, corre-se o risco desta restar inócua, concretizando-se, assim, mais uma subtração no rol joinvilense de bens patrimoniais culturais.

Desta feita, neste ponto da pesquisa, o retorno ao tema da responsabilidade civil, muito embora mais direcionada aos danos causados ao patrimonial ambiental, se faz, novamente, necessário, até para estabelecer qual de suas modalidades deve ser empregada no caso em tela.

Assim, ao ver anteriormente os pontos principais da responsabilidade objetiva, se percebe, sem qualquer dúvida, que é esta que deve ser - e está sendo -

³⁹ A Lumière era o nome fantasia da fábrica Casimiro Silveira. Fundada na rua Itajaí, na década de 1950, a indústria foi transferida para a rua Luiz Delfino, no Glória, local onde hoje encontra-se a faculdade lesville, da rede Anhanguera. Nos seus tempos de glória, de 1960 a 1982, a Lumière chegou a ter mais de 2 mil funcionários, que faziam peças disputadas em todo o País (<http://www.clicrbs.com.br/anoticia/jsp/default2.jsp?uf=2&local=18&source=a2548696.xml&template=4187.dwt&edition=12542§ion=1186>).

⁴⁰ A casa na rua João Colin que foi demolida abrigará uma unidade da Localiza. Segundo o coordenador de patrimônio cultural da Fundação Cultural, Raul Valter da Luz, o imóvel não era tombado. "A casa foi construída em 1930, mas sofreu reformas e acabou perdendo o valor histórico" (<http://www.clicrbs.com.br/anoticia/jsp/default2.jsp?uf=2&local=18&source=a2548696.xml&template=4187.dwt&edition=12542§ion=1186>).

⁴¹ Construído por Francisco Nicodemus em estilo neoclássico, o Theatro Municipal foi inaugurado em 23 de dezembro de 1917. Por ser considerado imóvel de utilidade pública, foi isento por dez anos de impostos municipais. A partir de 1925, quando foi comprado pela família Van Biene, o prédio começou a receber a incorporação de anexos, edificações laterais menores destinadas ao comércio. Em 1934, passou a ser chamado de Palace Theatro e, nove anos depois, teve o nome mudado para Cine Palácio. O prédio foi adquirido em 1977 pela empresa de cinema Arco-Íris - até hoje proprietária do espaço maior da edificação. Somente em 1995, o maior prédio do complexo passou a ser utilizado pela Igreja Universal do Reino de Deus. (<http://www1.an.com.br/2002/mai/22/0cid.htm>, acessado em 06.12.2012)

aplicada às hipóteses de danos ambientais e seus agentes causadores, tenham estes agido com ou sem culpa, concretizado o dano ou só colocado o bem em risco.

Nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil vem sendo considerado uma das mais importantes armas disponíveis na luta para evitar, e não sendo possível, buscar não só a responsabilização do agente agressor, como também sua obrigação na reparação do dano causado (STOCO, 2007; AZEVEDO, 2000).

Com efeito, flagrantemente tem se tentado evitar não só a ocorrência dos eventos danosos, mas que estes sejam reparados, independentemente da culpa do agente, bem como da concretização do dano.

O grau de complexidade da vida moderna e a interdependência crescente entre as pessoas, mormente nos grandes conglomerados urbanos, a exploração de recursos naturais e os processos de agigantamento das atividades empresariais, a sempre crescente participação do Estado quer na economia, quer atuando com vistas ao atendimento das necessidades públicas, tudo isso, e outra dezena de fatores que poderiam ser enumerados, concorrem para a ampliação de situações onde pessoas eventualmente fossem lesadas, mas onde era impossível definir com precisão a culpa do agente causador do dano. Reconhecia-se a existência deste, reconhecia-se que alguém havia sido lesado, todavia permanecia a vítima indene pela impossibilidade de apontar com segurança o requisito da culpa do agente⁴².

É que a instituição da responsabilidade civil objetiva, no âmbito da defesa do meio ambiente, é decorrente da constatação da impossibilidade de alcançar, sem ela, esse objetivo. Essa é também uma tendência do direito estrangeiro (BENJAMIN, 1993).

Entretanto, apesar dos esforços e da expressa previsão legal, ainda assim os princípios clássicos e tradicionais da responsabilidade civil ambiental, ao menos em parte, não vêm funcionando adequadamente. Primeiro porque o dano ambiental, geralmente, é de natureza difusa, atingindo, assim, toda a coletividade, sem que se possa precisar a quem, o que contribui, sobremaneira, não só para que a reparação do bem seja perseguida, como para que seja alcançada; segundo, porque o regime jurídico da responsabilidade civil ambiental exige, de forma conjunta, o que por vezes dificulta muito à demonstração e à comprovação, a presença de muitos requisitos (BENJAMIN, 1993).

E, não bastasse, quando da não comprovação de apenas um desses requisitos, embora visivelmente presente, obsta, por completo, a aplicação das

⁴² ATHIAS, Jorge Alex Nunes 1993, *apud* BENJAMIN, 1993.

regras deste instituto e, conseqüentemente, a condenação do agressor, assim, a reparação do bem ofendido (BENJAMIN, 1993).

Por esta razão é que de uns anos para cá esse instituto vem sofrendo um sem número de modificações/adequações, especialmente na esfera ambiental, dentre elas:

a) a não mais relevância da intenção danosa (bastando um simples risco de prejuízo);

b) a não mais relevância da mensuração do subjetivismo (o importante é o nexo de causalidade, ou seja, alguém que tenha participado, de alguma sorte, deve ser apanhado nas tramas da responsabilidade objetiva);

c) a possibilidade da inversão do ônus da prova (possibilitar que a parte hipossuficiente transfira para a outra, contrária, a obrigação de comprovar os fatos alegados);

d) a atenuação do relevo do nexo causal (PINHEIRO, 2010).

É o que se buscará demonstrar na sequência desta pesquisa.

3.5.1 A Posição dos Principais Doutrinadores

De conformidade com a posição dos doutrinadores abaixo citados, é possível destacar valiosas contribuições acerca da responsabilidade civil objetiva enquanto ferramenta do direito, no intuito de viabilizar a defesa do meio ambiente.

Dispõem, inicialmente, de forma contundente, que a responsabilidade civil decorrente de danos ambientais é objetiva, independendo, portanto, da conduta culposa do agressor, até porque é esta a circunstância que melhor atende aos anseios da comunidade no direito de fruir de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (MILARÉ, 2001; AZEVEDO, 2000; STOCO, 2007).

E, no que se refere à conduta do agente agressor do meio ambiente, que por ação ou omissão, mesmo nas hipóteses em que o dano resultar de caso fortuito ou força maior, como um acontecimento da natureza, salvo raríssimas exceções, este deve permanecer sob sua responsabilidade, pois o simples ato de, por

exemplo, não ter tomado providências no sentido de impedir o dano, já lhe impõe o dever de indenizar (MACHADO, 1998).

