
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E PATRIMÔNIO CULTURAL: OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL QUANTO À RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Lucianne Spíndola Neves

SUMÁRIO; Introdução; 1 Patrimônio Cultural; 1.1 Conceito; 1.2 Do Patrimônio Cultural como aspecto do meio ambiente; 1.3 Do direito à preservação do Patrimônio Cultural como Direito Fundamental e Difuso; 2 Da responsabilidade civil pelos danos ao Meio Ambiente Cultural; 2.1 Do Regime de responsabilidade civil ambiental; 2.2 análise da responsabilidade civil ambiental do Poder Público no caso da Santa Casa de Misericórdia do Recife; 3 Dos limites do controle judicial a partir da aplicação dos Princípios da Participação Popular e da Função Social da Propriedade; 3.1 Princípio da Participação Popular; 3.1 Princípio da Função Social da Propriedade; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O direito à preservação do patrimônio cultural constitui direito fundamental e difuso, do que se deduz a existência de deveres indeclináveis tanto do Poder Público quanto da comunidade, na consecução deste objetivo constitucional. Este estudo tem como objetivo envidar a análise acerca da responsabilidade do Poder Público por danos ao patrimônio cultural em decorrência da omissão no dever constitucional de promover medidas de conservação e manutenção dos bens culturais, abordando especificamente a hipótese dos imóveis pertencentes a particulares, protegidos por meio do tombamento. Para que se pudesse proceder à referida análise, procurou-se apresentar as características do regime de responsabilidade civil ambiental, promovendo o exame de um caso concreto, com a avaliação de quais seriam os limites do controle judicial no tocante à responsabilização estatal. Por fim, conclui-se que os princípios constitucionais da participação popular e da função social da propriedade seriam limites legítimos e objetivos, cabendo ao Poder Judiciário considerá-los na apreciação da responsabilidade do Estado, assim viabilizando a concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Cultural. Responsabilidade Do Estado. Controle Judicial. Limites. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT: The right to preservation of cultural heritage is essential and diffuse right, which infers the existence of irrefutable obligation of both the Public Authorities and the community in achieving this constitutional intention. This study aims to make the analysis about the responsibility of the Public Authorities for damage to cultural heritage, due to the omission in the constitutional duty to promote conservation and preservation of cultural property, dealing specifically the hypothesis of property belonging to individuals under the Government trust. In order to make this analysis, it has tried to present the characteristics of the system of environmental liability by promoting consideration of a case, with the evaluation of the limits of judicial review concerning the state responsibility. Finally, it is concluded that the constitutional principles of popular participation and social function of the property would be the objective and limits, leaving the Judiciary consider them in assessing the responsibility of the State, so enabling the realization of fundamental rights.

KEYWORDS: Cultural Heritage. State Responsibility. Judicial Review. Limits. The Constitutional Principles.

INTRODUÇÃO

A preservação do patrimônio cultural constitui objetivo constitucional de relevância ímpar, posto que assegura a construção da identidade nacional, sendo expressão de realização da dignidade da pessoa humana.

A Constituição de 1988 considerou como patrimônio cultural todos os bens que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, compreendendo uma gama muito rica e diversificada de bens.

Contudo, o presente estudo pretende abordar tão somente controvérsia pertinente aos bens imóveis pertencentes a particulares e protegidos por meio do tombamento, especificamente quanto à responsabilidade pela reparação dos danos provocados aos bens culturais em face da omissão no cumprimento do dever de adotar providências visando à sua conservação e manutenção.

O Poder Público tem o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, §1º da Constituição Federal¹), portanto, tem o dever de fiscalizar e impedir a ocorrência de danos aos bens culturais.

Sendo assim, em face da efetiva lesão a bens imóveis tombados pertencentes a particulares, há que se perquirir quais os pressupostos para que configurada a responsabilidade do Poder Público na reparação do dano ambiental, bem como quais seriam os limites de atuação do Poder Judiciário no tocante à responsabilização estatal.

Neste particular, é importante delinear as principais características do regime de responsabilidade civil ambiental.

Para melhor retratar a controvérsia, mostra-se salutar a análise de um caso concreto, razão pela qual o exame da reponsabilidade pela conservação de bens imóveis tombados pertencentes à Santa Casa de Misericórdia do Recife tem o condão de permitir amplas considerações sobre o arcabouço constitucional pertinente à matéria.

O caso é representativo, posto que para a sua solução, o juízo monocrático imputou ao Poder Público a responsabilidade pela reparação do dano ambiental, mesmo não presente a comprovação de nexo causal entre o dano e eventual omissão estatal, tomando em consideração única e exclusivamente a legislação infraconstitucional.

Efetivamente, há que se reconhecer que geralmente a análise das controvérsias que cercam o tema está concentrada na interpretação e aplicação do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937².

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2013..

2 BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Rio de Janeiro, 1937. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

À primeira vista, poder-se-ia concluir que o aludido diploma legal, por ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, estaria regulamentando a matéria satisfatoriamente, conferindo à controvérsia uma resposta adequada.

No entanto, defende-se que para o exame da matéria há que se promover análise minuciosa quanto aos princípios da participação da comunidade e da função social da propriedade, para que se possa definir a leitura a ser realizada quanto ao teor do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937³, o que por sua vez indicará os limites do controle judicial na hipótese.

O presente estudo tem a pretensão de abordar estes aspectos, sendo que o trabalho encontra-se estruturado para em um primeiro momento delimitar o conceito de patrimônio cultural, buscando demonstrar que a noção de meio ambiente abrange a dimensão cultural.

De outro lado, será relevante explicitar que a preservação do patrimônio cultural constitui direito fundamental e difuso, fundamentado na solidariedade, o que acarreta importantes implicações que serão adiante melhor analisadas.

A seguir, buscou-se fornecer um panorama geral quanto ao regime de responsabilidade civil ambiental, com enfoque no Poder Público, bem como, qual a solução apontada no caso concreto submetido à apreciação no presente trabalho, solução que não observa o arcabouço constitucional.

Por fim, foram apontadas as razões pelas quais os princípios da participação e da função social da propriedade figuram como limites na atuação do Judiciário na apreciação da responsabilização estatal, bem como porque a decisão proferida no juízo monocrático não representou uma resposta adequada à Constituição, tendo em vista que afastou a concretização de direitos fundamentais.

1 PATRIMÔNIO CULTURAL

1.1 Conceito

Para que se possa conceituar o patrimônio cultural, faz-se necessário preliminarmente tecer considerações acerca das noções de cultura e de patrimônio.

No que diz respeito à cultura, seu conceito é extremamente amplo, podendo ser compreendido sob inúmeros aspectos.

Edward Tylor, citado por Ana Maria Moreira Marchesan⁴, sintetizando estudos precedentes sobre tema, foi o primeiro a ventilar o

³ BRASIL, 1937.

⁴ 2007. p. 18.

conceito antropológico de cultura, que corresponderia ao “complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade.”

A cultura não existe isolada do mundo natural e se o patrimônio natural é indispensável para a sobrevivência física da humanidade, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos⁵.

Partindo deste mesmo enfoque, Miguel Reale⁶ apresenta o seguinte conceito para a cultura:

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

Por outro lado, no senso comum, dentre inúmeras possibilidades, o conceito de cultura ora pode está relacionado a estudo, a educação, a formação escolar, ora associado a manifestações artísticas (pintura, música, dentre outros), por vezes identificado com meios de comunicação de massa ou mesmo referir-se às festas, às tradições, ao modo de ser e viver de um povo⁷.

Do quanto exposto, deduz-se que a capacidade de desenvolver cultura é peculiar ao ser humano, constituindo um traço diferenciador em relação aos demais animais, e mais, é algo dinâmico, que está em constante modificação e evolução.

Outrossim, há que se esclarecer que ao se fazer menção ao termo patrimônio, não se deve interpretá-lo tomando como parâmetro a concepção civilista que considera que “O patrimônio é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão-só os direitos pecuniários.”⁸

Aqui o que se está mensurando é o valor cultural do bem, a importância que ele representa para a preservação da memória, ação e identidade nacional e não seu valor pecuniário.

Quanto à matéria, importante trazer à colação os seguintes ensinamentos doutrinários:

5 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. revista e atualizada, Curitiba: Juruá, 2009. p. 16.

6 1991. p. 25-26.

7 RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Aspectos polêmicos em torno do patrimônio cultural*. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 90.

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 311.

O patrimônio é antes um conjunto de coisas que têm valor e não necessariamente o que tem valor econômico. É uma riqueza, sem dúvida. O direito consagra hoje, afastando-se de uma visão predominantemente privatista, economicista, inúmeros valores que vão além das garantias individuais em relação à propriedade, disputas por riquezas, sejam elas dinheiro ou terra, questões que por muito tempo ocupavam lugar central no cenário jurídico.

Os aspectos morais ganharam espaço, de maneira que é possível intentar, com boas promessas de êxito, ação que vise reparação por dano moral. Assim, vemos positivados valores como a preservação da imagem, a preservação do meio ambiente e, nesse contexto, a cultura. É certo também que a reparação por um dano a esses valores pode passar pela mensuração econômica, mas encontra-se definitivamente afastada do direito a ideia de que o patrimônio corresponda estritamente a valores econômicos.

Se considerado na esfera do direito privado, tradicionalmente o patrimônio correspondeu a valores econômicos, mas com a evolução do direito, não só passou-se a considerar a existência de um patrimônio moral, como surgiu o patrimônio enquanto riqueza coletiva, tal qual o patrimônio ambiental, que como coloca MICHEL PRIEUR, se aplica tanto a natureza como à cultura.⁹

Portanto, pode-se asseverar que o conceito de cultura é indubitavelmente mais abrangente que o de patrimônio cultural, referindo-se o último conceito tão somente àqueles bens que se apresentam representativos e evocativos da história e cultura de determinada sociedade¹⁰.

Desta feita, nem todas as manifestações que se enquadram no conceito de cultura estão abarcadas no conceito de patrimônio cultural sob pena de evidente prejuízo à evolução cultural.

Neste sentido:

Preservar toda intervenção cultural humana na natureza ou toda manifestação cultural é um absurdo e uma contradição, porque à guisa de proteger as manifestações passadas, se estaria impedindo que a cultura continuasse a se manifestar. Implicaria não admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como preservar intocado o meio ambiente natural, seria matar a vida. Se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas, não haveria a possibilidade de evolução ou desenvolvimento social.

9 REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 88-89.

10 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. revista e atualizada, Curitiba: Juruá, 2009. p. 21-22.

Se a sociedade preservasse integralmente, sem mudanças, o processo têxtil - que é uma intervenção cultural humana -, é possível que a máquina a vapor não fosse criada, em substituição às velhas técnicas manuais de fiação; sem a máquina a vapor, não haveria indústria moderna, nem o motor a explosão, nem tratores, nem aviões, o que poderia comprometer a produção em escala e, em consequência, a própria sobrevivência do homem sobre a Terra.¹¹

Embora a preservação do patrimônio cultural brasileiro tenha sido prevista no ordenamento constitucional nacional desde a Constituição brasileira de 1934, pode-se asseverar que a atual Carta Magna conferiu à matéria tratamento inovador.

Isto posto, com fundamento nos parâmetros consagrados na Constituição de 1988, somente integram o patrimônio cultural brasileiro aqueles bens materiais e imateriais, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹²).

Percebe-se que ao estender a proteção jurídica dos bens culturais a todos aqueles que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira, optou-se pelo pluralismo cultural, o que tem o condão de dispensar a necessidade do bem cultural revestir-se de excepcionalidade, afastando qualquer tentativa de valoração elitista quanto à identificação dos bens culturais.

