

DIREITO, SOCIEDADE E CULTURA:

VÍNCULOS PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO À CULTURA E PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA,
HISTÓRIA E PATRIMÔNIO CULTURAL DO BRASIL

LAW, SOCIETY AND CULTURE:

LINKS TO EFFECTIVITY OF LAW TO CULTURE AND PRESERVATION,
HISTORY AND BRAZIL'S CULTURAL HERITAGE

Silviana Lucia Henkes
silvi_henkes@hotmail.com

Alexandre Fernandes Gastal
alexandregastal@via-rs.net

Recebido: 30/09/2013

Aprovado 25/08/2014

SUMÁRIO: Introdução 1. A importância da preservação do patrimônio cultural para conferir efetividade ao direito à cultura 2. Os instrumentos jurídicos existentes no direito brasileiro aptos à tutela do patrimônio cultural 2.1 Ação popular 2.2. Ação civil pública 2.3 Tutelas inibitórias 2.4 Responsabilidade civil 3. Considerações Finais. Referências.

Resumo:

O cidadão tem constitucionalmente assegurado o direito à cultura (artigo 215), assim como o dever de proteger o patrimônio cultural, já que esse integra o meio ambiente (artigo 225 da CF/88). Desse modo, o artigo tem como objetivo evidenciar a importância da participação social na preservação do patrimônio cultural, analisando os principais instrumentos jurídicos dispostos à consecução desta finalidade, como forma de assegurar a efetividade do direito à cultura e a preservação do patrimônio cultural, além de garantir a equidade intergeracional no acesso à cultura e fruição do meio ambiente

Abstract:

The citizen is constitutionally assured of the right to culture (article 215), as well as the duty to protect cultural heritage, once it integrates the environment (article 225 of the Federal Constitution, 1988). So, this article aims to show the importance of social participation in the preservation of the cultural heritage, analyzing the main available juridical instruments to the consecution of this goal, as a way to assure the effectiveness of the right to culture and the preservation of the cultural heritage, besides guaranteeing the intergenerational equity to access culture and fruition of the environment

ecologicamente equilibrado. A utilização dos instrumentos jurídicos, de forma direta ou por da provocação dos entes legitimados, pela sociedade, potencializa a efetividade do direito à cultura, tendo em vista que os instrumentos de tutela do patrimônio cultural específicos (inventário, registro, tombamento e desapropriação), arrolados pela Constituição Federal de 1988 (artigo 216, §1º) dependem da ação direta do Poder Público, e, na maioria deles, a participação social é relegada ao plano secundário, tornando-se perfunctória. A pesquisa estabelece a seguinte hipótese: a efetividade do direito à cultura depende da participação social na gestão e preservação do patrimônio cultural, inclusive, pela utilização dos instrumentos jurídicos de prevenção e reparação de danos, assim como, daqueles capazes de anular ou declarar nulos os atos lesivos. O trabalho foi desenvolvido a partir do método indutivo, foram usadas referências nacionais e estrangeiras.

Palavras-Chave:

Patrimônio cultural; direito à cultura; equidade intergeracional; preservação ambiental; instrumentos jurídicos.

INTRODUÇÃO

A preservação do patrimônio cultural, esse compreendido na ampla acepção conferida pela Constituição Federal de 1988 (artigo 216) e a ampliação do acesso à cultura são fundamentais para assegurar a eficácia do direito à cultura, consagrado na Constituição Federal de 1988 (artigo 215).

Visando conferir efetividade ao seu próprio texto, a Constituição Federal de 1988 (artigo 216, §1º) determina que incumbe ao Poder Público com a colaboração da sociedade promover e proteger o patrimônio cultural, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento. Contudo, esses instrumentos dependem da ação direta do

ecologically balanced. The use of juridical instruments, directly or by any provocation from the legitimate, by society, potentiates the effectiveness of the right to culture, once the specific instruments of guardianship of the cultural heritage (inventory, registry, safekeeping and expropriation) mentioned in the Federal Constitution of 1988 (article 216, 1st §) depend on a direct action of the Public Power, and, in the majority of those instruments, social participation is relegated to a secondary plan, becoming perfunctory.

The research establishes the following hypothesis: 1) the preservation of the cultural heritage, including the use of juridical instruments of prevention and reparation to any damage, as well as those of cancellation and nullity of harmful acts. Inductive method was applied to the work and national and foreign references were mentioned.