Na mesma linha, há muito tempo já consolidada que a responsabilidade civil objetiva em face dos danos ambientais persiste mesmo que o causador do dano exerça sua atividade lícita, ou seja, dentro dos padrões fixados, pelo que se sua atividade vier a causar dano, por este será responsabilizado (MACHADO, 1998; AZEVEDO, 2000; STOCO, 2007).

Ainda, que o prejuízo a ser reparado não precisa ser de natureza grave e periódica, podendo ser causado por um acontecimento único e de caráter acidental. Ressalte-se, contudo que, em relação à normalidade dos resultados de uma determinada atividade, podem surgir dúvidas de até que ponto é normal e a partir de quando essa normalidade é transgredida (AZEVEDO, 2000; STOCO, 2007).

Finalmente, que referidas regras, tendo em vista que os bens ambientais culturais integram o meio ambiente como um todo, àqueles são aplicadas as mesmas regras (AZEVEDO, 2000; STOCO 2007, PINHEIRO, 2010).

3.5.2 Obstáculos à Reparação Civil Ambiental

Inobstante, não só à legislação existente (já citada) e aos entendimentos doutrinários acima mencionados, bem como aos entendimentos jurisprudenciais pátrios (já colacionados na pesquisa), ainda são vários e de diversas naturezas os problemas que precisam ser solucionados para que a responsabilidade civil objetiva traga a eficácia almejada.

É o que se depreende, por exemplo, das dificuldades encontradas quando do estabelecimento do nexo causal, da quantificação (extensão) do dano e, pior, da valoração deste dano.

3.5.2.1 Relação de Causalidade

Com efeito, a relação de causalidade é ponto de extrema relevância e preocupação. Suscita uma análise mais apurada, especialmente quando o objeto do estudo se refere a danos ambientais e, conseqüentemente, à aplicação das regras da responsabilidade civil objetiva.

Notadamente, cumpre estabelecer uma relação nítida entre a ocorrência danosa verificada e sua fonte, ou seja, uma relação clara entre o comportamento do agente agressor, mesmo que independente de culpa, e o dano causado (ou risco), para só assim se certificar de que o dano efetivamente decorre da conduta (lícita ou ilícita) deste, vez que, se não, não há que se falar na sua responsabilidade civil, muito menos na sua obrigação de repará-lo.

Ora, se a vítima experimentar um dano, mas não restar evidenciado que o mesmo resultou do comportamento, atitude, ou atividade do réu, seu pedido de reparação/indenização não prosperará, já que não preenchido um dos requisitos (nexo de causalidade) indispensáveis para tanto, devendo o pedido formulado pelo autor, na ação, ser julgado improcedente.

Assim, esse pensamento, que norteia a teoria da responsabilidade civil, quer na modalidade subjetiva, quer na objetiva, deverá estar sempre presente, até quando dos danos ambientais.

Não fosse essa dificuldade já suficiente a obstaculizar à devida proteção do bem ambiental, apontar, com exatidão, a causa de um ou de vários danos simultâneos por ele sofridos, também acaba sendo um obstáculo. Apesar de não impossível, a descoberta é difícil, inclusive quanto à pluralidade de autores, bem como dos prejudicados (AZEVEDO, 2000).

Ainda bem que, ante a necessidade e às dificuldades encontradas pelas vítimas nossos julgadores não tem se furtado a determinar a inversão do ônus da prova, como já acima ressaltado (AZEVEDO, 2000; STOCO 2007).

3.5.2.2 Quantificação do Dano Ambiental

Outro obstáculo à reparação civil objetiva se refere à quantificação do dano causado, ou seja, determinar a extensão do dano efetivamente causado ou do risco a que o bem é submetido (AZEVEDO, 2000).

Com efeito, nem que seja pela pluralidade dos bens que o compõem, é praticamente impossível avaliar, com exatidão, os impactos sofridos, quer quanto ao próprio meio ambiente, quer quanto aos homens que o compõem (AZEVEDO, 2000).

Segundo o disposto no artigo 225, da Constituição da República Federativa do Brasil/88, esta deve ser realizada de conformidade com os limites considerados aceitáveis de degradação.

Contudo, o que seriam esses limites aceitáveis de degradação?

Tem-se que essa aceitabilidade decorre da observação de parâmetros que atendam, realmente, à necessidade desta proteção ambiental, sendo que a estes devem ser aplicados, simultaneamente, os princípios do limite⁴³ e da prudência⁴⁴, que devem variar de conformidade com as realidades ambientais locais, sob pena de agravarem, ainda mais, os danos (AZEVEDO, 2000; ANTUNES, 2001).

Não bastasse a própria regra, nem que pela redação, já dificultar sua aplicação, trazendo em si enorme subjetividade, há que se destacar que esses critérios acabam sendo estabelecidos pelos organismos ambientais com base nas tecnologias disponíveis e, também, em imperativos econômicos. Assim, constantemente se tornam alvos de questionamentos acerca de sua validade, e, conseqüentemente, também acabam sendo questionadas não só as condenações, como, também, as próprias reparações dos bens, se efetivamente ocorrem ou não, e, se sim, se parcial ou integralmente (AZEVEDO, 2000).

É que diante da ausência mais específica de critérios legais para a sua fixação, muitas vezes essa tarefa acaba sendo realizada exclusivamente pelo julgador, que não só tem que apreciar o caso, como também que fixar a extensão do

⁴³ Princípio do limite: Aquele pelo qual a administração tem o dever de fixar parâmetros para as emissões e partículas, de ruídos e de proteção de corpos estranhos ao meio ambiente, levando em conta a proteção da vida e do próprio meio (PINHEIRO, 2010).

⁴⁴ Princípio da Prudência: Aquele que determina que a administração deva realizar seus atos de forma a prevenir determinadas conseqüências (PINHEIRO, 2010).

dano e, ainda, valorá-lo, o que torna o instituto ainda mais questionável (STOCO, 2007; AZEVEDO, 2000).

Ora, se cada julgador pode ter seu próprio entendimento, porque é esse um dos pilares do nosso direito - livre convencimento motivado - não raras vezes suas avaliações podem não ser as mais adequadas e por assim, não recepcionar a grandeza do dano e, conseqüentemente, a verdadeira reparação a ser feita.

3.5.2.3 Valoração dos Danos Causados ao Meio Ambiente

Não fossem suficientes os dois obstáculos, tem-se, ainda, o que se refere à atribuir-lhe um valor econômico, quer pelo próprio cálculo, quer porque este também fica ao encargo do julgador (LEMOS, 2008; STOCO, 2007).