Necessário igualmente destacar que o rol mencionado no art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³ não é exaustivo, posto que o que efetivamente define se um bem integra o patrimônio cultural brasileiro é ser detentor da significação especial mencionada no dispositivo constitucional.

Diante destas considerações, conclui-se que o patrimônio cultural brasileiro constitui o conjunto de bens materiais e imateriais detentores de referência e testemunho à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, merecendo especial proteção, em benefício das presentes e futuras gerações.

1.2 Do patrimônio cultural como aspecto do meio ambiente

Não há um consenso doutrinário acerca do conceito de meio ambiente, que pode ser definido de forma mais estrita ou ampla.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida como direito fundamental, podendo-se

11 SOUZA FILHO, op. cit., p. 21.

12 BRASIL, 1988.

13 BRASIL, 1988.

inferir do arcabouço constitucional pertinente à matéria que consagrou a ampliação do conceito de meio ambiente (art. 225, *caput*¹⁴).

Neste contexto, cumpre mencionar que o inciso I do art. 3º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981¹⁵, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, define o meio ambiente como “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;”, definição que embora tenha sido formulada antes da Constituição de 1988, com ela se mostra compatível.

Neste diapasão, entende-se que a noção de meio ambiente abrange tanto os elementos naturais, quanto culturais e artificiais, incluindo-se também o meio ambiente do trabalho, imprescindíveis à existência e preservação da vida.

Quanto ao tema, importante colacionar o seguinte texto:

1.1.A concepção unitária de meio ambiente

Não são poucos os que confundem meio ambiente com natureza, concluindo equivocadamente que somente os bens naturais (recursos hídricos, fauna, flora, ar, etc.) integram o conjunto de elementos componentes do meio ambiente.

Entretanto, o meio ambiente é a interação do conjunto de todos os elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em suas variadas formas, constituindo a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande toda a vida, inclusive a humana.

Por isto, para os fins de proteção, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, espeleológico, paleontológico, além dos espaços urbanos construídos.¹⁶

Essa concepção ampla e unitária de meio ambiente é expressamente consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se mencionar como exemplos que podem corroborar a presente assertiva, o teor da Seção IV do Capítulo V da Lei nº 9.605, de 1998¹⁷ e inciso XII do art. 2º da Lei nº 10.257, de 2001¹⁸.

14 BRASIL, 1988.

15 BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Brasília, 1981. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

16 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 480 p. 17.

17 BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Brasília, 1998. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

18 BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Brasília, 2001. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

A jurisprudência também consagra referida concepção¹⁹:

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

É importante ressaltar a adoção desta concepção unitária de meio ambiente, posto que consoante demonstrar-se-á a seguir, os questionamentos referentes ao regime jurídico aplicável à responsabilidade civil pelos danos causados ao patrimônio cultural necessariamente devem ter em consideração este fator.

1.3 Do direito à preservação do patrimônio cultural como direito fundamental e difuso

O direito à preservação do patrimônio cultural inclui-se na categoria dos direitos fundamentais de terceira geração²⁰ ou terceira dimensão²¹, conforme a concepção adotada²².

19 STF, ADI-MC nº 3.540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01.09.2005. Plenário, DJ de 03-02-2006.

20 Esta concepção está bastante arraigada na doutrina nacional, podendo-se mencionar os seguintes autores que adotam este posicionamento: Paulo Bonavides (2001. p. 516-526), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004. p. 6 e 57-69), Pedro Lenza (2005. p. 466), Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008. p. 233-234). No mesmo sentido: *MS 22.164*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995 e RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995.

21 Os defensores desta concepção apontam para a inadequação do termo geração, por considerar que o mesmo pode induzir ao equívoco de se supor que uma geração substituiria a outra, quando na verdade o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem caráter de um processo cumulativo e não de alternância. Conferir quanto ao tema: SARLET, 2005. p. 53 e TAVARES, 2003. p. 368.

22 Qualquer que seja a concepção, entende-se que o que efetivamente não merece prosperar é a adoção de uma visão compartimentada dos direitos fundamentais, posto que tal proceder implicaria em afastar a natureza complementar dos mesmos, bem como o reconhecimento de sua unidade e indivisibilidade.

São também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, correspondendo desta forma aos denominados interesses ou direitos difusos. Nesta categoria, a titularidade é coletiva, e em muitos casos indefinida e indeterminável²³.

Depreende-se que os direitos fundamentais da referida natureza por possuir caráter metaindividual²⁴, no que se refere à sua proteção demandam esforços que transcendem limites territoriais dos Países instituídos, e mais, à medida que consagram o postulado da solidariedade denotam a existência de compromissos intergeracionais²⁵.

Tendo em vista estas ponderações, inevitável concluir que tais direitos fundamentais demandam a adoção de novos mecanismos de proteção.

No que diz respeito ao objeto do nosso estudo, percebe-se que o regime de responsabilidade tradicional fundado na teoria da culpa não se apresenta satisfatório quanto à efetiva proteção do meio ambiente, em todos os seus aspectos, mormente se considerado que o direito ambiental tem cunho preponderantemente preventivo.

Além disso, não se pode olvidar que a sociedade contemporânea é por demais complexa, o que também provoca significativos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. Neste sentido, o seguinte escólio:

Pode-se afirmar que a sociedade moderna criou um modelo de desenvolvimento tão complexo e avançado, que faltam meios capazes de controlar e disciplinar esse desenvolvimento. Segundo Beck, “as sociedades modernas são confrontadas com as bases e com os limites do seu próprio modelo”.

Em termos similares, Giddens diz que o risco é a expressão característica de sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia. De fato, nessas afirmações, questiona-se a própria prudência e cautela da ciência em lidar com as inovações tecnológicas e ambientais, que, mesmo trazendo benefícios, estão causando riscos sociais não mensuráveis.

A falta de conhecimento científico e a sua incerteza implicam uma disfunção, podendo ocasionar, segundo Beck, duas formas de risco ecológico possíveis, sobre os quais o Estado atua, de forma paliativa, como mero gestor do controle de riscos:

23 FURLAN, Anderson; FRACALÓSSI, William. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 783. p. p. 53.

24 Neste sentido: “A Constituição tutela o direito à proteção e fruição do patrimônio cultural sob a forma de interesse difuso (necessidade comum a conjuntos indeterminados de indivíduos), que somente pode ser satisfeita numa perspectiva comunitária, vez que o patrimônio cultural, enquanto valor inapropriável, pertence a todos ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa.” (MIRANDA, 2012. p. 324).

25 Ver: ADI 1856/RJ, Rel. Min. *Celso de Mello*, julgamento em 26-05-2011. Plenário, *DJe* de 14-10-2011.

risco concreto ou potencial (visível e previsível pelo conhecimento humano);

risco abstrato (invisível e imprevisível pelo conhecimento humano), significando que, apesar de sua invisibilidade e imprevisibilidade, existe a probabilidade de o risco existir via verossimilhança e evidências, mesmo não detendo o ser humano a capacidade perfeita de compreender esse fenômeno.

Dessa forma, é certo que toda essa difusão subjetiva, temporal e espacial das situações de risco e perigo conduz a pensar o meio ambiente de forma diferente, superando o modelo jurídico tradicional. Nesse sentido, o risco, atualmente, é um dos maiores problemas enfrentados quando se objetiva uma efetiva proteção jurídica do meio ambiente.²⁶

Diante do dever constitucional de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, exsurge a necessidade de consolidação de mecanismos mais compatíveis com a natureza desses direitos fundamentais.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AO MEIO AMBIENTE CULTURAL

2.1 Das principais características do regime de responsabilidade civil ambiental

Segundo Sérgio Cavalieri Filho²⁷, resta configurado o ilícito sempre que se viola um dever jurídico, e esta violação, via de regra, acarreta um dano a outrem, o que por sua vez, implica na criação de um novo dever jurídico, o de reparar o dano.

Desta feita, haveria um dever jurídico originário e um dever jurídico sucessivo, que consistiria em indenizar o dano²⁸, acrescentando-se que este dever jurídico originário, passível de violação, decorre de convenção ou de norma jurídica.

Isto posto, a responsabilidade consistiria na obrigação de reparar o dano decorrente da ação ou da abstenção lesiva à esfera jurídica de outrem, em face da violação de dever jurídico previsto em norma jurídica ou convenção.

26 LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157-232. p. 158-159.

27 CAVALIERI FILHO, 2004. p. 23-24.

28 "Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida" (CAVALIERI FILHO, 2004. p. 24).

No que diz respeito ao meio ambiente cultural, o dever de proteger o patrimônio cultural brasileiro encontra-se expressamente consagrado no §1º do art. 216 da Constituição Federal²⁹.

Ademais, especificamente quanto ao patrimônio cultural imobiliário, o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937³⁰ desponta como norma protetiva ao impor uma série de obrigações aos proprietários dos imóveis tombados, tais como: a) dever de não destruir, demolir, deteriorar, mutilar ou inutilizar o bem tombado³¹; b) dever de solicitar ao Poder Público autorização para reparar, pintar ou restaurar o imóvel tombado³²; c) dever de solicitar autorização ao Poder Público para colocação de anúncios e cartazes no bem tombado³³; d) dever de comunicar a necessidade de reparar o bem tombado³⁴; e) dever de comunicar ao Poder Público a intenção de vender a coisa tombada³⁵.

Portanto, a infração a qualquer das obrigações consagradas nas normas protetivas impõe ao infrator a responsabilidade em reparar o dano perpetrado.

Por outro lado, consoante já mencionado, a noção de meio ambiente abrange tanto os elementos naturais quanto culturais imprescindíveis à existência e preservação da vida e é por esta razão que a responsabilidade civil ambiental por dano ao meio ambiente cultural também encontra fundamento de validade no disposto no §3º do art. 225 da Constituição Federal³⁶, que assim dispõe:

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada pela ordem jurídica atual, estipulou os delineamentos do regime de responsabilidade civil ambiental, conforme teor do seu §1º do art. 14 (Lei nº 6.938/81³⁷), a saber:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste 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. O Ministério Público da União e dos Estados

29 BRASIL, 1988.

30 BRASIL, 1937.

31 Art. 17, caput do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

32 Art. 17, caput do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

33 Art. 18, caput do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

34 Art. 19, caput do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

35 Art. 22, §1º do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

36 BRASIL, 1988.

37 BRASIL, 1981.

terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Primeiramente, há que se frisar que o mencionado dispositivo se aplica tanto ao meio ambiente natural quanto cultural, sendo que em relação ao último, as agressões podem ser enquadradas no disposto nas alíneas “a”, “b” e “d” do inciso III do art. 3º da Lei nº 6.938/1981³⁸.

Outrossim, infere-se do teor do aludido dispositivo legal, os seguintes desdobramentos: a) houve a expressa consagração do princípio do poluidor-pagador³⁹; b) restou estabelecido o regime de responsabilidade civil objetiva⁴⁰; e; c) acolheu-se o princípio da reparação integral do dano ambiental.

A responsabilidade civil ambiental relaciona-se intrinsecamente com o princípio do poluidor-pagador, segundo o qual o causador do dano ambiental deve responder pelas consequências de sua ação ou omissão.

Segundo Édis Milaré, este princípio assenta-se na vocação redistributiva do Direito Ambiental, inspirando-se na teoria econômica de que os custos sociais externos inerentes ao processo produtivo devem ser internalizados, a saber:

Busca-se, no caso, imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. Em termos econômicos, é a internalização dos custos externos⁴¹.

A aplicação do aludido princípio além de contribuir para a recomposição, também possui efeitos preventivos, à medida que se reveste de providência socioeducativa, sendo importante destacar que não representa uma autorização para poluir, mediante o pagamento da respectiva compensação, uma vez que todos os esforços devem ser envidados para impedir a ocorrência de danos ambientais, ante a possibilidade de sua irreversibilidade.