Keywords:

Cultural heritage, right to culture, intergenerational equity, environmental preservation, juridical instruments.

Poder Público, o que resulta, infelizmente, não raras vezes, na fragilização da tutela do patrimônio, seja por desídia do Poder Público, seja pela elevada burocracia o que torna os citados instrumentos morosos e, por conseguinte, ineficazes.

Convém salientar que o cidadão tem constitucionalmente assegurado o direito à cultura (artigo 215), assim como o dever de proteger o patrimônio cultural. Nesse sentido, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 determina que a coletividade tem o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Segundo a melhor doutrina, o patrimônio cultural faz parte do meio ambiente. Indiscutível que o Direito Ambiental tem por objeto de estudo não só o ambiente natural, mas também as questões referentes ao ambiente do trabalho, do meio artificial, do patrimônio genético e também, do patrimônio cultural.

Ainda, acerca da colaboração da sociedade na preservação do patrimônio cultural, o artigo 216-A da Carta Magna (introduzido pela Emenda Constitucional nº 71, de 29-11-2012) determina que o Sistema Nacional de Cultura será organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa entre os entes da Federação e a sociedade.

Portanto, a sociedade, ou seja, o cidadão, as associações, as ONGs e os Conselhos de Cultura, etc. devem participar da gestão do patrimônio cultural e colaborar para a preservação do mesmo. Todavia, a participação pública pelos instrumentos específicos para tal intento, arrolados na CF/88 (artigo 216 §1º), quais sejam: tombamento, desapropriação, vigilância, registro, entre outros, é perfunctória e não enseja adequadamente a efetividade do direito à cultura.

Outorgar a tutela do patrimônio cultural tão somente pelos citados instrumentos não se coaduna com o contexto atual da sociedade contemporânea marcado pela celeridade e interdependência dos acontecimentos e geração de riscos, os quais expõem o patrimônio cultural à elevada vulnerabilidade.

Desse modo, este artigo objetiva evidenciar a importância da participação social na preservação do patrimônio cultural, indicando os principais instrumentos jurídicos dispostos à consecução dessa finalidade, como forma de assegurar a efetividade do direito à cultura e a preservação do patrimônio cultural, além de garantir a equidade intergeracional no acesso à cultura e na fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A utilização dos instrumentos jurídicos de forma direta ou por provocação dos entes legitimados potencializa a efetividade do direito à cultura, pois pode impedir a geração de danos e riscos, assim como provocar a anulação ou declarar a nulidade de atos lesivos ao patrimônio cultural.

Assim, a pesquisa almeja comprovar a hipótese de que a efetividade do direito à cultura depende da participação social na gestão e preservação do patrimônio cultural, inclusive, por meio da utilização dos instrumentos jurídicos de prevenção e reparação de danos, assim como, daqueles de anulação e nulidade dos atos lesivos, tais como: ação popular, ação civil pública, tutelas inibitórias e a responsabilidade civil. A pesquisa foi desenvolvida pelo método indutivo, foram usadas referências nacionais e estrangeiras.

1 A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL PARA CONFERIR EFETIVIDADE AO DIREITO À CULTURA

Inicialmente, cumpre definir o patrimônio cultural conforme a legislação brasileira, pois sua conceituação passou por alterações legais e a partir da nova conceituação, prevista pelo texto constitucional, tornou-se dinâmica e complexa.

Também urge apresentar em breves notas a evolução conceitual do termo, bem como a de sua tutela jurídica nos principais diplomas brasileiros.

O Decreto-lei nº 25, de 1937 (artigo 1.º) diz que compreende o patrimônio histórico e artístico nacional como o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. Tudo isso, desde que inscritos nos livros Tombo.

Portanto, em uma análise pontual do citado decreto, tão somente fazem parte do patrimônio cultural os bens considerados de interesse público, pois vinculados a fatos memoráveis da história do Brasil ou pelo excepcional valor.

O mencionado Decreto-lei (artigo 1º, § 1.º), já nos idos de 1937, assinalava acerca do entendimento que os bens naturais também integram o patrimônio cultural:

Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela Natureza ou agenciados pela indústria humana.