Ademais, embora, inicialmente, a reparação civil traga a idéia de restituição do bem ao seu estado anterior (*status quo ante*), nem que seja pela extensão do dano, como, por exemplo, uma demolição de um imóvel, isto nem sempre é possível.

Desta forma, a reparação civil que antes seria mesmo reparatória, passa a ter caráter indenizatório, no sentido de ser compensatória, ou seja, de se dar mediante sua conversão em obrigação pecuniária. O prejuízo possa ser “reparado” dentro daquilo que é concretamente possível, atribuindo-lhe, o julgador, um valor econômico/monetário (LEMOS, 2008; AZEVEDO, 2000).

É o que dispõe o parágrafo 2º, do artigo 225, da Constituição a República Federativa do Brasil:

Parágrafo 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Na mesma esteira, o que dispõe o parágrafo 4º, da Lei 6.938/81, quando versa acerca da obrigação do responsável pelo dano quanto à sua obrigação em restaurar e/ou indenizar os danos ambientais.

Também, os artigos 3º e 11, da Lei 7.347/85⁴⁵ - Ação Civil Pública -, quando estabelecem que as ações civis públicas promovidas em face dos danos ambientais podem ter por objeto condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Entretanto, em que pesem as previsões legais, esta também não é uma tarefa fácil. Alguns critérios devem ser observados (AZEVEDO, 2000).

E, mais uma vez, se está diante da subjetividade, quer dos critérios, quer do livre convencimento do julgador.

Dentre os critérios, um é o que consiste em proceder à avaliação do custo total das obras a serem realizadas na recuperação do bem ofendido (lesado), e, posteriormente, condenar o agressor no pagamento deste, quando, então, o referido valor é depositado num fundo a ser gerido pelo órgão que ficaria encarregado da realização da obra necessária à recuperação parcial do bem ofendido, ou pelo emprego do valor em outra obra, se àquela não fosse mais possível ou do interesse (LEMOS, 2008; AZEVEDO, 2000).

Porém, a dificuldade não para por aí. Persiste, sem dúvida, em como chegar nesse montante (LEMOS, 2008).

Desta feita, tentando minimizá-la, tanto doutrina como jurisprudência pátrias, vêm se firmando em dois sentidos: a- fixar o valor de conformidade com o resultado da avaliação dos custos totais das obras e dos trabalhos necessários à suposta recuperação do dano causado ao meio ambiente; b- simplesmente fixar uma determinada soma em dinheiro que de alguma forma acabe por compensar o dano causado (STOCO, 2007).

É o que demonstra a jurisprudência abaixo:

DANO AMBIENTAL. CORTE DE ÁRVORES NATIVAS EM ÁREA DE PROTEÇÃO

AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1. Controvérsia adstrita à legalidade a imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, consubstanciada no corte de árvores nativas.

2. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art.14, parágrafo 1º.) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar.

⁴⁵ Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

3. A adoção pela lei da responsabilidade civil objetiva significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano.

4. O art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa, consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada lei.

6. A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental.

7. Recurso especial provido.

(RECURSO ESPECIAL n. 578797/RS (2003/0162662-0), da lavra do Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 20.09.2004).

Indiferente ao critério adotado, assim suas variantes, claro está que o fim pretendido pode não vir a ser alcançado, até porque como atribuir um valor econômico ao meio ambiente? (STOCO, 2007; AZEVEDO, 2000).

Por essa razão, outras possibilidades, que envolvem os preços de mercado, acabam sendo adotadas. A título de ilustração é o que acontece em face da poluição atmosférica. Como já se concluiu que é impossível atribuir um valor econômico real às suas ofensas, suas quantificação e valoração acabam sendo estabelecidas em observância à propriedade do bem agredido, se particular um valor, se pública, outro (STOCO, 2007; AZEVEDO, 2000).

3.6 A Tutela do Meio Ambiente Cultural

De qualquer sorte, com ou sem obstáculos, e se acertadas ou não as soluções acima apontadas, se já é uma tarefa difícil no que tange aos bens ambientais, em suas diversas possibilidades, que dirá em face alguns bens patrimoniais culturais, já assim intitulados pelos interesses que despertam.

Ora, embora existam previsões legais para tanto - judiciais ou não -, bem como não se neguem seus exercícios, nem sempre a proteção destes bens é

alcançada, especialmente quando sua recuperação se torna impossível, como, por exemplo, quando da destruição por completo de um quadro de um determinado autor já falecido, ou da demolição de um imóvel, até mesmo pela sua má conservação. Alguns danos, quando concretizados, podem ser irreparáveis (AZEVEDO, 2000).

E neste ponto se pode citar, novamente, como exemplo em nosso Município, o caso do imóvel que sediava a empresa Lumière.

No mesmo sentido, o episódio do Casarão Timm⁴⁶. Embora tenha ocorrido a condenação de seu agressor⁴⁷ em obrigação pecuniária⁴⁸, o bem em si se perdeu, ou seja, o dano jamais será recuperado.

Ainda, e também para ilustrar, o caso do imóvel de propriedade da Senhora N.E.H., localizado em bairro nobre da nossa cidade. A edificação foi inventariada e tombada, mas, sob a alegação de que o tombamento se deu de forma irregular, face o não cumprimento de todas as etapas pertinentes ao mecanismo extrajudicial em tela (tombamento) a proprietária promoveu, em 2005, contra o Município de Joinville/SC, ação de nulidade de ato administrativo (processo número 038.05.062907-4), pleiteando a liberação do bem. Ressalte-se que até a presente data a ação ainda se encontra pendente de julgamento.

Sob outro ângulo, se o instituto da responsabilidade civil pátria traz em seu bojo que a recuperação do bem também é possível, ante a impossibilidade de retorno ao estado anterior, mediante conversão da obrigação de reparação para indenização pecuniária, considerando que mesmo assim a reparação se deu, mesmo que isso ocorra, estar-se-á mesmo recuperando o dano em si e compensando as vítimas? (STOCO, 2007; VENOSA, 2009; LEMOS, 2008).

⁴⁶ A edificação ficava entre as esquinas da rua 9 de Março, com Henrique Meyer, no centro de Joinville (<http://www1.an.com.br/2005/ago/04/0ane.htm>).

⁴⁷ Roberto Timm, proprietário e agressor do bem questiona os procedimentos da FCJ em relação a notificação dos proprietários de imóveis que tiveram bens incluídos na chamada lista de interesse histórico (UIP). Ele declara não ter recebido a notificação em 2004 e não compreender os critérios que justificariam a manutenção do sobrado (<http://www1.an.com.br/2005/ago/04/0ane.htm>).