Por outro lado, nota-se que a responsabilidade objetiva está fundamentada no risco inerente à atividade.

Por se tratar de responsabilidade objetiva, a responsabilidade civil ambiental pressupõe o atendimento dos seguintes requisitos: a) ocorrência do dano ambiental; b) ação ou omissão, e; c) nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva e o dano ambiental.

38 BRASIL, 1981.

39 Art. 14, §1º da Lei nº 6.938/1981(BRASIL, 1981) e art. 225, §3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

40 Com o advento da Constituição Federal de 1988 operou-se a constitucionalização da responsabilidade civil objetiva em caso de danos nucleares. Cf. art. 21, XXIII, d, BRASIL,1988.

41 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 1.024. p. 142.

Nesta sistemática, prescindível a perquirição quanto à culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ou dolo do causador para a imposição do dever jurídico de reparar o dano ambiental⁴².

Prevalece na doutrina brasileira a defesa da responsabilização objetiva de acordo com a teoria do risco integral⁴³, sendo de se destacar que a adoção da referida teoria apresenta inúmeras implicações, dentre elas, a irrelevância da licitude da atividade e a inaplicabilidade de excludentes de responsabilidade⁴⁴.

Ao não admitir a aplicação das excludentes de responsabilidade, percebe-se que segundo referida teoria há uma atenuação do relevo do nexos causal⁴⁵.

Acrescente-se que em razão da indivisibilidade do dano e em decorrência do regime de responsabilidade objetiva adotado pelo legislador, aplicam-se as regras da solidariedade.

Infere-se igualmente do que dispõe o §1º do art. 14 da Lei nº 6.938/1981⁴⁶, ao não fazer referência a uma indenização tarifária, que a responsabilidade por danos ao patrimônio cultural além de objetiva, deve ser integral, abrangendo inclusive eventual reparação por danos morais coletivos, caso configurada por exemplo, a destruição de um bem cultural.

A responsabilidade do Poder Público por danos ambientais, aí incluídos os danos ao patrimônio cultural, também deve ser considerada objetiva, posto que além do art. 14, §1º da Lei nº 6.938/81⁴⁷, sustenta tal entendimento o teor do art. 37, §6º da Constituição Federal⁴⁸, a saber:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.⁴⁹

Depreende-se do teor do dispositivo constitucional que para se configurar a responsabilidade estatal há que se comprovar o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido, do que se deduz

42 De acordo com a responsabilidade subjetiva, fundamentada na teoria da culpa, conforme se infere do art. 186 e caput do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2002), que institui o Código Civil, para que se possa configurar a responsabilidade do causador do dano, há que se comprovar também a ocorrência do dolo ou da culpa.

43 FURLAN; FRACALOSSI, 2010. p. 511.

44 Inobstante a doutrina majoritária entenda que qualquer dano ambiental deva gerar indenização, sem possibilidade de aplicação de excludentes, a jurisprudência inclina-se a aceitá-las (FURLAN; FRACALOSSI, 2010. p. 514).

45 "A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexos causal." (CAVALIERI FILHO, 2004. p. 147)

46 BRASIL, 1981.

47 BRASIL, 1981.

48 BRASIL, 1988.

49 Ver também, art. 43 do Código Civil: "Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo." BRASIL, 2002.

que são admitidas as excludentes de responsabilidade, tais como, culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito⁵⁰, posto que nestes casos não haveria como comprovar que o dano decorre de atos praticados pelos agentes do Poder Público no exercício de suas funções estatais.

Outra conclusão inevitável é a de que não se consagrou a teoria do risco integral, sendo mais apropriado falar-se em responsabilidade objetiva pelo risco administrativo⁵¹, posto que a responsabilidade somente se faz presente quanto os agentes públicos, por ação ou omissão, houverem dado causa aos danos⁵².

Não se suscita maiores controvérsias nos casos de condutas comissivas, contudo, o mesmo não se pode dizer quanto à responsabilização do Poder Público em caso de condutas omissivas, em que não existe consenso acerca do regime de responsabilidade, se de natureza objetiva⁵³ ou subjetiva⁵⁴.

50 No caso de dano ambiental, não seria pertinente cogitar de culpa exclusiva da vítima. Quanto ao tema: "Cuida-se, então, da responsabilidade objetiva pelo risco administrativo, admitindo-se as excludentes de caso fortuito e força maior, pois, em matéria de dano ambiental, consubstancia evidente impropriedade técnica aludir em eventual culpa exclusiva da vítima, a não ser que se considere que o próprio meio ambiente cause dano ambiental, o que não deixaria de ser força maior." (FURLAN; FRACALOSSO, 2010, p. 520).

51 "A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50)." RE 109615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-05-1996, Primeira Turma, DJ de 02-08-1996.

52 Interessante mencionar a advertência formulada por Paulo Afonso Leme Machado (2013, p. 421), segundo o qual ainda que se aceitem como excludentes a força maior e o caso fortuito, há que se examinar o caso concreto, a fim de perquirir se os efeitos destes fatos poderiam ser evitados e impedidos, nos moldes do parágrafo único do art. 393 do Código Civil (BRASIL, 2002).

53 Neste sentido: "3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva)." REsp 604725/PR, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 21-05-2005, Segunda Turma, DJ de 22-08-2005, p. 202.

54 Conferir: "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

Ao se proceder à análise do dispositivo constitucional que versa especificamente sobre a responsabilidade do Estado, nota-se inexistir qualquer ressalva quanto à responsabilidade subjetiva em caso de omissão estatal lesiva.

Desta feita, acredita-se que quer se trate de ação ou omissão, a responsabilidade estatal há que ser considerada objetiva, contudo, tendo em vista que não se consagrou a teoria do risco integral, e sim, do risco administrativo, a imposição do dever jurídico de reparar o dano depende da comprovação de que a inércia administrativa foi a causa para a ocorrência do evento lesivo⁵⁵, portanto, há que se fazer presente o nexo causal.

Neste sentido, quanto à necessidade de comprovação do nexo causal, vale transcrever⁵⁶:

E M E N T A: RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento

sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.” REsp 647493/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgamento em 22-05-2007, Segunda Turma, DJ de 22-10-2007, p. 233.

55 FURLAN; FRACALOSSI, 2010. p. 522.

56 RE 481110 AgR/PE, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06-02-2007, Segunda Turma, DJ de 09-03-2007.

do agente e o “*eventus damni*”, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. – A comprovação da relação de causalidade – qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) – revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. – Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 – RTJ 186/703 – Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes. – Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente. Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias.⁵⁷

Segundo Furlan e Fracalossi, pela análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, infere-se que a responsabilização em caso de omissão seria objetiva, exigindo-se, contudo, a comprovação do nexo causal – direto e imediato – entre a omissão do Estado e o dano⁵⁸.

É necessário informar que há posicionamento que embora reconheça a necessidade de comprovação do nexo causal, entende que não se exige que ele seja direto e imediato, posto que bastaria para caracterizar a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, que a causa seja suficiente ou concorrente⁵⁹.

57 Pode-se mencionar outro julgado mais recente que consagra o mesmo entendimento, ou seja, que a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva, e mais, que há necessidade de comprovação do nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade. STF, AI 724098 AgR-segundo/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 16.04.2013, Segunda Turma, DJe de 26.04.2013.

58 2010. p. 522.

59 *PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ADOÇÃO COMO RAZÕES DE DECIDIR DE PARECER EXARADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 4.771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ARTS. 3º, IV, C/C 14, § 1º, DA LEI 6.938/81. DEVER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO.* 1. A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, “seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil” (REsp 1.071.741/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010). 2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não “determinante” (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a “concretização ou o agravamento do dano” é juízo que envolve exame das circunstâncias fáticas da causa, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ. 3. Agravos regimentais desprovidos. (AgRg no REsp 1001780 / PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em 27-09-2011, Primeira Turma, DJe de 04-10-2011.)

Feitas estas considerações, importante fazer a seguir uma exposição acerca responsabilidade civil do Poder Público na hipótese de reparação de dano ao patrimônio cultural, a partir do estudo de um caso concreto, averiguando como se deu o controle judicial na situação levada à sua apreciação.

2.2 Análise da responsabilidade civil ambiental do Poder Público no caso da Santa Casa de Misericórdia do Recife

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face da Santa Casa de Misericórdia do Recife, com o objetivo de condenar a ré na obrigação de fazer, consistente na restauração integral de imóveis de sua propriedade situados no bairro do Recife Antigo, imóveis estes tombados pela União⁶⁰.

Desde já, cumpre esclarecer que o ajuizamento da ação somente foi possível em face do exercício do poder de polícia pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN que promoveu intensa fiscalização, colacionando ao processo instaurado no âmbito administrativo, vasta documentação, com posterior comunicação ao Ministério Público Federal.

No entanto, esgotadas as tratativas no âmbito administrativo, sem qualquer êxito, no que toca à reparação do dano ao patrimônio cultural verificado, posto que a proprietária dos bens culturais escusava-se do cumprimento do dever constitucional de promover a proteção do patrimônio cultural brasileiro, o IPHAN cientificou o *parquet* acerca das irregularidades, que por sua vez, ingressou com a ação civil pública em face da proprietária dos imóveis.

O IPHAN requereu seu ingresso no polo ativo da lide, como assistente, tendo sido o pleito deferido⁶¹.

A Ré, em sua defesa, suscitou não possuir recursos para que de forma continuada pudesse investir na conservação dos seus imóveis, posto que se assim procedesse prejudicaria a execução de suas atividades fins.

60 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5. Região, EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO -APELREEX3866-PE (0009930-90.2003.4.05.8300). Embargante: Ministério Público Federal. Embargados: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, União e Santa Casa de Misericórdia. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgado em 20 de março de 2013. Publicado em 03 de abril de 2013. Disponível em <http://www.trf5.jus.br/archive/2013/04/200383000099303-01_20130402_5044001.pdf>. Acesso em 22 de outubro de 2013.

61 Confira-se o teor da decisão interlocutória proferida em 17/10/2003: "Defiro a integração do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN no pólo ativo, como mero Assistente do Ministério Público Federal - MPF, conforme requerido pelo referido Instituto na petição de fls. 138, devendo, como tal, ser atuado na distribuição. Após, considerando o certificado às fls. 140, intime-se o MPF sobre a Contestação apresentada, bem como sobre o teor do despacho de fls. 135."

Chama a atenção as contradições em que a Ré incorreu, posto que ao mesmo tempo em que alegou a inexistência de recursos, informou que desenvolvia projetos para a conservação dos imóveis e que os reparos nos imóveis tombados seriam pontuais, e mais, que poderia entrar em contato com o Município de Recife e o IPHAN para a execução dos serviços necessários ao atendimento das exigências legais⁶².

De forma surpreendente, mesmo após a autarquia federal ter ingressado como assistente do MPF, o julgador deslocou o IPHAN para o polo passivo, imputando à autarquia responsabilidade para a realização das medidas necessárias à reparação dos bens⁶³.

É importante esclarecer que a União também foi incluída no polo passivo da demanda.