Atualmente, a doutrina parece estar consolidada no sentido de que o patrimônio cultural integra o meio ambiente e, portanto, os microbens ambientais podem ser considerados partes ou elementos do patrimônio cultural. Figueiredo (2004), Fiorillo (2006) e Marchesan (2007), a título exemplificativo, compreendem que o patrimônio cultural faz parte do meio ambiente ao lecionar que na tutela constitucional do Patrimônio Cultural (artigos 215 e 216) está compreendida a do patrimônio cultural ambiental.

A Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto-lei nº 74, de 1977, em contraposição ao Decreto-lei nº 25, de 1937, ampliou a proteção dos bens culturais, criando novas possibilidades de intervenção, como a vigilância e o poder de polícia.

As Constituições brasileiras de 1934 e 1937 elevaram a tutela do patrimônio ao plano constitucional. Contudo, foi a Constituição Federal de 1988 (artigo 216) que promoveu novas e importantes alterações na tutela constitucional do patrimônio cultural. Ampliou seu conceito, recontextualizando o patrimônio cultural, assim como criou novas formas e instrumentos para a proteção e preservação, inclusive judiciais, a partir da provocação da sociedade:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

Destaca-se que, conforme o texto constitucional, integra o patrimônio cultural brasileiro tanto os bens materiais (móveis e imóveis, v.g. objetos obras, edificações etc.), como os imateriais (tradições e expressões transmitidas de geração a geração, por exemplo, artes, rituais, comemorações, práticas, saberes das comunidades tradicionais etc.).

Acerca da conceituação do patrimônio cultural, Reisewitz (2004) alerta para o fato de que, embora, a Constituição Federal de 1988 (artigo 216) tenha ampliado o conceito de patrimônio cultural, delimitou-o, no intuito de impedir exageros. A autora (2004) afirma que se tudo fosse preservado não haveria oportunidade para novas manifestações culturais:

Notadamente quanto mais o homem participa e constrói, como verdadeiro sujeito, a sua história, verifica-se que a idéia de identidade se fortalece.

A identidade cultural é um elemento forte que faz com que tenhamos raízes e nos unamos em torno de determinados padrões coletivos de conduta.

É que, como coletividade, e com garantia a uma memória preservada, constrói-se uma identidade coletiva capaz de nos proteger da alienação social, principalmente as originárias de um processo de globalização perverso.

Segundo Reisewitz (2004), o fundamento para que um bem seja considerado parte do patrimônio cultural brasileiro é o fato de ele ser portador de referência à identidade, à ação ou à memória dos grupos formadores de nossa sociedade, comungando assim com o entendimento constitucional. Portanto, vai daquilo que forma o ser humano até o produto dessa formação, desde que, porte referência à identidade, à ação e à memória do povo brasileiro.

Machado (2011) leciona que o conceito de patrimônio cultural está ligado a um conjunto de bens (não somente materiais) que foi transmitido para a geração presente por meio do processo de desenvolvimento cultural. Salienta o autor que o estabelecimento dos vínculos entre as gerações (presentes e futuras) e, portanto, com as diversas fases culturais faz nascer o patrimônio cultural. E também que deve haver equidade intergeracional, no que diz respeito à fruição do patrimônio cultural: “O patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura” (MACHADO, 2011, p. 1.023).

Assim, torna-se indispensável a criação de elos entre as gerações, no intuito de proporcionar a formação e o desenvolvimento do patrimônio cultural e também assegurar a equidade intergeracional na fruição deste patrimônio.

Acerca da equidade intergeracional, Weiss (1999, p. 260) em sua obra “*Un mundo justo para las futuras generaciones*” enfatiza: “Los nuevos desarrollos en la tecnología de la información pueden impulsar la homogeneidad cultural. [...]. La heterogeneidad resulta esencial para robustecer el patrimonio que traspasamos a las futuras generaciones”.

E ainda:

Los recursos culturales resultan esenciales para el bienestar de las generaciones futuras dado que les proporcionan un sentido de continuada comunión con el pasado, con una rica base de recursos sobre la cual construir y continuar sus sociedades, con el conocimiento necesario para vivir (WEISS, 1999, p. 260).

Las generaciones futuras precisan heredar una base de recursos culturales diversa. La diversidad cultural le proporciona a cada generación una gama de experiencias, ideas, conocimientos e instrumentos para ayudarlos a enfrentar los problemas que afrontarán en el cumplimiento de sus metas (WEISS, 1999, p. 260).