⁴⁸ Depois de quase oito meses, o proprietário, Roberto Timm, do Casarão Timm, demolido em dezembro - no período de recesso da Prefeitura -, recebeu a notificação de multa pela ação que levou o sobrado de interesse histórico ao chão. O valor é de R\$ 976, 5 mil e o dono do imóvel, secretário adjunto de articulação internacional do governo do Estado, Roberto Timm, promete recorrer. De acordo com a Fundação Cultural de Joinville (FCJ), o montante foi fixado com base na legislação federal, estadual e municipal e consenso entre a comissão de valores, formada por técnicos do município e especialistas. "A decisão é administrativa, baseada em critérios de Justiça que considera o valor venal da propriedade", argumentou o vice-prefeito e presidente da FCJ, Rodrigo Bornholdt. Segundo ele, "o País está mostrando que precisamos de ações corretas e firmes que levem, em primeiro lugar, o interesse público" (<http://www1.an.com.br/2005/ago/04/0ane.htm>)

Imaginemos uma ofensa a uma roda de capoeira, patrimônio cultural nacional intangível não apenas dos baianos e da Bahia, mas também de todos os brasileiros, assim como internacionalmente reconhecido. Se hipoteticamente um agressor propagasse que referida prática só é realizada por criminosos e difundisse o fato por todo o território nacional e estrangeiro. Além de ser uma tarefa difícil não só a sua identificação, e conseqüentemente, quantificação e valoração, se a reparação fosse convertida em indenização pecuniária, o próprio bem ofendido um dia seria objeto de efetiva recuperação? As vítimas decorrentes dessa ofensa, um dia restariam mesmo indenizadas? Quantos anos seriam precisos até que o mal fosse efetivamente reparado? Quantos anos foram precisos para que a capoeira perdesse o caráter de marginalidade e alcançasse o de bem patrimonial cultural intangível?

Imaginemos, agora, um incêndio provocado em uma edificação considerada um bem cultural. Não bastasse a dificuldade em encontrar o agressor e aplicar-lhe a devida punição, mesmo que o bem fosse reconstruído, será mesmo que o dano seria reparado? A reconstrução da edificação ofendida traria mesmo este bem de volta ao seu estado anterior?

Infelizmente, qualquer critério de reparação destes bens vai acabar incorrendo, num ou noutro momento, num ou noutro aspecto, em falhas ou insuficiências, não sendo possível atingir de forma plena os objetivos pretendidos (STOCO, 2007; PINHEIRO, 2010).

3.7 A (in)eficácia das normas da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e do Código Civil Brasileiro de 2002 na salvaguarda do patrimônio ambiental cultural, na responsabilização civil de seus agentes agressores e na efetiva reparação dos bens ofendidos

Com efeito, os bens ambientais - culturais ou não - precisam ser por todos nós - poder público e coletividade - salvaguardados e, para tanto, já existe uma gama de regras, constitucionais e infraconstitucionais, como demonstrado, para este fim.

Entretanto, embora estas existam e venham até sendo aplicadas, inegável que os danos aos referidos bens, inclusive e especialmente nesta pesquisa, aos culturais, são, ainda, uma realidade, haja vista os exemplos já citados, ocorridos em Joinville.

Ao menos aparentemente a legislação vigente, quer num ou noutro aspecto, não está atendendo às finalidades às quais se propõe, especialmente quanto à efetiva reparação civil dos bens ofendidos.

Muito embora a visão da sociedade sustentável, que passa obrigatoriamente pela questão da reparação civil, dê conta de que não há mais lugar para procedimentos e comportamentos, de qualquer natureza, que reduzam as possibilidades da salvaguarda do meio ambiente, quer para as gerações presentes, quer para as futuras, flagrantemente que referida prática não resta consolidada, tanto que os episódios de degradação são públicos e notórios.

Desta feita, apesar dos nossos tribunais, quando provocados, reconhecerem as ocorrências danosas - tanto que a reparação civil desta decorre -, bem como que estejam aplicando aos agentes causadores destes danos as regras da responsabilidade civil objetiva, no afã não só de responsabilizá-los, como também de obrigá-los na reparação da ofensa, em verdade, não tem sido suficiente. Não só os danos tem se multiplicado, como também a impunidade destes agressores e, conseqüentemente, as perdas, quer dos próprios bens, quer destes em relação a cada um de nós.

É o que se depreende, por exemplo, das jurisprudências abaixo colacionadas que, que embora reconheçam a responsabilidade dos agentes causadores dos danos ali tratados e os obrigue quanto às suas reparações, claro está que os bens em questão, até em face das indenizações compensatórias, não estão a ser efetivamente reparados e, sim, substituídos:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A REFLÓRESTAMENTO. RESSARCIMENTO DE DANO MATERIAL. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Usualmente, as questões relativas a direito ambiental se inserem no amplo conceito de direito público a que se refere o art. 9º, § 1º, XIII, do RI/STJ, atraindo a competência da 1ª Seção deste Tribunal. Contudo, um recurso especial que tenha como objeto a discussão exclusivamente da responsabilidade civil pela reparação do dano ambiental, sem outras questões ambientais que justifiquem seu deslocamento à 1ª Seção, deve ser julgado por uma das Turmas integrantes da 2ª Seção, inserindo-se no conceito amplo de responsabilidade civil a que se refere o art. 9º, §2º, III do RI/STJ.

2. É possível, em ação civil pública ambiental, a cumulação de pedidos de condenação a obrigação de fazer (reflorestamento de área) e de pagamento pelo dano material causado. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RECURSO ESPECIAL n. 2009/0245987-1, da Lavra da Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, DJ 02.02.2011).

DANO AMBIENTAL. CORTE DE ÁRVORES NATIVAS EM ÁREA DE PROTEÇÃO

AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1. Controvérsia adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, consubstanciada no corte de árvores nativas.

2. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art.14, parágrafo 1º.) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar.

3. A adoção pela lei da responsabilidade civil objetiva significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano.

4. O art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa, consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada lei.

6. A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental.

7. Recurso especial provido.

(RECURSO ESPECIAL n. 578797/RS (2003/0162662-0), da lavra do Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 20.09.2004).

A substituição dos bens ofendidos, em absoluto, consiste na sua salvaguarda.

Desta forma, em que pesem entendimentos, jurisprudenciais e doutrinários, contrários aos resultados desta pesquisa, num raciocínio lógico, perfeitamente possível negar a eficácia, tanto jurídica como social, destas normas.

Meras substituições de bens ou até mesmo compensações pecuniárias, como o que acontece nos casos de falecimentos, estão longe de reparar os males causados.

Tal como nos casos de morte, os familiares, embora sejam legalmente compensados em suas dores - já que impossível o retorno do bem lesado (vida) ao

estado anterior - o bem em si, o ser humano, jamais é recuperado. E a analogia com os bens patrimoniais culturais é mais do que plausível.