Conquanto União e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tenham demonstrado, por meio de farta documentação juntada oportunamente ao processo, que a proprietária dos imóveis teria como angariar recursos para a manutenção do seu patrimônio tombado, sendo que para tanto, necessário apenas que implementasse uma gestão mais racional dos recursos de que dispunha, e portanto, seria ela a responsável pela reparação do dano ambiental decorrente da omissão em adotar as medidas cabíveis⁶⁴, bem como de que não haveria como se configurar

62 As informações foram extraídas de consulta ao processo judicial por meio do sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

63 Veja a seguir o teor da decisão interlocutória proferida em 06/07/2005:

“O IPHAN foi intimado por mandado para se manifestar sobre pleito de fls. 149/150 do Ministério Público Federal, ora autor, e silenciou. O Ministério Público Federal pede que o IPHAN seja novamente intimado, pleito esse que não pode ser acolhido, porque este Juízo encontra-se assoberbado de serviço e não pode ficar “brincando” de intimar Autarquias Federais. O IPHAN tem que assumir o ônus do seu silêncio. Quanto a alegação do Ministério Público Federal de que a Requerida teria que provar sua impossibilidade de arcar com as despesas da reforma, remeto o Autor à decisão de fls. 135, que já transitou em julgado. Ante o mencionado silêncio do IPHAN, modifico a decisão de fls. 141 e, considerando que caberá ao IPHAN a reforma do imóvel em questão, na impossibilidade de a Requerida poder fazê-la, impossibilidade essa já delineada nos autos, desloco o IPHAN do pólo ativo para o pólo passivo desta ação e determino que, após modificação da autuação na Distribuição, que seja o IPHAN intimado desta decisão, bem como o Ministério Público Federal, ora Autor. Int.”

64 Apenas para ilustrar a presente assertiva, traz-se à colação trechos do voto proferido pelo Desembargador Francisco Cavalcanti nos *EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO N° 3866 PE* (2003.83.00.009930-3-01), em que se reconheceu que a proprietária dos imóveis possuía plenas condições de reparar o dano ambiental: “Quanto ao segundo momento, tenho que é evidente que não restou comprovada pela SANTA CASA sua carência econômico-financeira, impediendo a realização das obras reputadas necessárias pelo autor nos imóveis em questão. Em verdade, é estarrecedor que o ente particular tenha formulado essa alegação, mesmo diante dos documentos coligidos aos autos, que são robustos na formação de conclusão em sentido diametralmente oposto (a SANTA CASA é proprietária de vários imóveis - dois dos quais objeto de contrato de locação pecuniariamente expressivo -, ostentando um ativo permanente imobilizado de quase R\$35.000.000,00). Enumero a prova documental da capacidade da SANTA CASA de realizar os reparos no seu patrimônio tombado:

a) no ofício de fls. 464/465, o 2º Serviço de Registro de Imóveis do Recife explicitou:

-A empresa demandada acima indicada [a SANTA CASA] possuem inúmeros imóveis registrados em seu nome nesta Serventia Extrajudicial.

-Devido ao volume de imóveis registrados em nome da executada, o que demanda tempo para localizá-los em nosso indicadores pessoas (índices), bem como para proceder às buscas no indicar real, análise da

omissão no dever de fiscalização, o Poder Público foi condenado a arcar com as despesas para reparação dos danos ao patrimônio, excluindo-se a responsabilidade da proprietária em fazê-lo.

A princípio, poder-se-ia cogitar que ao concluir pela responsabilidade do Poder Público na presente hipótese, o Julgador apenas

cadeia dominial e feitura da respectiva Certidão de Propriedade e Ônus; assim, estamos enviando nesta oportunidade, 09 Certidões.

-Caso os nome imóveis registrados em nome das demandadas [a SANTA CASA] não sejam suficientes para garantir a execução [rectius: a ação civil pública] em curso no processo em epígrafe, favor oficiar novamente esta Serventia, requerente o envio de novas Certidões de imóveis registrados em nome da executada [rectius: ré].

Seguem em anexo a este as Certidões dos seguintes imóveis:

-Casa nº 529, situada na Rua do Riachuelo, na Boa Vista [...]

-Casa nº 131, situada na Rua Corredor do Bispo, na Soledade [...]

-Prédio nº 146, situado na Rua Guilherme Pinto, Graças [...]

-Apartamento nº 201, do Edifício Vila Velha Colonial, situado na Rua Dr. José Maria, nº 485, Rosarinho [...]

-Apartamento nº 403, do Edifício Recife Colonial, situado na Rua Aquarius, nº 76, Graças [...]

-Apartamento nº 1.603, do Edifício Recife Colonial, situado na Rua Aquarius, nº 76, Graças [...]

-Apartamento nº 1.701, do Edifício Vila Velha Colonial, situado na Rua Dr. José Maria, nº 485, Rosarinho [...]

- Sítio nº 06 do Lugar denominado Tamarineira, em frente ao Hospício dos alienados, atual Avenida Conselheiro Rosa e Silva [...]

- Casa nº 18, à da Matriz, Boa Vista [...]

Note-se que se enumerou apenas 9 dos vários imóveis de propriedade da SANTA CASA, sendo mister realçar a localização privilegiada que têm.

b) juntada aos autos em 2006, a cópia da DIPJ 2005 (Ano Calendário 2004) dá conta de que a SANTA CASA tem um ativo permanente imobilizado que soma quase R\$35.000.000,00 (fl. 225).

Diante desse dado, o mínimo em que se poderia pensar seria na possibilidade de a SANTA CASA, em gestão eficiente de seu patrimônio, auferir renda suficiente à efetivação das obras de reforma em discussão. Nesse tocante, cabe afirmar que, se sua gestão é ineficiente, ou seja, se ela não consegue auferir as receitas justas nessa administração patrimonial, esse problema é de sua responsabilidade, não autorizando que os cofres públicos arquem com as consequências de sua má-gestão, em detrimento de toda a coletiva e com enriquecimento injusto do particular incompetente, que se beneficiará das melhorias dos imóveis de sua propriedade com dinheiro público.

c) a SANTA CASA tem contrato de locação com a Alfândega Empreendimentos e Participações Ltda, fls. 452/463, nos termos do qual ela, SANTA CASA, é credora dos seguintes quantitativos, segundo cláusulas contratuais:

CLÁUSULA TERCEIRA:

Considerando que os imóveis de propriedade da Primeira Contratante Irmandade da Santa Casa de Misericórdia do Recife, consoante se verifica dos laudos anexos, neste ato rubricados pelas partes, os quais ficam fazendo parte integrante e complementar do presente Instrumento, foram avaliados em R\$2.076.000,00 [...], sendo o imóvel destinado a implantação do Paço Alfândega em R\$1.601.000,00 [...] e os demais imóveis em R\$475.000,00 [...] considerando ainda ser o orçamento para a construção e implantação do Paço Alfândega de R\$11.000.000,00 [...] e orçamento para construção e implantação do empreendimento denominado Chanteclair em R\$4.200.000,00 [...], totalizando R\$15.200.000,00 [...], as partes contratantes convencionaram entre si que do lucro líquido operacional apurado em cada balancete mensal dos empreendimentos acima referidos Paço Alfândega e Chanteclair, caberá a Primeira Contratante Irmandade da Santa Casa de Misericórdia do Recife, uma participação de 18% (dezoito por cento) [...]

[...]

CLÁUSULA OITAVA - DOS ESTACIONAMENTOS.

Fica convencionado que os rendimentos líquidos obtidos com os estacionamentos serão divididos entre a Primeira Contratante e a Segunda Contratante na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma. Esse lastro documental não autoriza pensar que a SANTA CASA não teria condições financeiras de arcar com os custos das reformas dos seus imóveis.

teria evidenciado a adoção do entendimento de que a responsabilidade seria objetiva, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva.

Além disso, sendo a tutela do patrimônio cultural indeclinável dever constitucional do Poder Público, sequer haveria que se cogitar acerca da análise da existência de nexo de causalidade, entre eventual omissão fiscalizatória do IPHAN e o dano, com a adoção da teoria do risco integral.

Frise-se que não se poderia ventilar a omissão, uma vez que a autarquia federal efetivamente cumpriu com sua missão institucional, promovendo a efetiva fiscalização acerca do cumprimento das normas protetivas aplicáveis à hipótese, sendo que os elementos probatórios que subsidiaram a propositura da ação foram produzidos pelo Poder Público (IPHAN).

Contudo, os reflexos da adoção do entendimento nos moldes acima esposados são muito mais extensos, inclusive, refletindo na aplicação e efetividade de outras normas constitucionais, conforme demonstrar-se-á.

Primeiramente, percebe-se que o dever constitucional de proteção ao patrimônio cultural não foi atribuído de forma exclusiva ao Poder Público, sendo imprescindível a participação da comunidade. Da forma como proferida a decisão, percebe-se que o Estado, mesmo não tendo provocado o dano, foi responsabilizado pela sua reparação.

Ademais, constata-se que o proprietário dos imóveis tombados poderia envidar esforços para angariar recursos para assegurar a manutenção dos mesmos, contudo, por não considerar prioritária a preservação dos bens culturais em face de seus demais interesses, optou por simplesmente omitir-se no dever de conservar os imóveis de sua propriedade, atribuindo ao Estado todo o encargo.

Quanto ao tema, importante conferir⁶⁵:

Destaca-se que o poluidor é também o primeiro garantidor da incolumidade ambiental, na medida em que aúfere ele os lucros advindos da atividade potencial ou efetivamente lesiva, deve também arcar com os ônus. Se de um lado o Poder Público, em todas as esferas e por todas as suas manifestações, está compelido pelo dever de zelar pelo meio ambiente em sua mais ampla conotação (arts. 225, “caput”, e 216, §1º da CF), o fato é que o particular que, através de sua ação ou omissão tendente a perseguir uma finalidade econômica, permitiu ou contribuiu para a ocorrência de danos ao ambiente deve ser o primeiro a ser chamado a repará-los, sob pena de o Estado ter que arcar sempre com esse tipo de reparação, o que levaria à concretização de um subsídio às avessas.

65 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 134

Por outro lado, inelutável concluir que há sérias implicações quanto à função social da propriedade, uma vez que se dispensou o proprietário do bem tombado do dever de cumpri-la.

3 OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL A PARTIR DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

3.1 Princípio da participação popular

No que toca à responsabilidade civil por dano ao meio ambiente cultural, em especial quanto aos imóveis tombados, o que se observa na discussão da matéria, especialmente na análise da responsabilidade da Santa Casa de Misericórdia do Recife, é que o julgador ao imputar responsabilidade ao Poder Público, assim o fez fundado estritamente no disposto no Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937⁶⁶, especialmente no art.19⁶⁷, sem que quaisquer ponderações tenham sido perpetradas quanto à aplicação do princípio da participação popular. Ao proceder neste sentido, vislumbra-se a ocorrência de graves consequências.

Primeiramente, afasta-se a necessidade de demonstração do nexos causal, posto que não haveria como imputar ao Poder Público a imposição do dever jurídico de reparar o dano, posto que não foi a inércia administrativa a causa direta e imediata (ou mesmo causa suficiente ou concorrente) para a ocorrência do evento lesivo, tendo em vista que devidamente exercido o poder de polícia pelo Poder Público⁶⁸, o que em última análise configuraria afronta ao art. 37, §6º da Constituição Federal⁶⁹.

66 BRASIL, 1937.

67 Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. § 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa. § 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa. § 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário. (BRASIL, 1937).

68 Consoante já destacado, a propositura da ação civil pública decorreu da fiscalização envidada pela Administração Pública.

69 BRASIL, 1988.

De outro lado, o posicionamento adotado não deixa de representar um retrocesso, por estar alicerçado em parâmetros próprios de paradigma de Estado já superado e caracterizado pelo clientelismo⁷⁰.

Por fim, o mais relevante, afasta-se a própria aplicação do princípio da participação popular, em prol da aplicação do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937⁷¹, o que não se afigura uma resposta adequada ao texto constitucional, consoante demonstrar-se-á.

O §1º do art. 216 da Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, tendo expressamente consagrado a necessidade de participação da comunidade na consecução deste objetivo constitucional⁷².