Luño (2011) afirma que não se pode dar o exercício da liberdade e um funcionamento efetivo da democracia quando não se possui um substrato cultural e educacional que os fortaleça, pois qualquer forma de progresso econômico, político e social exige, para a sua caracterização, como requisito indispensável, a difusão da cultura e, com ela, a liberdade de conhecer e a capacidade de julgar.

Também importa salientar que o direito à cultura e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são direitos de terceira dimensão, os quais são denominados de direitos de solidariedade e fraternidade. Para Sarlet (1998, p. 49), os direitos de terceira dimensão trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação, crianças, idosos) e se caracterizarem como direitos de titularidade difusa.

Segundo Bonavides (1999, p. 518), “A necessidade de se estabelecer um sistema para os direitos culturais advém da sua natureza, pois são

direitos que emergiram no início do século passado como direitos de terceira dimensão, dotados de intergeracionalidade e permeados por ideais de humanismo e solidariedade”.

Com a Constituição Federal de 1988, ao contrário, em especial, do Decreto-lei nº 25, de 1937, firmou-se o convencimento que a preservação do patrimônio cultural está intimamente ligada ao interesse da sociedade e não somente ao do Poder Público. Portanto, tratando-se de patrimônio cultural os interesses e direitos são transindividuais e, portanto, indispensável se torna assegurar a equidade intergeracional, no que diz respeito ao acesso equânime à fruição do patrimônio cultural, bem como do contribuir para a sua formação.

Ao participar da proteção do patrimônio cultural, o cidadão estará exercitando sua cidadania cultural e, dessa forma, participando da construção da sociedade:

[...] o grande papel do patrimônio cultural é o da manutenção, construção ou reconstrução da identidade (pessoal e coletiva) de modo, sobretudo, a proporcionar, ao indivíduo e ao grupo: a) um sentimento de segurança, uma raiz, diante das acelerações da vida cotidiana na atualidade; b) o combate contra o estranhamento das condições de existência, ao proporcionar a vinculação do indivíduo e do grupo a uma tradição, e de modo particular, a resistência contra o totalitarismo, que faz da criação de massas desenraizadas o instrumento central de uma manipulação em favor da figura atratora do ditador apresentado como único ponto de referência e orientação (REISEWITZ, 2004, p. 101).

A proteção do patrimônio cultural possibilitará à sociedade manter vínculos com o passado, proporcionando o enraizamento, a manutenção da história e a memória da sociedade brasileira.

Torna-se assim oportuno refletir acerca da importância e do dever de participação da sociedade na preservação do patrimônio cultural, bem como apresentar as possibilidades de intervenção, em especial, as judiciais, sejam diretas ou indiretas, de que dispõe o cidadão. Reitera-se que a Constituição Federal de 1988 arrola alguns instrumentos, contudo, por meio dos quais, reitera-se, a participação da sociedade é superficial. Desse modo, o dever conferido ao cidadão pela Constituição Federal de 1988 (artigo 225) é de difícil consolidação.

Depois de ressaltar a importância e o papel do cidadão na preservação do patrimônio cultural, adentrar-se-á na análise dos principais instrumentos jurídicos existentes no direito brasileiro e pelos quais o cidadão pode exigir, diretamente ou pela provocação de pessoas legitimadas, ações e medidas do Poder Público, a fim de preservar o patrimônio cultural, como forma de garantir a efetividade do direito à cultura e a equidade intergeracional no acesso à cultura.

2 OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO APTOS À TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A partir da Constituição Federal de 1988, foram ampliadas as possibilidades de intervenções para a tutela do patrimônio cultural, por meio de inúmeros instrumentos e institutos jurídicos, não somente na esfera judicial, mas também administrativa. O cidadão poderá direta ou indiretamente pela provocação de entes legitimados à propositura de demandas de natureza transindividual, propor ações em busca da preservação do patrimônio cultural, seja preventiva ou repressivamente.

A tutela preventiva busca evitar que se consume a agressão ao patrimônio cultural, enquanto a repressiva possibilita a reparação dos danos causados e/ou a sua indenização, bem como a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio.