E, embora não tenha sido encontrado na pesquisa jurisprudencial nenhum caso específico de dano a bem ambiental cultural intangível, também é perfeitamente possível aplicar em caso de ofensa a estes, o mesmo raciocínio e, conseqüentemente, as mesmas regras.

Ora, se tomarmos, por exemplo, um dano irreparável causado a um quadro de um famoso pintor - simultaneamente um bem ambiental cultural tangível e intangível - já se pode verificar a mesma ineficácia da legislação, assim, em que pese o respeito por nossos julgadores, como de parte das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A uma porque o bem não foi objeto de salvaguarda. A duas, porque a "indenização" só seria possível no sentido da compensação.

Da mesma forma, no exemplo já utilizado, de fogo provocado em imóvel considerado bem cultural tangível. Se esta nada mais restasse, sua reconstrução, em verdade, não estaria reparando o dano.

Como se pode verificar, se na maior parte das vezes referida reparação já não é possível em relação a outros bens, juridicamente não ambientais, que dirá quanto aos assim considerados, especialmente os ambientais culturais. Flagrante que as reparações, neste sentido, tem sido apenas compensatórias o que, de forma alguma recupera qualquer bem desta natureza (AZEVEDO, 2000).

Ora, a simples condenação em obrigação pecuniária não preserva nem o bem e o meio ambiente, muito menos a identificação e a memória de nossa nação.

3.8 Alternativas Para a Efetiva Salvaguarda do Patrimônio Ambiental, Especialmente o Cultural

Assim, ante todo o estudo realizado, apesar da existência da previsão legal, constitucional e infraconstitucional, tanto para salvaguarda, quanto para reparação civil do dano ambiental, especialmente o cultural, mediante a utilização dos mecanismos - judiciais ou não - que podem ser manejados para esse fim, assim como das decisões proferidas por nossos tribunais e os entendimentos dos

doutrinadores, inegavelmente não produzem os resultados esperados. Os episódios de degradação destes bens por si só já comprovam referida assertiva.

Como se vislumbra, os objetivos não são alcançados, nem quanto à salvaguarda dos bens ambientais, na sua expressão maior, nem quanto, em caso de danos, a reparação civil relativa a estes.

Por esta razão, alternativas precisam ser, urgentemente, encontradas e empregadas.

Neste sentido, e buscando colaborar, é que a partir desse ponto da pesquisa, dentre as últimas considerações, se passa a tecer, sem querer estabelecer verdades, nem exaurir o assunto, algumas sugestões.

Como bem diz Patrícia Fraga Iglesias Lemos, (2010, p. 167, “[...] a solução não pode advir somente do Poder Público ou da norma. O engajamento da sociedade é primordial para que se alcancem os objetivos”.

Assim, como primeira colaboração, há que se destacar o fato de que precisam ser criados critérios mais específicos quanto à obrigatoriedade dos estudos de impacto ambiental, especialmente no que tange à dispensa deste mecanismo pelos administradores, por estarem convencidos de que, no caso concreto, não há qualquer possibilidade de dano ao meio ambiente.

O estudo de impacto ambiental deve ser obrigatório. Ademais, não deve ser o fim e sim um meio.

Da mesma forma, no que tange aos licenciamentos e à fiscalização em relação a estes, até para que, se não cumpridas às determinações, restem autorizadas, sem mais delonga, as cassações.

Idem quanto aos critérios para o tombamento e, especialmente, ao procedimento a ser adotado. A ação de nulidade número 038.05.062907-4, promovida por N.E.H. contra o Município de Joinville/SC, é um claro exemplo dessa necessidade. O que se discute neste processo é que quando do tombamento do imóvel o procedimento adequado, de comunicação e observância do prazo para resposta, inclusive em termos legais, não foi observado.

Outra sugestão seria a especialização de membros do Poder Judiciário em matéria relativa a patrimônio cultural. Assim, quando diante de casos que envolvam danos causados ao meio ambiente cultural, não só aplicassem as tutelas antecipadas, sem mais questionamentos - bastando que estivessem presentes os requisitos autorizadores destas (fumaça do bom direito, perigo na demora e

verossimilhança da prova inequívoca) -, como o vem fazendo nos casos de risco e falecimento por não realização de procedimentos médicos ante a recusa dos planos de saúde, como, também, para que as decisões finais não sejam proteladas. Como exemplo, poderiam já ter sido tomadas providências em face ao imóvel do Cine Palácio.

A morosidade do judiciário pode, mesmo que sem intenção, acaba colaborando com os eventos danosos. É o que, aparentemente, vem ocorrendo em face da demanda promovida pelo Município de Joinville/SC contra o proprietário, M. R. M., de um imóvel localizado na Rua Blumenau. Referida ação, de número 038.09.046144-1, que foi proposta no ano de 2009, como até a presente data ainda se encontra pendente de definição, tem possibilitado, mesmo que lenta, sorrateira e ilegalmente, a demolição do bem em litígio.

A codificação de toda a legislação pertinente, a exemplo com o que se deu com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor, também contribuiria, sobremaneira, para dar celeridade aos feitos, quer na esfera administrativa, quer na judicial.

De outro norte, e até porque um dos principais aspectos da responsabilidade civil pátria, que fossem editadas mais regras preventivas do que repressivas. É muito mais fácil prevenir do que remediar, vide os exemplos das legislações contra o fumo e contra o uso e bebidas alcoólicas combinadas com a direção de veículos automotores.

Educar a coletividade para que nasça em cada um de seus membros a preocupação com a salvaguarda/preservação do meio ambiente, inclusive e especialmente quanto ao cultural, porque o foco este trabalho, seria muito mais adequado, proveitoso, conveniente e menos dispendioso, do que as soluções posteriores aos danos, que como já restou acima comprovado, nem sempre atingem os objetivos.

Poderia, ainda, ser incluída, tal qual como as de trânsito, ao menos em algumas instituições de ensino, ou nas grades curriculares ou difundidas através de palestras.

Outra sugestão consiste na adoção de parcerias (como à mobilização da sociedade civil, tal como aconteceu quando do tombamento do Cine Palácio⁴⁹),

⁴⁹ “A iniciativa de propor o tombamento do Cine Palácio ao município partiu do Departamento de História da Universidade da Região de Joinville (Univille) e dos acadêmicos do primeiro ano do curso.

assim como já vêm ocorrendo quando presentes interesses aparentemente conflitantes, como o econômico e o de proteção ao meio ambiente, que podem conviver de forma equilibrada.