Infere-se do teor do texto constitucional duas implicações de suma importância: a) ao elevar o direito à preservação do patrimônio cultural à condição de direito fundamental, reduz-se a discricionariedade administrativa, posto que ao Poder Público não mais se confere a possibilidade de se eximir em atuar diante da obrigação de promover a tutela ambiental cultural⁷³; b) igualmente relevante destacar, que nos termos da Constituição Federal, a comunidade além de titular do direito fundamental, possui também o indeclinável dever de promover a preservação e defesa do patrimônio cultural brasileiro.

Conforme já destacado, a natureza do direito fundamental de proteção ao patrimônio cultural requer diferenciados mecanismos de proteção, a exigir a cooperação de todas as forças sociais para sua consecução, daí resulta a importância da participação popular.

70 Neste sentido, conferir Justen Filho apud Acunha (2012, p. 9) ao analisar as relações entre Estado e indivíduos no paradigma do Estado Social: “A atribuição de incontáveis funções à estrutura estatal produzia não apenas a redução da autonomia privada, mas também da responsabilidade moral do indivíduo. É que a visão ampliada das funções do Estado gerava concepções paternalistas que desoneravam os indivíduos. Significava a irrelevância da participação do particular para promover o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais valores fundamentais. Aludir a solidariedade humana tornou-se quase despropositado, em face da ilusão de que algum órgão estatal se encarregaria de atender às necessidades alheias. Sob um certo ângulo, a afirmação de um Estado de Bem-Estar Social trazia consigo uma grande comodidade filosófica: a transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado.”

71 BRASIL, 1937.

72 § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (BRASIL, 1988)

73 Neste sentido, Antônio Herman Benjamin, defende que a constitucionalização da tutela do meio ambiente implicou em inúmeros benefícios substantivos e formais. Dentre os benefícios de ordem substantiva, menciona a redução da discricionariedade administrativa, a saber: “Daí que ao Estado não resta mais do que uma única hipótese de comportamento: na formulação de políticas públicas e em procedimentos decisórios individuais, optar sempre, entre as várias alternativas viáveis ou possíveis, por aquela menos gravosa ao equilíbrio ecológico, aventando, inclusive, a não ação ou manutenção da integridade do meio ambiente pela via de sinal vermelho ao empreendimento proposto. É desse modo que há de ser entendida a determinação constitucional de que todos os órgãos públicos levem em consideração o meio ambiente em suas decisões (art. 225, caput, e §1º, da Constituição brasileira), adicionando a cada uma das suas missões primárias – não por opção, mas por obrigação – a tutela ambiental. No Brasil, o desvio desse dever pode caracterizar improbidade administrativa e infrações a tipos penais e administrativos.” (2012, p. 101).

Neste sentido, pode-se asseverar que ao lado do dever de proteção do Estado, há deveres fundamentais dos particulares, quanto à defesa e preservação do meio ambiente⁷⁴.

O papel do indivíduo e da sociedade no paradigma do Estado Democrático de Direito tem caráter marcadamente democrático-participativo⁷⁵, segundo o qual se confere a possibilidade aos cidadãos de participação nos processos decisórios⁷⁶, proporcionando um aumento significativo no grau de conformidade, de harmonia entre as políticas públicas e as demandas sociais. Desta feita, a participação da comunidade no que toca à tutela ambiental cultural mostra-se perfeitamente inserida neste contexto.

Neste diapasão, vislumbra-se que a Constituição Federal prevê inúmeros instrumentos por meio dos quais a participação da comunidade poderá se efetivar, das quais se pode mencionar: iniciativa popular de lei⁷⁷, plebiscito⁷⁸, referendo⁷⁹, direito de petição⁸⁰, direito de acesso a informações públicas⁸¹, estudo prévio de impacto ambiental⁸², participação em conselhos consultivos⁸³, ação popular⁸⁴.

Desta forma, a participação popular não se restringe à abstenção da prática de atos que venham a provocar danos aos bens culturais, consistindo igualmente em executar medidas que promovam a proteção do meio ambiente cultural, em participar das políticas públicas ambientais.

Neste sentido⁸⁵:

Com efeito, o texto constitucional assevera uma unidade de cooperação, da mesma forma inovadora, que pede um comportamento social ativo do cidadão em face da coletividade e da necessidade de proteção do patrimônio ambiental. Com isso, exige ou pressiona o Estado na elaboração de normas contemporâneas, voltadas a concretizar essa cooperação nas decisões da esfera ambiental. Portanto, essa norma constitucional, em seu conteúdo, obriga ao exercício de uma cidadania participativa

74 SARLET; FENSTERSEIFER, 2013. p.56.

75 SILVA, 1999. p. 123.

76 Não se pode negar que há diferenças quanto ao grau e mecanismos de participação, decorrentes das particularidades de cada ordenamento jurídico.

77 Art. 14, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

78 Art. 14, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

79 Art. 14, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

80 Art. 5º, inciso XXXIV, alínea 'a', da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

81 Art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

82 Art. 225, §1º, inciso IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), especialmente no que toca à realização de audiências públicas (Resolução CONAMA nº 09, de 03 de dezembro de 1987).

83 Art. 216, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), cabendo mencionar no que diz respeito à preservação do patrimônio cultural, que nos termos do Decreto nº 6.844/2009 (BRASIL, 2009), o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural tem em sua composição representantes da sociedade.

84 Art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

85 LEITE, 2012. p. 190-191.

e com responsabilidade social ambiental. Tal responsabilidade é uma obrigação com as gerações presentes e futuras, incluindo, obviamente, o uso racional dos bens e a solidariedade.

Ao abordar a questão da necessidade de cooperação, ou seja, função de todos e não apenas do Poder Público, Canotilho alerta que “a unilateral estatização/publicização do bem ambiente conduziria a um Estado de ambiente dissociado da sociedade. O Estado do ambiente seria um Estado autoritário, utilizador de instrumentos coativos, como leis, regulamentos, preceitos administrativos, ordens de polícia, penalizações”.

Com efeito, fica claro que o bem ambiental não pode ser rotulado como bem público, devendo, sim, ao contrário, ser considerado um bem de interesse público, cuja administração e gestão e cujo uso devem ser compartilhados e solidários com toda a comunidade, inspirados em um perfil de democracia ambiental.

E mais, é imprescindível que se frise que o dever fundamental atribuído aos cidadãos não se resume ao controle sobre a atividade desenvolvida pelo administrador e legislador⁸⁶, posto que nele se inclui também a responsabilidade de forma individualizada dos membros da comunidade⁸⁷.

A hipótese retratada no bojo do presente estudo bem exemplifica este aspecto, uma vez que nos casos de imóveis tombados, aos proprietários incumbe o dever de adotar providências visando a sua conservação e manutenção, ressaltando-se que referido dever a eles é atribuído de forma precípua.

Neste sentido, é importante destacar que com o advento do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937⁸⁸, referido dever fora atribuído aos proprietários dos imóveis tombados, sendo que desde então, a responsabilidade pela omissão no atendimento do comando legal fora analisado sob este enfoque.

86 Quanto ao tema, conferir: “Tendo atribuído também à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente, o texto do art. 225, caput, da Constituição brasileira propôs a esse dever uma função positiva e negativa, que podem compreender, em uma enumeração apenas exemplificativa, a imposição dirigida aos particulares, no sentido de: a) não degradar os recursos naturais (dever de não violar); b) promover a sua proteção pelo uso racional desses recursos (cujo fundamento é a necessidade de proteção dos interesses das futuras gerações); c) corresponsabilizar financeiramente a conservação dos recursos naturais; d) usar tecnologias, métodos, técnicas ou processos capazes de mitigar os efeitos negativos da exploração econômica sobre os recursos naturais; e) impedir que particulares ou que o próprio Estado degrade a qualidade dos recursos naturais.” (AYALA, 2012. p. 422).

87 SARLET; FENSTERSEIFER, 2013. p. 51.

88 Art. 17. 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 cinquenta 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.)

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, conquanto referido diploma legal tenha sido por ela recepcionado, a interpretação e aplicação do mesmo não pode ficar dissociada dos comandos constitucionais, havendo que se destacar que o teor do §1º do art. 216 da Constituição Federal⁸⁹ deve condicionar a leitura que venha a ser feita da aludida regra.

Desta feita, a omissão do proprietário em providenciar a conservação e manutenção de imóvel tombado não representa simplesmente infração ao mencionado Decreto-lei, implica principalmente inobservância ao dever fundamental atribuído ao cidadão de promover a preservação do patrimônio cultural brasileiro, dever que precisa ser cumprido em benefício das presentes e futuras gerações, fundado na solidariedade.

Ressalte-se que diante da constatação quanto à necessidade de medidas protetivas referentes ao bem tombado, não se confere ao seu proprietário a prerrogativa de livremente escolher se adota ou não as medidas pertinentes.

Diante do dever constitucional de promover a tutela do patrimônio cultural, ao proprietário do imóvel que se omitiu na adoção de medidas preventivas, implicando na configuração do dano ambiental, compete a adoção das providências para a respectiva reparação, inclusive a de envidar esforços para angariar os recursos necessários para tanto.

Neste diapasão, não se mostra legítima a postura do proprietário que de forma discricionária prioriza o atendimento de interesses diversos, em detrimento da proteção ao patrimônio cultural, por contrariar o dever constitucional de que se cuida.

Apenas naquelas hipóteses em que configurada a impossibilidade material quanto à adoção de medidas visando a preservação do bem cultural tombado, caberia ao proprietário realizar a comunicação deste fato ao Poder Público⁹⁰, e por conseguinte, em caso de inércia da Administração e posterior dano ao bem, poder-se-ia cogitar de responsabilidade do Poder Público quanto à reparação do bem, ou seja, restaria comprovada a existência denexo causal.

Poder-se-ia argumentar que se a obrigação de conservação do bem imóvel tombado fora atribuída ao proprietário, se os danos decorrentes desta omissão devem ser a ele imputados, de que forma a participação do Estado seria concretizada no cumprimento do dever constitucional de preservação do patrimônio cultural?

Não se pretende com o presente estudo fazer defesa de entendimento que implique na redução da responsabilidade do Estado no que toca à defesa do meio ambiente cultural, posto que ao Poder Público são conferidas importantes atribuições. O que se rechaça é a adoção de

89 BRASIL, 1988.

90 Art. 19, caput, do Decreto-lei nº 25/1937 (BRASIL, 1937).

interpretação que além de provocar “a *transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado*”⁹¹, implique na inobservância de princípios constitucionais.

Desta feita, além do exercício do poder de polícia, compete ao Estado adotar uma atuação proativa, buscando a adoção de todos os instrumentos que possam contribuir para a efetiva defesa do patrimônio cultural, inclusive com a promoção de medidas que possam resultar na repartição mais adequada dos encargos decorrentes do regime especial a que se submetem os bens culturais.

Dentre estes instrumentos, pode-se mencionar os incentivos fiscais, como a isenção do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU)⁹² e os incentivos financeiros, tais como a concessão de empréstimos a juros baixos para a execução de obras de conservação e restauração de bens tombados.

Também constitui importante instrumento na defesa do patrimônio cultural, a celebração de convênios ou outros instrumentos congêneres entre o Poder Público e a iniciativa privada com vistas à conservação dos bens culturais, no bojo dos quais o Estado viesse a contribuir com recursos técnicos, auxiliando a atuação dos particulares.

O Estado somente assumiria diretamente a obrigação de promover as medidas de conservação no imóvel tombado pertencentes a particulares, arcando com os recursos necessários para tanto, nos moldes já explicitados, e nem por isso, a adoção deste entendimento representaria eximir o Poder Público do dever constitucional de proteger o meio ambiente cultural.