A ação do cidadão na defesa do patrimônio ou qualquer outro assunto de seu interesse, ainda que não vinculado ao interesse público, está assegurada constitucionalmente como uma garantia aos direitos fundamentais. Neste sentido, o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 assegura o acesso à justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Acerca dos direitos culturais a CF/88 (artigo 215) é enfática: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”.

Doravante, analisar-se-ão os principais instrumentos jurídicos existentes no direito brasileiro que podem ensejar a efetividade do direito à cultura.

2.1 AÇÃO POPULAR

A possibilidade de os cidadãos postularem em juízo visando proteger o patrimônio cultural adveio pela Lei nº 6.513, de 1977, que deu nova redação à Lei nº 4.717, de 1965, que trata da ação popular, a qual também tem previsão constitucional (artigo 5º, inciso LXXIII). Portanto, a ação popular é o instrumento jurídico disposto ao cidadão visando anular os atos lesivos ao patrimônio público. É considerada pela doutrina um dos meios mais eficazes de garantir a tutela do patrimônio cultural.

Essa ação é um instrumento à disposição do cidadão, a fim de garantir a proteção dos direitos e interesses transindividuais e não somente daqueles ligados ao patrimônio público ou cultural. É, portanto, uma forma concreta de materializar a participação da sociedade. É mais, torna-se a expressão da democracia no Estado de Democrático de Direito e o seu exercício perfectibiliza a cidadania. Para Reiszewitz (2004), a ação popular é a possibilidade concreta de exercício da cidadania.

A legitimidade do cidadão para a propositura da ação popular está definida na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, LXXIII), tanto quanto na legislação infraconstitucional. Neste sentido, a Lei nº 4.717, de 1965, dispõe: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular [...]”.

Por cidadão, segundo a citada lei (artigo 1º, § 3º), é todo aquele que está em pleno gozo dos direitos políticos. Conforme Lenza (2010), estão excluídos os estrangeiros, os apátridas, as pessoas jurídicas, os brasileiros que estiverem com os seus direitos políticos suspensos ou perdidos.

Como visto, o cidadão (nacional e em pleno gozo de seus direitos políticos) é o detentor da legitimidade para propor a ação popular. Caberá ao Ministério Público acompanhar a ação, atuando como fiscal da lei (artigo 6º, § 4º, da Lei nº 4.717).

A ação popular é movida para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos, praticados de forma comissiva quanto omissiva, ao patrimônio público, considerando nestes termos não somente aqueles arrolados no artigo 1º, §1.º, da Lei nº 4.717 (os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico), mas todos os que compõem o patrimônio público numa acepção alargada, por exemplo, os bens de uso comum do povo ou os de natureza difusa, como o meio ambiente e o patrimônio cultural (móvel e imóvel).

A legitimidade passiva, por sua vez, recairá sobre todo aquele que venha lesar o patrimônio público ou os interesses e direitos difusos, como os direitos transindividuais relativos ao acesso à cultura e à formação do patrimônio cultural e sua preservação. Como tem por objetivo a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, a legitimidade passiva, como assevera Rodrigues (2011), implica na formação de litisconsórcio necessário entre a pessoa jurídica de direito público e as pessoas que se beneficiaram do ato lesivo.

Ainda cabe lembrar que se o cidadão não agiu de má-fé estará isento do ônus da sucumbência. A ação popular tem o intuito de anular atos lesivos praticados de forma comissiva quanto omissiva.

2.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública também é um instrumento jurídico assegurado constitucionalmente (artigo 129, inciso III), e sua origem no direito brasileiro decorre da promulgação da Lei nº 7.347, datada de 1985.

A busca de tutela jurisdicional para o interesse difuso impõe, como se sabe, um novo olhar sobre a questão da legitimidade ativa. O direito à preservação do patrimônio cultural é direito de todos e a todos, portanto, cabe lutar por sua preservação. No entanto, o sistema brasileiro de tutela coletiva optou por atribuir a determinados entes, tidos como representantes adequados dos interesses a tutelar, a condição de pessoas legitimadas à propositura da ação coletiva, à defesa dos interesses transindividuais, vedando ao cidadão (ressalvada, como se viu, a ação popular), individualmente considerado, a possibilidade de buscar em Juízo tutela a interesses que transcendam os limites de seu exclusivo direito subjetivo.