Aliás, nesse sentido a decisão, a transcrição abaixo, da ementa do acórdão da lavra do Desembargador Anselmo Corello, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, proferido no Agravo de Instrumento 99.016324-5, e, 05.10.200:

Restando comprovado, em processo administrativo instaurado pelo órgão de tutela ambiental competente, por ocasião da qual teve ensejo a realização de laudo pericial-técnico, que a conduta do agravante veio a importar em degradação do meio ambiente, legítimo o ato que determinou o desfazimento da obra, tida como agressora do contexto ambiental, não suscetível de postergação em homenagem aos princípios tutelares da propriedade privada”. Na decisão em apreço, em que se discutia a demolição de um muro de pedras edificado pela agravada em área de preservação da praia de Jurerê Internacional, na cidade de Florianópolis, ficou clara a supremacia da proteção ambiental sobre o interesse econômico, como se verifica do trecho a seguir transcrito: “Nessa decisão deve ser deixado límpido que a presente *quaestio* envolve, de um lado, investimento comercial e, de outro, a proteção do meio ambiente, todavia, estando nessas condições a demanda é preciso atentar para os ditames da Constituição Federal, que traça os princípios para a defesa do Meio Ambiente, no seu artigo 225, *et . seq.*, estabelecendo as restrições feitas ao exercício da propriedade, em benefício geral. Tais princípios definem o modo pelo qual será defendida a flora, a fauna, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-los para as presentes e futuras gerações, sendo recepcionados pela *Lex Fundamentalis* como garantias fundamentais, distinguindo-os dos demais direitos, como, *in casu*, a função social da propriedade, também tutelada constitucionalmente. Desconsiderada tal exigência, há possibilidade de demolição, por parte do Município, do muro, sem qualquer manifestação judicial.

Outra consistiria na real adoção e colocação em prática, por todos nós - Poder Público e coletividade - do princípio do desenvolvimento sustentável, disposto no artigo primeiro da Declaração da Organização das Nações Unidas, que expressamente prevê:

1. O direito do desenvolvimento é inalienável direito humano, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos têm reconhecido direito de participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar; e no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. 2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à

O abaixo-assinado e A pesquisa foram encaminhados pela Univille inicialmente à Promotoria Pública do município. Por questões de competência, foi remetido ao Executivo, que encarregou a Coordenadoria do Patrimônio Cultural - CPC (corpo de especialistas vinculado à Fundação cultural) que depois submeteu à Comissão do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Natural do Município para que fizesse sua análise. A comissão deliberou, por unanimidade, o tombamento do imóvel” (<http://www1.an.com.br/2002/mai/22/Ocid.htm>).

autodeterminação, que inclui o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as riquezas e recursos naturais.

Evidente que este princípio não só deve ser adotado como está em perfeita consonância com o disposto na nossa constituição vigente, podendo, perfeita e conjuntamente, ser aplicado.

É importante ressaltar que referido princípio deve ser interpretado e, assim compreendido, como um conjunto de instrumentos preventivos que afetam as práticas econômicas, científicas e educacionais na busca do bem-estar social (LEMOS, 2008).

E, segundo o entendimento de Patrícia Faga Iglesias Lemos, p. 171:

O bem que propicia o desenvolvimento econômico, social, cultural, político é o mesmo que importa para a manutenção da sadia qualidade de vida. Por isso, não tem sentido que o desenvolvimento se dê de forma desordenada e cause dano ao meio ambiente.

Ainda, a adoção do seguro de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. Alias, nesse sentido, há que se dizer que já existe referido instrumento, mas, por enquanto, só no que tange à poluição. Em 1991, o IRB - Instituto de Resseguros do Brasil - adotando os modelos da França e Itália elaborou o modelo brasileiro de apólice de responsabilidade civil por poluição ambiental (LEMOS, 2008).

Não fosse o suficiente, em sendo o meio ambiente um bem difuso e coletivo, onde não se pode determinar o número exato de pessoas lesadas, uma eventual distribuição de indenização, produto de uma ação civil pública, na maior parte das vezes, acaba por se tornar impossível. Nesse sentido, mesmo que se conseguisse referida identificação, esta, em verdade, poderia nem ser suficiente. Da mesma forma, a reconstituição do bem lesado e a devida reparação em face das pessoas efetivamente lesadas, poderiam nem ocorrer (AZEVEDO, 2000).

Desta feita, outra sugestão é no sentido de que quando a decisão judicial impuser condenação em pecúnia, ou quando o Poder Público, imputar multa, reverter esses valores para um fundo a ser efetivamente gerido por um conselho que conte com a participação de membros do Ministério Público, assim como de representantes de outros órgãos públicos e da sociedade civil, que deliberariam e decidiriam o que fazer com esse montante.

E, como o objetivo principal do fundo seria a reconstituição do próprio bem lesado, quando isso não fosse possível, que montante apurado fosse destinado à conservação ou reconstituição de outro bem cultural, mas de efetivo interesse não só dos órgãos públicos e privados, mas especialmente da parcela da sociedade civil mais atingida em face do bem ofendido.

É de certa forma o que já vem ocorrendo, no nível federal, desde que foi editada, em 21 de março de 1995, a Lei 9.008, que criou, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o artigo 13, da Lei 7.347/85, estabelecendo regras não só quanto à finalidade desses fundos, mas também quanto à sua aplicação (AZEVEDO, 2000).

Na mesma esteira o Fundo Nacional do Meio Ambiente, que visa à recuperação dos bens ambientais lesados, bem como a conservação, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, educação ambiental, manejo e extensão florestal, desenvolvimento institucional, controle ambiental e aproveitamento econômico racional e sustentável da flora e fauna naturais (AZEVEDO, 2000).

Entretanto, como essa lei atende somente à esfera federal, por analogia, observando-se as diretrizes e regras básicas, poder-se-ia criar o Fundo Municipal do Meio Ambiente, não só com o mesmo objetivo, mas para, e também, que fossem igualmente recuperados os bens ambientais culturais desta esfera governamental (AZEVEDO, 2000).

É preciso não perder de vista que o meio ambiente é um direito de todos, porque um direito coletivo e difuso que, por consequência,⁵⁰ a todos - poder público e coletividade - obriga quanto à sua salvaguarda. Assim, não só é um direito de todos nós e que por isso mesmo deve ser por todos nós exercitado, inclusive quanto à fiscalização, como nesse sentido poder público e coletividade estão imbricados, em quaisquer e seus poderes, em quaisquer de suas esferas governamentais.

E, nesse sentido, é preciso fazer com que o poder judiciário, que detém o poder coercitivo do Estado, para aplicar a lei aos casos concretos de danos ambientais, quando submetidos à sua apreciação, embora imparcial, também participe e cada vez mais ativamente. O meio ambiente é meu, é seu, é dele, é de todos nós. Aqui não se pode fazer qualquer partição (MILARÉ, 1998).

⁵⁰ Segundo Venosa (2009, p. 216), um direito que se estende difusamente sobre a coletividade e cada um de seus integrantes, pelo que não cabe na divisão entre direito público e direito privado, sendo, em verdade um terceiro gênero que a doutrina chama de direito social.