Neste particular, entende-se pertinente mencionar o modelo interpretativo de decisão judicial defendido por Ronald Dworkin, trazendo a lume o seguinte trecho⁹³:

O modelo distingue entre o direito positivo – o direito nos livros, o direito apresentado nas declarações evidentes das leis e das decisões passadas das cortes – e o direito como um todo, que aceita a estrutura dos princípios da moralidade política, tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo. O modelo insiste numa certa compreensão da ideia de interpretação: um conjunto de princípios possibilita a melhor interpretação do direito positivo se ele provê a melhor justificação disponível para as decisões políticas que o direito

91 Ver nota de rodapé 62.

92 Inúmeros municípios adotam este instrumento para auxiliar o particular na preservação dos bens de valor cultural, podendo-se citar: Belo Horizonte (Lei Municipal nº 8.839, de 28 de dezembro de 1990); Rio de Janeiro (Lei Municipal nº 691, de 24 de dezembro de 1984) e Florianópolis (Lei Complementar nº 07, de 18 de fevereiro de 1997).

93 DWORKIN, Ronald. *A Conferência Mccorkle de 1984 – As ambições do Direito para si próprio*, p. 4.

positivo anuncia. Em outras palavras, o modelo possibilita a melhor interpretação caso mostre o direito positivo na melhor luz possível.

Portanto, nesta concepção, a interpretação procura fazer do material a ser interpretado o melhor que ele pode ser, apontando-se duas dimensões.

Primeiramente, a interpretação do direito seria bem sucedida quando venha a justificar as decisões judiciais que forem efetivamente alcançadas, portanto, ela deve adequar-se ao material⁹⁴.

Por outro lado, uma interpretação do direito positivo deve fornecer uma justificação daquele direito, de forma que havendo duas interpretações que sejam adequadas (primeira dimensão), deve-se preferir a interpretação que possibilite uma melhor justificação, sendo de se destacar que a justificação em questão é de moralidade política⁹⁵.

Esclarecedor o seguinte escólio⁹⁶:

A *integridade* demanda a busca da melhor interpretação da prática jurídica, desde as decisões passadas da comunidade de princípios, sempre adequando às escolhas atuais, onde a história assume papel importante na medida do *pressuposto de coerência de princípios* em todo o sistema jurídico que a comunidade faz vigorar. O Direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito das decisões passadas, mas, *latu sensu*, a justificativa e o sistema de princípios necessários a tais decisões.

Neste sentido, a história assume suma importância, pois o sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo das decisões anteriores, uma vez que estas possuem valores morais incorporados, haja vista o direito apreender *conteúdos morais relevantes* em sua prática. Contudo, a *Integridade* não busca recuperar e aplicar as razões políticas anteriores que levaram uma comunidade a tomar uma decisão, aplicando-as em um contexto atual, totalmente diferente, sob pena de incorrer no mesmo erro de desvendar a intenção dos autores da prática jurídica.

Neste quadro, dois momentos interpretativos são importantes. O primeiro consiste na *adequação*: qualquer teoria da interpretação deve levar em consideração as decisões jurídicas anteriores. Seu papel é acrescentar mais um tijolo na construção do muro, de tal forma que a direção que aponte seja a que abarque melhor o edifício já construído. Este passo atende aos critérios de coerência necessários tomada de decisão judicial.

94 Quanto ao tema, ver também Ronald Dworkin em *A Justiça de Toga* (2010. p. 22-25).

95 Vale conferir: "Também para Ronald Dworkin, a correção normativa possui um caráter deontológico. A moralidade política de uma comunidade se fundamenta racionalmente, sendo mais que uma mera expressão de vontades, gostos, preferências ou interesses de determinados indivíduos, grupos ou classes sociais." (SCOTTI, 2013. p. 8)

96 SILVA; FERREIRA, p. 10-11.

[...]

O segundo passo consiste na *justificação*: explicação de qual das leituras possíveis do texto, título e decisão se apresenta melhor à obra em desenvolvimento, depois de analisados os critérios de *adequação*. Fazer emergir a melhor *justificação*, dentre as propostas adequadas à *integridade*, resgata a dimensão substantiva da prática jurídica, pois irá considerar a *firmeza da visão* em que se apóia a tese esboçada pelo magistrado.

No que pertine ao caso em estudo, vislumbra-se que a escolha entre as diversas abordagens possíveis tem consequências relevantes, posto que a depender do posicionamento que se adote, pode-se a pretexto de concretizar o direito fundamental de preservação do patrimônio cultural afastar-se a aplicação de outros princípios constitucionais, quando na verdade não se verifica qualquer incompatibilidade entre eles.

No caso específico em análise, entende-se que a melhor interpretação do direito positivo é aquela que se inclina no sentido de reconhecer que os princípios nunca podem ser considerados isoladamente, via de consequência, que a imputação da responsabilidade do Estado deve necessariamente ser apreciada tendo em conta o princípio da participação popular, bem como o princípio da função social da propriedade, como adiante demonstrar-se-á.

Portanto, depreende-se que as regras previamente estabelecidas - art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937⁹⁷ - devem ser interpretadas à luz dos princípios constitucionais inseridos na Constituição de 1988, para que se possa configurar a fundamentação racional das decisões judiciais⁹⁸.

E neste contexto, o controle judicial que se exerça sobre controvérsia versando sobre o tema deve obrigatoriamente considerar o atual arcabouço constitucional, em particular, o princípio da participação popular, razão pela qual se conclui que na análise acerca da responsabilidade pela conservação dos imóveis da Santa Casa de Misericórdia do Recife, a atividade jurisdicional não representou a concretização dos princípios constitucionais aplicáveis.

3.2 Princípio da função social da propriedade

Primeiramente, cumpre asseverar que a vetusta noção de propriedade não mais subsiste⁹⁹, passando a revestir-se de um sentido

97 BRASIL, 1937.

98 Pertinente a transcrição dos ensinamentos de Scotti (2013, p. 7): “Em que pese a adoção da terminologia do realismo moral, Dworkin se vale de uma postura construtivista para lidar produtivamente com o princípio hermenêutico, de modo a não permitir que as tradições se legitimem de maneira autônoma e acrítica, pois exige a reflexividade ética com base em uma noção universalista de direitos fundamentais ou humanos.”

99 Neste sentido: “Concebida como direito fundamental, a propriedade não é, contudo, aquele direito que possa erigir-se na suprema condição de ilimitado e inatingível. Daí o acerto do legislador em proclamar,

cada vez menos individual, à medida que sua utilização somente se legitima quando também atenda ao interesse social¹⁰⁰.

Neste sentido, a Constituição Federal estabelece no inciso XXIII do art. 5^o¹⁰¹ e inciso III do art. 170¹⁰² que a propriedade deverá atender a sua função social¹⁰³. Isto posto, há que se ressaltar que a função social também abrange a dimensão ambiental, cultural.

Em sintonia com o texto constitucional, o teor do §1^o do art. 1.228 do Código Civil¹⁰⁴, que inclusive destaca a necessidade de preservação do patrimônio histórico e artístico, a saber:

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

Quanto ao tema, mostra-se pertinente destacar célebre acórdão de 1942 do Supremo Tribunal Federal, mencionado por Miranda¹⁰⁵, que além de analisar a constitucionalidade do Decreto-lei n^o 25, de 1937, reconheceu a função social dos bens culturais, a saber:

O Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, lei de desapropriações, contemplando entre as hipóteses que prevê, a preservação dos monumentos históricos, deve ser entendido nos termos da lei especial, ou seja, o Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1947; a desapropriação

de maneira veemente, que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. Isso significa que a propriedade não mais ostenta aquela concepção individualista do Código Civil de 1916, direcionado a uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo." (MILARÉ, 2004, p. 146).

100 No que diz respeito ao patrimônio cultural, é importante destacar que a Carta de Atenas, de outubro de 1931, resultante de Conferência promovida pelo Escritório Internacional de Museus da Liga das Nações (antecessor da UNESCO), que tratava acerca da proteção dos monumentos, especificamente no item II que versava sobre administração e legislação dos monumentos históricos reconhecia a existência de um direito da coletividade em relação à propriedade privada, bem como a necessidade de sacrifícios a que estariam sujeitos os proprietários em benefício da coletividade, verbis: "A conferência aprovou unanimemente a tendência geral que consagrou nessa matéria um certo direito da coletividade em relação à propriedade particular. Em consequência, aprovada a tendência geral dessas legislações, a conferência espera que elas sejam adaptadas às circunstâncias locais e à opinião pública, de modo que se encontre a menor oposição possível, tendo em conta os sacrifícios a que estão sujeitos os proprietários, em benefício do interesse geral."

101 Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988).

102 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988).

103 Acrescente-se que os arts. 182, §2^o e 186 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em relação à propriedade urbana e rural, respectivamente, reafirmam a necessidade do cumprimento da função social, apontando, inclusive quais parâmetros servem para orientar a conclusão quanto ao cumprimento do dever constitucional, o que corrobora a concepção de limitação e redefinição do conceito do direito de propriedade.

104 BRASIL, 2002.

105 (2006, p. 6). Trata-se do julgamento da Apelação Cível n^o 7.377, que visava a declaração de nulidade do ato de tombamento federal de um imóvel localizado na Praça Quinze de Novembro, no Rio de Janeiro.

dos monumentos históricos tombados compulsoriamente não é obrigatória e sim facultativa, sendo constitucionais as disposições de lei ordinária a respeito.

A legalidade do tombamento dos monumentos históricos pode em cada caso, e deve, ser apreciada pelo Poder Judiciário

A conservação dos monumentos históricos e objetos artísticos visa um interesse de educação e de cultura; a proibição legal de os mutilar, destruir ou desfigurar está implícita nessa preservação; a obrigação de conservar, que daí resulta para o proprietário, se traduz no dever de colaboração desse interesse público.

É a necessidade ou conveniência da conservação dos monumentos históricos e objetos de arte, que pode não convir ao proprietário, o fundamento da legislação especial a respeito. Existe em tais coisas algo que supera o interesse do dono. Destacar esse interesse público para protegê-lo, ainda que reduzindo as faculdades do proprietário, está ao alcance do legislador ordinário com base na atual constituição.

A propriedade social concretiza uma concepção jurídica aplicada para fundamentar a legalidade da proteção aos monumentos históricos e objetos de arte, indicando a existência de um degrau do desenvolvimento progressivo do direito de propriedade em um sentido cada vez menos individual; diz-se que em tais monumentos e objetos, em poder dos particulares, existem duas partes distintas: a intelectual – ou seja, o pensamento do artista, o ideal que lhe encarnou - e a material - isto é, esta mesma forma que lhe serviu para fixar o seu pensamento, o seu ideal. A primeira pertence à sociedade, que a deve proteger; somente a segunda pertence à propriedade privada, gravada de servidão.

A expropriação importa na perda de um direito de propriedade, o qual se transforma num direito de crédito que compensa aquele e reintegra o patrimônio do proprietário, consistindo pois numa venda forçada; há limitações ao direito de propriedade que, embora fundadas no interesse público, não exigem a desapropriação, porque nem toda lesão ao direito individual, em nome do interesse público, constitui desapropriação; o seu característico consiste na transferência da propriedade do legítimo titular para quem vá promover o bem geral.

Quando o Poder Público retira ao particular a propriedade o faz por meio de expropriação; se porém, apenas a limita não precisa recorrer a essa providência.

Verifica-se, portanto, que o direito à propriedade foi redimensionado, sendo que no atual paradigma constitucional, conquanto o aludido direito

figure como direito fundamental, a função social passa a representar o estabelecimento da conformação ou limitação do direito¹⁰⁶.

Ora, esse novo regime do direito de propriedade necessariamente há que ser considerado na solução das controvérsias levadas à apreciação do Poder Judiciário, posto que em decorrência de expressa previsão constitucional, o exercício do direito individual de propriedade reclama o cumprimento da função socioambiental.