Por essa razão, a legitimidade para propositura da ação civil pública (artigo 5.º) é do Ministério Público, Defensoria Pública, dos Entes Federativos, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, ou ainda, das associações de defesa do patrimônio cultural e do meio ambiente, desde que constituídas há pelo menos 1 ano. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, nos termos do artigo 5.º, § 4.º da citada lei. Algumas decisões têm aplicado

o artigo, no intuito de possibilitar a propositura das ações civis públicas por associações constituídas há menos de 1 ano.

Os cidadãos (individualmente considerados), embora não possam propor a ação civil pública, têm a possibilidade de provocar os entes legitimados, em especial os membros do *parquet* e da Defensoria, órgãos normalmente de presença mais próxima ao cidadão, apresentando-lhes elementos de convicção, ou seja, informações, documentos e demais meios de prova, no intuito de formar o necessário convencimento visando à intervenção judicial (preventiva ou repressiva) a bem da tutela do patrimônio cultural.

A Lei nº 7.347 disciplina: “Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção” (artigo 6.º). E, ainda, “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis” (artigo 7.º).

A ação civil pública, como bem registra Zavaski (2007) “é instrumento com múltipla aptidão” para a tutela de direitos transindividuais e, em especial, para a prevenção ou a reparação de danos ao patrimônio cultural. Tanto serve à inibição da prática de ato ilícito, quanto à reparação de seus efeitos; tanto serve à pretensão de condenação a pagamento de dinheiro, quanto à imposição de obrigação de fazer ou de não fazer.

Nestes termos, o artigo 1.º da Lei nº 7.347 determina que a ação civil pública pode ser movida, sem prejuízo da ação popular, visando a responsabilização pelos danos morais e patrimoniais causados: ao meio ambiente; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Ratifica-se: a ação civil pública pode almejar o ressarcimento dos danos morais (extrapatrimoniais) e patrimoniais causados à coletividade, em virtude de lesões ao patrimônio cultural, seja material ou imaterial.

2.3 TUTELAS INIBITÓRIAS

O direito à cultura, à preservação do patrimônio histórico, como, aliás, todos aqueles que asseguram um meio ambiente hígido e sadio, são direitos que, se violados, não encontram possibilidade de plena

restituição por via da tutela ressarcitória. Sem embargo de que os atos que os violem ensejem a condenação de seus responsáveis a indenização de perdas e danos, essa, no mais das vezes, não será capaz de restabelecer na plenitude o objeto tutelado. Para tais direitos, que não encontram suficiente proteção na técnica do ressarcimento, impõe-se recorrer à tutela inibitória, cujo foco é a vedação do ilícito e não meramente a reparação de suas consequências.

A filosofia marcadamente liberal e individualista de nosso direito material e processual por muito tempo fez com que não se admitisse a intervenção judicial nas relações jurídicas previamente à ocorrência do dano, de modo que a única tutela que o Estado podia oferecer ao jurisdicionado era a que consistia na reparação dos danos decorrentes do ato ilícito.

Porém, o rol de princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988, a absorção pelo sistema jurídico da concepção de que os princípios têm força normativa, a consequente constatação de que é preciso, pois, conferir efetividade a princípios e regras e, por fim, o reconhecimento de que há direitos que, se violados, não se restauram plenamente por meio da tutela ressarcitória, tudo isso faz da tutela inibitória a mais adequada para proteger direitos de natureza difusa e, sobretudo, os que dizem com a tutela do ambiente, da cultura, do patrimônio.

A lógica que lhe dá sustentação é absolutamente simples: se a Constituição Federal assegura que todos têm direito de acesso a Justiça e que se lhes é vedado o exercício privado das próprias razões; se o ordenamento jurídico consagra determinados direitos cuja violação não é contornável tão só pela via do ressarcimento; então é elementar que a tutela jurisdicional que o Estado deve prestar a tais direitos, para que os preserve de maneira plena e efetiva, há de ser tutela voltada à inibição do ilícito.

O que a caracteriza é o fato de que ela não tem como pressuposto o dano, mas, tão somente, a probabilidade de ocorrência do ato ilícito. Seu propósito, assim, é o de evitar que se consuma o ilícito. Por óbvio, como em regra do ilícito decorre o dano, evitar o ilícito acaba por impedir o dano, mas este é um efeito reflexo da tutela inibitória. Ainda que não se cogite de dano concreto algum, a mera probabilidade do ilícito, por si só, enseja a atuação jurisdicional.