Ainda, que fossem criadas ações no sentido de realizar uma maior aproximação entre os profissionais que já labutam na seara do patrimônio cultural com os do direito, a fim de que sejam evitados equívocos como os ocorridos no procedimento de tombamento do imóvel, já citado como exemplo, que gerou a propositura da ação (038.05.062907-4) de nulidade do procedimento administrativo. O trabalho, diuturnamente, em conjunto desses profissionais certamente contribuiria, em muito, para a salvaguarda dos bens ambientais culturais.

Finalmente, embora não seja este o foco da pesquisa, mas tendo em vista a extensão da leitura que foi realizada, sugiro, ainda, apesar de entender, até porque a constituição pátria vigente não deixa dúvidas de que os bens culturais de qualquer natureza àquele integram, como já restou estabelecido ao longo de todo esse trabalho, que sejam realizadas, com urgência, alterações na legislação específica do patrimônio cultural arqueológico (Lei nº 3924 de 1961) para que, a exemplo o que ocorre em face dos bens assim intitulados, datados dos períodos pré-coloniais, os que datam do período posterior sejam igualmente amparados.

Com efeito, por mais incrível que possa parecer, a ausência desta previsão na legislação específica dos bens culturais arqueológicos ainda causa uma série de problemas na proteção destes.

Não fosse suficiente, o desrespeito para com referido patrimônio se faz presente em vários episódios, inclusive no nosso Município. Não raras vezes o mesmo, quando da realização dos estudos de impacto ambiental, que prevêem as escavações e que por isso mesmo estas também devem estar inclusas no cronograma da obra, ante qualquer atraso ou mesmo a inviabilização do empreendimento é logo apontado como o vilão, como se este bem patrimonial cultural não estivesse elevado à categoria dos demais, pelo que não precisasse ser salvaguardado.

Os bens ambientais culturais não obedecem, entre si, qualquer hierarquia. Assim como em relação aos bens ambientais não culturais e vice-versa. Todos constituem um único bem que por todos nós deve ser salvaguardado. A propósito impertinente a dicotomia constitucional realizada para descrever referida tarefa. Afinal, a coletividade também constitui o Poder Público e este àquela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de que se vive num mundo globalizado, já não mais se discute. Da mesma forma, que a humanidade está em constante evolução, pelo que o direito - conjunto de regras que regem as relações humanas de quaisquer naturezas -, sob pena de tornar-se inócuo, também deve estar, quer atualizando-se naquilo que já se encontra legalmente disposto, quer inovando-se na busca de regulamentar instituto ainda legalmente desprotegido.

Contudo, apesar de não se negar essa constante evolução do direito o certo é que mesmo quando a legislação existe e é constantemente atualizada, nem mesmo assim o instituto regulamentado acaba sendo integralmente disciplinado.

Não raras vezes nos deparamos com casos de inadequações entre a previsão legal e sua colocação em prática.

Desta feita, constantemente, se deve realizar estudos a fim de verificar se legislação e aplicação guardam perfeita harmonia, ou seja, se àquela cumpre efetivamente a finalidade a que se destina.

E é o que se pretendeu nesta pesquisa no que tange ao patrimônio cultural nacional e a responsabilização civil do ofensor dos bens que o compõem.

Como restou demonstrado, embora o patrimônio cultural esteja inserido no meio ambiente e estes expressamente regulamentados querem quanto suas salvaguardas, querem quanto à responsabilização civil de seus agressores, nem mesmo assim, utilizando, conjuntamente, as normas próprias de um e de outro - embora só a legislação ambiental já o fosse suficiente já que o meio ambiente também se compõe dos bens culturais -, os bens ambientais culturais se encontram efetivamente salvaguardados. Os episódios de degradação são uma realidade do panorama nacional.

Assim, para comprovar referida alegação, iniciou-se a pesquisa realizando, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, um estudo do que vem a ser juridicamente o patrimônio cultural brasileiro, seu conceito, as classificações dos bens que os compõe, e, principalmente, a interligação deste com o meio ambiente, donde foi possível concluir não só que os bens patrimoniais culturais, na sua totalidade, integram o meio ambiente, como que àquela devem ser aplicadas as mesmas regras, especialmente quanto à sua salvaguarda.

E, na sequência, o estudo detalhado, sob a ótica do Código Civil Brasileiro/2002, do instituto da responsabilidade civil pátria que permitiu concluir que aos agressores dos bens ambientais, não culturais e culturais, não de ser aplicadas as regras da responsabilidade civil objetiva.

Posteriormente, até porque restou latente, ante os exemplos citados, que apesar da expressa previsão legal estas nem sempre alcançam a finalidade pretendida, buscou-se, ainda, apresentar, no afã de contribuir para que estas se tornem mais eficazes, sugestões, tanto para a salvaguarda dos referidos bens, quanto, ante a ocorrência de eventos danosos, para a responsabilização civil de seus agressores, assim como para a efetiva reparação dos bens ofendidos.

Assim, dentre outras, sugeriu-se o aprimoramento dos nossos julgadores no que tange à matéria de direito ambiental cultural; a instauração e a prática de uma política educacional que vise não só difundir o que vem a ser patrimônio cultural, mas, efetivamente que este por ser um bem coletivo deve ser por todos nós - poder público e coletividade - salvaguardado, não só para os que aqui já se encontram como para as gerações futuras; a codificação da legislação já existente para este fim, para que todos os dispositivos passem a figurar num mesmo diploma legal; uma maior preocupação com o caráter preventivo da responsabilização civil pátria e não só o repressivo; não só a criação de fundos, mas a regulamentação de suas operacionalizações; uma maior aproximação entre os profissionais que já labutam na seara do patrimônio cultural com os do direito, a fim de que sejam evitados equívocos como o ocorrido no procedimento de tombamento do imóvel, citado como exemplo no capítulo três, que gerou a ação de nulidade do procedimento administrativo; a criação e divulgação, para minorar margens para dúvidas, dos critérios de seleção dos bens que passarão a integrar o rol do intitulado bens patrimoniais culturais, inclusive no que se refere às regras de tombamento; etc.

E, nesse sentido também a relevância, não só jurídica, da pesquisa que ora se apresenta. Se adotadas por qualquer de nós - poder público e coletividade - ao menos algumas dessas singelas contribuições, certamente serão maiores as chances de que as finalidades insculpidas nas normas em tela tenham maior sucesso quando colocadas em prática e, conseqüentemente, já que o foco desse estudo, os bens ambientais culturais, poderão, quem sabe, ser efetivamente salvaguardados.