Os bens ambientais, categoria na qual se inserem os bens culturais, quer sejam públicos ou privados, revestem-se de um especial interesse decorrente do reconhecimento coletivo quanto à necessidade de preservação em face do valor cultural¹⁰⁷, razão pela qual aos proprietários dos bens culturais, e na hipótese em exame, dos imóveis tombados, exsurge a obrigação de conservar.

Com o propósito de assegurar a proteção ao patrimônio cultural, restringe-se o exercício de outro direito fundamental¹⁰⁸, ajustando-se os interesses do titular da propriedade às funções social e ambiental que lhe são inerentes¹⁰⁹.

106 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008. p. 422.

107 "Em conclusão, o bem cultural – histórico ou artístico – faz parte de uma nova categoria de bens, junto com os demais ambientais, que não se coloca em oposição aos conceitos de privado e público, nem altera a dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou importância ambiental – este sempre público ou privado –, se agrega um novo bem, imaterial, cujo titular não é o mesmo sujeito do bem material, mas toda a comunidade. Este novo bem que surge da soma dos dois, isto é, do material e do imaterial, ainda não batizado pelo Direito, vem sendo chamado de bem de interesse público, e tem uma titularidade difusa, e talvez outro nome lhe caiba melhor, como bem socioambiental, porque sempre tem que ter qualidade ambiental humanamente referenciada." (SOUZA FILHO, 2009. p. 24).

108 ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. CONCEITO DE BEM VINCULADO A "FATOS MEMORÁVEIS DA HISTÓRIA PÁTRIA" E DE "EXCEPCIONAL VALOR ARTÍSTICO". NULIDADE, NO CASO, CARACTERIZADA. I - O TOMBAMENTO E A DESAPROPRIAÇÃO SÃO MEIOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO, CONSISTENTES EM ATOS ADMINISTRATIVOS, QUE TRADUZEM A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO MEDIANTE A IMPOSIÇÃO DE SIMPLES RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE OU PELA DECRETAÇÃO DA PRÓPRIA PERDA DESSE DIREITO. O TOMBAMENTO LOCALIZA-SE "NO INÍCIO DUMA ESCALA DE LIMITAÇÕES EM QUE A DESAPROPRIAÇÃO, OCUPA O PONTO EXTREMO" (J. CRETELLA JÚNIOR). II - AS RESTRIÇÕES OU LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE, TENDO EM CONTA A SUA FEIÇÃO SOCIAL, ENTRE AS QUAIS SE INSERE O TOMBAMENTO, DECORRE DO PODER DE POLÍCIA INERENTE AO ESTADO, QUE HA DE SER EXERCITADO COM ESTRITA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUJEIÇÃO AO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO. CABE A ESTE DIZER, A VISTA DO CASO CONCRETO, SE SE TRATA DE SIMPLES LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA OU DE INTERDIÇÃO OU SUPRESSÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, HIPÓTESE ESTA QUE SO PODE SER ALCANÇADA POR MEIO DE DESAPROPRIAÇÃO. III - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5., XXII, XXIII E XXIV, E 216, PAR. 1. DECRETO-LEI N. 25, DE 30.11.37, ARTS. 1., 7. E 19. DECRETO-LEI N. 3.365, DE 21.06.41, ART. 5., LETRAS "K" E "L". IV - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp 30519/RJ, Rel. Min. Torreão Braz, 2a. T, DJ 20.06.1994. p. 16.007).

109 "A proteção ambiental transporta um conteúdo econômico muito forte, na medida em que muitas vezes a implementação da proteção ambiental ocasiona limitação ao exercício do direito de propriedade, da autonomia privada e mesmo da livre iniciativa. Há, portanto, um conflito entre proteção do ambiente e direito de propriedade. O reconhecimento de uma função social e de uma função ecológica da propriedade, como fez o constituinte brasileiro de 1988 (art. 5º, XXIII, 170, III e VI, e 186, caput e II), acaba por revelar uma ordem jurídico-econômica vinculada ao dever de um desenvolvimento sustentável, em que, para a consecução do objetivo constitucional de tutela do ambiente, o direito de propriedade necessariamente

O cumprimento da função social da propriedade abrange tanto a observância das limitações decorrentes das abstenções, como a imposição ao proprietário de comportamentos positivos¹¹⁰.

Neste diapasão, vislumbra-se que a função social da propriedade é um dever atribuído precipuamente ao proprietário¹¹¹.

No que toca aos bens tombados, para que se cumpra a função social, deve o proprietário envidar esforços para a conservação do bem. Trata-se de uma obrigação, e não uma faculdade, que o titular poderia atender conforme sua conveniência e oportunidade.

Neste sentido, importante conferir:

De tal sorte, conforme já assinalado anteriormente, o dever fundamental de proteção ambiental, além de conter obrigação de cunho negativo, a qual determina a abstenção de práticas degradadoras da qualidade ambiental, exige também comportamentos positivos dos atores privados (pessoas físicas e jurídicas), impondo a adoção de condutas específicas no sentido de prevenir, precaver e reparar qualquer forma de degradação do ambiente que esteja relacionada ao exercício do direito de propriedade (e da posse), cabendo, inclusive, o controle externo (extrajudicial e judicial) pela coletividade e pelo Estado a respeito do cumprimento das finalidades socioambientais por parte do proprietário (ou possuidor).¹¹²

Compreender a obrigação de conservação do bem tombado como um dever fundamental decorrente do texto constitucional torna incompatível a concepção quanto à fixação de um sistema de preferências em que o proprietário venha a conferir prioridade ao atendimento de outras necessidades em detrimento do cumprimento do dever constitucional, como pretendia a Santa Casa de Misericórdia do Recife ao tentar se eximir da responsabilidade na reparação do dano ambiental, ao suscitar a existência de outras prioridades a atender com os recursos de que dispunha.

Ao admitir que o proprietário deixe de cumprir o dever de preservação do patrimônio cultural, por meio do qual ele cumpre a

sofrerá limitações. Tal ideia é reforçada inclusive pelos artigo 225 da CF88, ao atribuir não apenas ao Poder Público o dever de proteger o ambiente, mas também aos particulares, o que resulta na configuração de deveres fundamentais de proteção do ambiente que limitam e conformam o conteúdo do direito de propriedade (e da posse)." (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013. p. 327)

110 "Assim, os proprietários de bens culturais devem exercer o direito sobre eles não unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas em benefício da coletividade, observando-se todo o regramento constitucional e legal sobre a proteção do patrimônio cultural, sendo precisamente o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo titular. Para o alcance da função social, ambiental e cultural da propriedade, pode valer-se o Poder Público de instrumentos inclusive que imponham ao proprietário comportamentos positivos (não meramente de abstenção), para que sua propriedade concretamente se adapte à preservação do meio ambiente cultural." MIRANDA, 2012. p. 273.

111 Ayala (2012. p. 428) defende que a função social da propriedade não pode ser concebida como ônus exclusivo imposto ao proprietário, mas que ainda assim, subsiste como condição de dever atribuído primeiro ao mesmo.

112 SARLET; FENSTERSEIFER, 2013. p. 262-263.

função social, na sua dimensão ambiental, o julgador considera apenas o sentido literal da lei, deixando de concretizar relevantes princípios que a Constituição Federal consagrou expressamente.

Consoante já ressaltado, por certo que há hipóteses em que o proprietário não terá efetivamente condições financeiras para adotar as medidas de conservação do imóvel tombado, casos em que deverá comunicar o Poder Público, a teor do que dispõe o *caput* do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937¹¹³.

Em face desta comunicação, compete ao Poder Público realizar uma averiguação quanto às assertivas do particular, que caso confirmadas, despertam a necessidade de intervenção estatal, a fim de promover a preservação do patrimônio cultural¹¹⁴.

Eventual dano ao bem tombado decorrente da inércia administrativa configura a responsabilidade civil ambiental estatal, conforme já esposto.

De outro lado, verificando-se a possibilidade do proprietário cumprir o dever de preservação do imóvel, ainda que o cumprimento de tal objetivo constitucional não corresponda às suas prioridades, proceder à transferência da responsabilidade ao Poder Público significa pura e simplesmente eximir o proprietário de dar cumprimento à função social.

A leitura a ser construída quanto à aplicação do teor do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937¹¹⁵, deve necessariamente considerar o suporte principiológico previsto na Constituição Federal aplicável à tutela ambiental cultural¹¹⁶. Sendo assim, inevitável a discussão acerca

113 BRASIL, 1937.

114 Neste particular, cumpre salientar que a legislação não estabelece quaisquer parâmetros a serem observados pelo Poder Público quando da avaliação acerca da existência ou não de condições do proprietário realizar as medidas necessárias à conservação do bem. Sendo assim, vislumbra-se que em cada caso deverá ser realizada uma análise minuciosa das condições financeiras do proprietário do bem tombado e do montante necessário para a realização das obras, averiguando-se a compatibilidade entre estes dois fatores. Diante de todos os pressupostos de fato e de direito pertinentes à hipótese, deverá o Poder Público por meio de uma motivação explícita e congruente decidir quanto à pertinência em assumir diretamente a realização das medidas de conservação e reparação necessárias à preservação do patrimônio cultural brasileiro.

115 BRASIL, 1937.

116 Pode-se mencionar, ainda, outra hipótese em que a interpretação do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937 (BRASIL, 1937), sem que se observe o texto constitucional pode conduzir a resultados flagrantemente atentatórios aos direitos fundamentais. Como já mencionado, caso o proprietário não possua condições financeiras, deve comunicar o Poder Público, para que este adote as medidas voltadas à conservação do bem tombado. O Poder Público no prazo de seis meses executará as obras necessárias ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa tombada. O §2º do art. 19 do aludido diploma prevê que a inércia da Administração, permite que o proprietário venha a requerer o cancelamento do tombamento do bem cultural, verbis: “§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.” Ora, conquanto o Decreto-lei nº 25, de 1937, tenha em linhas gerais sido recepcionado pela Constituição Federal, a possibilidade de cancelamento do tombamento decorrente da omissão do Poder Público em promover as medidas destinadas à conservação do bem não se sustenta frente ao atual ordenamento constitucional que prevê o direito à preservação do patrimônio cultural brasileiro como direito fundamental, com todas as implicações decorrentes deste reconhecimento. Neste sentido, há redução da discricionariedade administrativa, não se podendo cogitar da existência de faculdade do Poder Público quanto à adoção ou não de medidas

da função social da propriedade e suas implicações quanto à preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Quanto ao tema, vale proceder a seguinte leitura¹¹⁷:

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Para tanto, é fundamental que o decisor saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen como a estrutura mesma da norma jurídica: “Se é A, deve ser B.” Ora, os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*. Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente.

Neste diapasão, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão

protetivas. No atual patamar de desenvolvimento dos direitos fundamentais, a inércia administrativa quanto ao cumprimento do dever constitucional de preservação do patrimônio cultural pode acarretar a ocorrência de responsabilidade civil ambiental do Estado. Se o bem possui relevância cultural a ponto de ter sido objeto de tombamento, a inércia da Administração não pode ser causa para a retirada da proteção especial. Aliás, no julgamento de primeira instância referente aos bens tombados de propriedade da Santa Casa de Misericórdia do Recife, o julgador cogitou a possibilidade de cancelamento do tombamento, como se percebe do seguinte trecho: “julgo procedentes os pedidos desta ação e condeno o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN, no prazo fixado no § 1º do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 30.11.1937, sob às expensas da União, a dar início às obras de restauração do imóvel em questão, ou desapropriar mencionado imóvel para tal fim, ou então cancelar o respectivo tombamento, sendo que, caso escolha uma das duas primeiras opções, fica a União, à luz do mencionado dispositivo legal c/c o respectivo § 3º, condenada a disponibilizar, dentro do mesmo prazo, a quantia necessária para tal fim, sob pena de os responsáveis pela administração do referido Instituto e da União serem responsabilizados no campo da improbidade administrativa, funcional e criminalmente.”. Isto posto, entende-se que admitir a aplicação do §2º do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937, permitindo o cancelamento do tombamento em decorrência da inércia do Poder Público ou de mera conveniência seria malferir o teor do §1º do art. 216 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que reconhece o direito fundamental à preservação do patrimônio cultural. Se o bem comprovadamente reveste-se de relevância cultural, não há como retirar a proteção especial a ele conferida, posto que a proteção de tais valores está diretamente relacionada ao dever de solidariedade, cabendo a sua preservação para as presentes e futuras gerações.