O instrumental adequado à busca da tutela inibitória está nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84, § 5º, do Código de Defesa

do Consumidor¹. Os dois dispositivos legais, de teor praticamente idêntico, conferem ao juiz, com vistas à “efetivação da tutela específica”, o poder de determinar as medidas para tanto necessárias.

A relação de providências ali mencionadas, meramente exemplificativa, constitui um arsenal importante para a inibição do ilícito. Ademais, tendo em vista o propósito último de obter a tutela específica do direito, tem-se que a atuação do juiz sequer deva observar os estritos limites do pedido. Ao contrário, pode deles desbordar se, ainda que por meio de providências diversas daquelas requeridas pelo autos, tiver em mira a tutela específica do direito, o que significa, no que pertine ao tema de nosso estudo, a coibição do ilícito.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilização pelos danos perpetrados ao ambiente e, portanto ao patrimônio cultural, no direito brasileiro é objetiva, ou seja, não se avaliará o elemento subjetivo da conduta, a intenção (culpa/dolo) e tampouco se a conduta é lícita ou ilícita.

Convém destacar que desde a vigência da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), o direito brasileiro erigiu a responsabilidade objetiva como fundamento da responsabilização civil pelos danos ambientais. Nesse sentido, dispõe o artigo 14, § 1º, da citada lei: “Sem obstar a aplicação das penalidades prevista 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 Código Civil vigente (Lei nº 10.406/2002), embora tenha elegido a responsabilidade civil subjetiva (arts. 186 e 187), portanto baseada no elemento subjetivo determinante da conduta, isto é, culpa (imprudência, negligência e imperícia) e dolo, como regra em nosso ordenamento, estabeleceu a responsabilidade objetiva como sistema suplementar. Essa, para os casos especificados em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, por exemplo, o direito à saúde, à vida, à segurança, ao patrimônio cultural, entre outros, consoante o artigo 927, parágrafo único.

Destarte, ao se tratar de responsabilidade civil por agressões ao meio ambiente e portanto, ao patrimônio cultural, aplicar-se-á, a responsabilidade objetiva, pois prevista em lei, no caso ambiental, a

¹ Por força do disposto no art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação subsidiária às causas que, de modo geral, têm por objeto direitos transindividuais, não se restringindo, portanto, às demandas de natureza consumerista.

Lei nº 6.938/1981 ou porque decorrente dos riscos da atividade (artigo 927, parágrafo único, do CC/02). A responsabilização civil do Estado de forma objetiva pelos danos causados ao ambiente e ao patrimônio cultural seja de forma comissiva ou omissiva não é unânime na doutrina e jurisprudência.

Embora não haja dúvidas acerca da aplicação da teoria objetiva na responsabilização civil por danos ambientais, exceto no que se trata da responsabilidade civil do Estado, há dissenso no tocante à teoria objetiva a ser empregada: Teoria do Risco Proveito também definida como Integral ou a Teoria do Risco Criado. Ambas são teorias objetivas, entretanto, a adoção de uma ou de outra apresenta repercussões distintas, principalmente no emprego ou não de excludentes de responsabilização e na determinação do nexo de causalidade (alargado ou restrito).

A responsabilidade civil no direito brasileiro, em específico quando aplicada às agressões ao meio ambiente, portanto, reitera-se, também quando aplicada às lesões ao patrimônio cultural e de um modo geral, a todas às lesões a direitos ou interesses transindividuais, vem adquirindo novos contornos, no intuito de tornar mais eficaz a tutela judicial e, desse modo, impedir a geração de danos e riscos. Torna-se assim fundamental uma análise, ainda que breve, das teorias porque a aplicação de uma ou de outra conduz a resultados diversos: maior ou menor proteção ambiental.

A Teoria do Risco Proveito ou Integral estabelece que o responsável pelo dano tem o dever de repará-lo ou fazê-lo cessar e impedir que circunstâncias adversas gerem danos futuros ou coloquem em risco a coletividade, pois será responsabilizado por todo e qualquer ato. Assim, independentemente da ocorrência de danos efetivos, basta a possibilidade de ocorrência de riscos à coletividade.