Assim, estudar a legislação vigente e, ao se deparar com suas falhas, realizar sugestões para sanar suas lacunas, no afã de contribuir para que essa alcance a finalidade pretendida, não só atende às pretensões no campo da academia, face à pesquisa e, conseqüentemente, a produção de dados que podem ser utilizados como fonte de novos estudos, inclusive no mestrado em questão, como também no campo jurídico, vez que dados os avanços, permite uma melhor aplicação das regras já estabelecidas, que passarão, assim, espera-se, a cumprir de forma mais adequada o papel a que se destinam.

Não fosse suficiente, a presente pesquisa contribui, também, para que a preocupação com o tema aqui não se extinga e, desta feita, sejam intensificados os estudos no sentido de buscar o aprimoramento da legislação para que, futuramente, a salvaguarda do patrimônio ambiental cultural nacional seja uma realidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Regina, CHAGAS, Mário (orgs). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 5ª. Ed, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo, RT, 8ª ed., 2000.

BATISTA, Cláudio Magalhães. **Memória e Identidade: Aspectos relevantes para o desenvolvimento do Turismo Cultural**. Disponível em: <<http://ecoviagem.uol.com.br/fique-por-dentro/artigos/turismo/memoria-e-identidade-aspectos-relevantes-para-o-desenvolvimento-do-turismo-cultural-1333.asp>>. Acesso em: 22.07.2012.

BENJAMIN, Antônio V. Herman. **Dano ambiental – prevenção, reparação e repressão**. Coordenador Antônio V. Herman Benjamin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos**. Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3924.htm>. Acesso em: 14.10.2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto-lei que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional**. Decreto-lei n. 25, de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D25.htm>. Acesso em: 14.10.2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto-lei que Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências**. Decreto-lei n. 3551, de 04 de

agosto de 2000. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em: 14.10.2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.** Lei n. 6.938, de 31, de agosto de 1981. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938org.htm>. Acesso em 14.10.2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Constituição (1934).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 14.10.2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Constituição (1937).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 14.10.2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14.10.2011.

CANCLINI, Nestor Garcia. **Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade.** Tradução: Heloísa Pezza Cintrão, Ana Regina Lessa. São Paulo: Universidade de São Paulo, 3ª. Ed, 2000.

CHAGAS Mário, O pai de Macunaíma e o patrimônio espiritual. In ABREU, Regina, CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos.** Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 95-108.

COELHO, Teixeira. **Guerras Culturais: arte e política no novecentos tardio.** São Paulo: Iluminuras Ltda. 2000.

CUSTÓDIO, Helita Barreiro. **Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais.** Revista do Direito. Ambiental, São Paulo: RT, n. 6, ano 2, p. 17, abr./jun. 1979.

DELPHIM, Carlos Fernando de Moura. O patrimônio natural no Brasil. In: FUNARI, Pedro Paulo A., PELEGRINI, Sandra C. A., RAMBELLI, Gilson (Orgs.). **Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais**. São Paulo: Annablume: FAPESP; Campinas: NEPAM, 2009, p. 167-186.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: ATLAS, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ERREGUERENA, Pilar Luna. A importância do anexo da Convenção da UNESCO sobre a proteção do patrimônio cultural subaquático para a produção do conhecimento arqueológico. In: FUNARI, Pedro Paulo A., PELEGRINI, Sandra C. A., RAMBELLI, Gilson (Orgs.). **Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais**. São Paulo: Annablume: FAPESP; Campinas: NEPAM, 2009, p. 47-57.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. Curitiba: Posigraf, 2004.

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

GUIMARÃES, Deocleciano Torriere. **Dicionário jurídico**. 7ª. ed. São Paulo: Editora Riedel, 2004.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11º. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

LE MOS, Patrícia Fraga Iglecias. **Direito Ambiental: Responsabilidade Civil e proteção ao meio ambiente**. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Tradução de Bernardo Leitão. 5ª. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

LIMA FILHO, Manoel Ferreira, ECKERT, Cornelia, BELTRÃO, Jane Felipe. **Antropologia e patrimônio cultural: diálogos e desafios contemporâneos**. Blumenau: Nova Era, 2007.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário LUFT**. São Paulo: Ática, 14ª. Ed., 1998.

MACHADO, Jurema. A UNESCO e o Brasil: trajetória de convergências na proteção do patrimônio cultural. In: FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra C. A.; RAMBELLI, Gilson. **Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais**. São Paulo: Annablume: FAPESP; Campinas: NEPAM, 2009, p. 131-144.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENEZES, Ulpiano Bezerra de. **O patrimônio cultural entre o público e o privado**. In: Secretaria Municipal de Cultura. O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, 1992.

MILARÉ, Édis. **O Ministério Público e a responsabilidade civil do profissional nas atividades modificadoras do meio ambiente**. RT 623/31.32, 1987.

OLIVEN, Ruben George. Patrimônio intangível: considerações iniciais. In: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 77-80.

PÁDUA, Suzana M., ACETI JR., Luiz Carlos, TOMÉ, Maria Vitória F., **Conservação e Preservação? NET**, s/d. Disponível em: <<http://redeambiente.org.br/Opinião.asp?artigo+57>>. Acesso em: 07.07.2011.

PAIM, Elison Antonio. Artes da rememoração: dialogando com percepções de memória. In: **Revista do Arquivo Histórico de Joinville**, v.1, Joinville: Fundação Cultural de Joinville., 2007, p. 157-188.

PATERSON, Robert K.. Os bens culturais materiais dos povos indígenas: a repatriação e a lei doméstica. In: FUNARI, Pedro Paulo A., PELEGRINI, Sandra A. C., RAMBELLI, Gilson (Orgs.). **Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais**. São Paulo: Annablume: FAPESP; Campinas: NEPAM, 2009, p. 15-30.

PELEGRINI, Sandra A. C.. A salvaguarda e sustentabilidade do patrimônio imaterial brasileiro: impasses e jurisprudências, In: FUNARI, Pedro Paulo A., PELEGRINI, Sandra A. C., RAMBELLI, Gilson (orgs.). **Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais**. São Paulo: Annablume: FAPESP; Campinas: NEPAM, 2009, p. 99-118.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Wagner Costa; ZANIRATO, Silvia Helena Zanirato. O patrimônio natural sob proteção. In: FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra C. A.; RAMBELLI, Gilson. **Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais**. São Paulo: Annablume: FAPESP; Campinas: NEPAM, 2009, p. 219-242.

SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais proteção e restrições**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Museu Imperial: a construção do Império pela República. In: ABREU, Regina, CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 111-131.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998

SOUSA, Márcia Cristina da Silva. **Ser ou não ser: a memória dos cinemas de rua como patrimônio cultural do Rio de Janeiro**. NET, Rio de Janeiro, s/d. Associação Nacional de História – ANPUH/RJ. Disponível em: <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1275356348_ARQUIVO_Anpuh2010marciabessaversaofinal.pdf> Acesso em: 15.10.2011.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ed. 7ª, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salva. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.