117 CARVALHO NETTO, 2004. p. 38-39.

diversa das regras, a que Dworkin denominou de dimensão de peso ou importância, desta forma, quando os princípios se inter cruzam, aquele que solucionará o conflito deverá ter em consideração a força relativa de cada um¹¹⁸.

São estas as razões pelas quais se defende que decisões judiciais que venham a atribuir ao Estado, a responsabilidade de reparar o dano cultural, com fundamento na interpretação literal do art. 19 do Decreto-lei n. 25, de 1937¹¹⁹, acabam por malferir os princípios constitucionais da função social da propriedade e da participação popular. Portanto, a resposta constitucionalmente adequada pressupõe a aplicação dos aludidos princípios.

Conclui-se que na análise da responsabilidade civil em face do dano cultural, o Poder Judiciário ao analisar as particularidades do caso concreto, promovendo a aplicação do teor do art. 19 do Decreto-lei n° 25, de 1937¹²⁰, de forma imprescindível deve considerar os princípios constitucionais (preservação do patrimônio cultural e função social da propriedade), sob pena de afastar a concretização de direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Este estudo pretendeu, em primeiro lugar, apresentar o conceito de patrimônio cultural, tomando por referência os parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1988 que introduziu diversas inovações, das quais se destaca, o respeito à diversidade cultural, por prescrever expressamente a proteção a todos os bens culturais que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Delimitado o conceito de patrimônio cultural, foi importante demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio adota a concepção ampla e unitária de meio ambiente, rechaçando-se a possibilidade de sustentar que a referida premissa esteja vinculada apenas aos bens naturais.

Aspecto de maior relevância diz respeito ao reconhecimento do direito à preservação do patrimônio cultural como direito fundamental e difuso, o que tem o condão de provocar inúmeros benefícios de ordem formal e substancial.

Uma vez estabelecidas estas premissas, relevantes para o desenvolvimento do tema central, para que fosse possível formar convicção acerca de quais seriam os limites da atuação do Poder Judiciário no tocante à responsabilização estatal quanto à reparação de

118 DWORKIN, 2010. p. 42-43.

119 BRASIL, 1937.

120 BRASIL, 1937.

dano ao patrimônio cultural decorrente da omissão no cumprimento do dever de conservação de imóveis tombados pertencentes a particulares, foi necessário apontar as principais características do regime de responsabilidade civil ambiental.

Sempre tomando como referência o arcabouço constitucional, sustentou-se o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, inclusive nos casos de omissão, contudo, aplicar-se-iam as excludentes de responsabilidade, uma vez que adotada a teoria do risco administrativo.

Importante reflexo que decorre desta concepção diz respeito à necessidade de comprovação do nexo de causalidade para que configurada a responsabilidade estatal.

Tecidas estas considerações, considerou-se apropriado proceder à análise de um caso concreto, tendo-se feito opção pela decisão proferida por juízo monocrático acerca da responsabilidade pela reparação de dano ambiental a imóveis pertencentes à Santa Casa de Misericórdia do Recife.

Do exame, observou-se, dentre outros aspectos que: a) a atribuição de responsabilidade ao Poder Público foi perpetrada com fundamento no art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937; b) não se entendeu exigível a comprovação do nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade; c) e por fim, não se cogitou da análise dos preceitos constitucionais pertinentes.

Conquanto a controvérsia acerca da inobservância ao teor do §6º do art. 37 da Constituição Federal fosse suficiente para suscitar questionamento quanto à adequação do tratamento jurídico dado ao caso concreto, percebeu-se que as implicações da decisão judicial seriam bem mais significativas, posto que o atendimento de outros princípios constitucionais restariam ameaçados.

Desta feita, mostrou-se pertinente aprofundar a análise quanto aos princípios da participação popular e da função social da propriedade.

Quanto ao primeiro, chegou-se à conclusão de que a responsabilidade pela proteção ao patrimônio cultural fora atribuída tanto ao Poder Público quanto aos particulares, do que se deduz que deve haver cooperação para que respeitado este direito fundamental.

Nesta perspectiva, no que toca à comunidade, além da necessidade de se conferir a oportunidade de participação dos cidadãos nos processos decisórios, no controle da atividade desenvolvida pelo administrador e pelo legislador, também se vislumbra a existência de deveres fundamentais, inclusive de forma individualizada dos membros da comunidade.

Em relação aos imóveis tombados, infere-se a existência do dever de promover a conservação e manutenção dos bens culturais, não havendo que se cogitar em discricionariedade quanto ao cumprimento desta obrigação, razão pela qual eventual dano

decorrente desta omissão deve ser imputado ao proprietário do mesmo.

Quanto ao segundo princípio, verificou-se que o exercício do direito fundamental à propriedade somente se legitima se cumprida a função social, imposição prevista no bojo de diversos dispositivos constitucionais.

Tendo em conta o objeto do estudo, depreende-se ser obrigação do proprietário adotar as medidas visando à integridade do bem cultural, posto que ao optar por não adotá-las, deixa de atender à função social, na dimensão ambiental, o que impõe a responsabilização em caso de dano.

Sustentar o contrário seria penalizar duplamente a sociedade, posto que primeiramente ela seria lesada em razão do dano ao patrimônio cultural, posto que malferido o direito fundamental à sua preservação. Em seguida, no final das contas, atribuir a responsabilidade ao Poder Público neste contexto, representa, na verdade, atribuir à própria comunidade a obrigação de indenizar o dano, enquanto os responsáveis permanecem impunes e dispensados do cumprimento dos deveres fundamentais decorrentes dos princípios da participação popular e função social da propriedade.

Na análise dos dois princípios, frisou-se que não se desconsidera que há hipóteses em que o dono do imóvel se vê impossibilitado materialmente de cumprir o dever fundamental de proteger o patrimônio cultural brasileiro, dever decorrente do §1º do art. 216 da Constituição Federal¹²¹.

Em tais hipóteses, reconheceu-se que incumbiria ao Poder Público assumir diretamente a responsabilidade de prover os recursos necessários à manutenção e conservação dos bens, via de consequência, a inércia administrativa poderia ocasionar dano e, por conseguinte, a respectiva responsabilização.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que o Direito constitui um importante instrumento de transformação da sociedade¹²², tendo o Poder Judiciário um relevante papel na concretização dos direitos fundamentais.

Contudo, como alertado no bojo do presente estudo, há que se exigir que no cumprimento deste objetivo, adote decisões que retrabalhem construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente¹²³.

Isto posto, conclui-se que a interpretação a ser conferida ao teor do art. 19 do Decreto-lei n. 25, de 1937, deve necessariamente considerar os princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal de 1988,

121 BRASIL, 1988.

122 STRECK, 2008. p.1.

123 CARVALHO NETTO, 2004. p.38.

e por conseguinte, vislumbra-se que os princípios da participação popular e função social da propriedade revestem-se de limites legítimos no controle judicial quanto à responsabilização estatal.

REREFÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2012. 36 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163> >. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

AYALA, Patryck de Araújo. *O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

BRASIL. *Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro, 1937. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Brasília, 1981. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Brasília, 1998. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Brasília, 2001. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

BRASIL. Lei Complementar Municipal nº 07, de 18 de fevereiro de 1997. Florianópolis, 1997. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/lei-complementar/1997/0/7/lei-complementar-n-7-1997-consolidacao-das-leis-tributarias-do-municipio-de-florianopolis.html>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei Municipal nº 691, de 24 de dezembro de 1984. Rio de Janeiro, 1984. Disponível em: <http://www0.rio.rj.gov.br/patrimonio/pastas/legislacao/lei691_84.pdf>. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei Municipal nº 5.839, de 28 de dezembro de 1990. Belo Horizonte, 1990. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/1990/583/5839/lei-ordinaria-n-5839-1990-procede-a-reavaliacao-das-isencoes-incentivos-e-beneficios-fiscais-de-acordo-com-o-art-21-do-ato-das-disposicoes-constitucionais-transitorias-da-lei-organica-do-municipio-de-belo-horizonte.html>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1001780/ PR. Agravante: União. Agravado: Margaret Marieta Giani Campo e outros. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma. Brasília, DF, 27.09.2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 04.10.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 30519/RJ. Recorrente: União. Recorrido: Maria da Glória Mallet de Souza Aguiar Nina Ribeiro e outro. Relator: Min. Torreão Braz, Segunda Turma. Brasília, DF, 25.05.1994. *Diário de Justiça*, 20.06.1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 604725/PR. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, DF, 21.05.2005. *Diário de Justiça*, 22.08.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 647493/SC. Recorrente: União e outros. Recorrido: Augusto Baptista Pereira-Espólio e outros. Relator: Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma. Brasília, DF, 22.05.2007. *Diário da Justiça*, 22.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1856/RJ. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outro. Relator: Min. Celso de Mello, Plenário. Brasília, DF, 26.05.2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 481110 AgR/PE. Agravante: Usina Petribu S/A. Agravado: União. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma. Brasília, DF, 06.02.2007. *Diário da Justiça*, 09-03-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 22164*. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Plenário. Brasília, DF, 30.10.1995. *Diário da Justiça*, 17.11.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Plenário. Brasília, DF, 01.09.2005. *Diário da Justiça*, 03.02.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 134.297. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Paulo Ferreira Ramos e outro. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma. Brasília, DF, 13.6.1995. *Diário da Justiça*, 22.9.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. RE 109615/RJ. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrido: Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma. Brasília, DF, 28.05.1996. *Diário de Justiça*, 02.08.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 724.098/RJ. Agravante: Marcos Augusto Sacco. Agravado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Teori Zavaski, Segunda Turma. Brasília, DF, 16.04.2013. *Diário de Justiça Eletrônico*, 26.04.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Embargos Infringentes em Apelação/Reexame Necessário 3866-PE(0009930-90.2003.4.05.8300). Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti, Plenário. Recife, PE. *Diário de Justiça Eletrônico*, 03.04.2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (organizador). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

CURY, Isabelle. *Cartas Patrimoniais*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004.

DWORKIN, Ronald. A Conferência Mccorkle de 1984 – *As ambições do Direito para si próprio*. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 12 p. (Texto complementar da Disciplina Direito Constitucional de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. 317 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Análise dos impactos ao patrimônio cultural no âmbito dos estudos ambientais. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos urbanísticos de proteção ao patrimônio cultural. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA,

Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 169-287.

_____. Tutela constitucional do patrimônio cultural brasileiro: o inventário como um novo instrumento de proteção. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 321-349.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva.

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

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos polêmicos em torno do patrimônio cultural. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 382 p.

SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 10 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

_____. *Razão prática, Moral e Direito – uma leitura contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 14 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

SILVA, Davi José de Souza da; FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. *A moralidade política na prática judicial em Dworkin*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/davi_jose_de_souza_da_silva2.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. revista e atualizada, Curitiba: Juruá, 2009.

SRECK, Lênio Luiz. *A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas concretas*. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/>

bid/PDIprintentd.aspx?pdiCntd=79325&idPublicac... >. Acesso em: 18 nov. 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 663.