De um modo geral, essa teoria não admite nenhuma excludente de responsabilidade, por exemplo, caso fortuito, força maior, ação da vítima ou de terceiro. Ela tem como embasamento o fato de que aquele que auferir proveitos/lucros com a atividade deve arcar com os prejuízos dela decorrentes.

Outra característica dessa teoria é não diferenciar as causas principais das secundárias, intrínsecas ou não, à atividade, todas são consideradas condições do evento lesivo e, assim, cada uma delas é apta a gerar a responsabilização. Trata-se da aplicação do princípio poluidor-pagador o qual visa internalizar as externalidades ambientais negativas no processo produtivo pelo responsável, evitando-se a socialização dos riscos e dos custos deles decorrentes.

Consoante Steigleder (2004, p. 198), a citada teoria estabelece “todo e qualquer risco conexo ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado no processo produtivo, devendo o responsável reparar quaisquer danos que tenham conexão com sua atividade”.

A Teoria do Risco Criado estabelece que, na verificação da responsabilidade, dentre todos os possíveis fatores de risco, somente devem ser considerados aqueles que, por apresentarem periculosidade, são efetivamente aptos a gerar as situações lesivas (STEIGLEDER, 2004, p. 198). Deste modo, admite a aplicação de excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, fatos de terceiros, caso fortuito e força maior), pois para esta teoria, tais fatos têm o condão de romper o curso do nexo causal.

Importa salientar que nem todos os atos praticados por terceiros têm o condão de afastar a aplicação do nexo causal, logo, a responsabilidade civil. Assim, o empregador responderá pelos atos praticados por seus empregados e subalternos no exercício do trabalho ou em razão dele, consoante os artigos 932 e 933 do Código Civil/2002. Dessa forma, um empresário responderá objetivamente (independentemente da verificação de sua negligência ou imprudência) pelos danos causados ao patrimônio cultural decorrentes de atos dos seus empregados que, por exemplo, causarem danos a um bem tombado ou qualquer outro considerado patrimônio cultural.

Enfatiza-se que a responsabilidade civil aplicada aos direitos e interesses transindividuais, tornou-se um importante instrumento de gestão e controle dos riscos, assim como de acautelamento de danos, em decorrência da imposição de *astreintes* e embargos.

Inquestionavelmente, a responsabilidade civil ambiental no Direito brasileiro, visa tutelar os interesses intergeracionais, pela imposição de medidas como forma de prevenir a ocorrência de danos e impedir a geração de riscos à coletividade. Responsabiliza-se tanto pelo cometimento de danos (materializados, consumados), quando pelos danos futuros e geração de riscos de dano. A doutrina, a exemplo de Leite (2003), Steigleder (2004), Carvalho (2007a e 2007b) defende este entendimento e a jurisprudência também, mas ainda de modo incipiente.

Convém salientar que o dano futuro e o risco de dano são figuras jurídicas distintas. Aquele diz respeito à ocorrência certa (não hipotética e não provável) de um dano que se materializará em tempo futuro, caso não sejam tomadas medidas para impedi-lo. Também se constituem

dano futuro as consequências futuras de um dano já consumado. O dano é certo quanto a sua materialização.

Mirra (2002, p. 65) leciona acerca do dano futuro:

O dano deve ser certo quanto à sua existência. A certeza relaciona-se não somente quanto ao caráter atual do dano, vale dizer, aquele já iniciado ou consumado, mas também do dano futuro se ele aparece como inevitável, ainda que a sua extensão seja momentaneamente indeterminada. Ao dano certo opõe-se o eventual, o qual não dá direito à reparação, em virtude de ser um prejuízo hipotético.

O risco de dano se fundamenta na elevada probabilidade (diversa de hipotética eventualidade e de ocorrência certa) do cometimento de riscos à coletividade, no caso, ao meio ambiente, em decorrência do exercício de uma conduta ou atividade, por exemplo, na utilização de novas técnicas e tecnologias.

Dentre os doutrinadores que defendem a responsabilidade civil frente ao risco de dano, destaca-se: Leite (2003, pp. 124-125), “[...] a simples atividade geradora de riscos potenciais e não de danos concretos, podem suscitar a responsabilização do agente e obrigá-lo a cessar a atividade nociva, obviamente com fundamento nas provas e na utilização do princípio da precaução do Direito Ambiental”. E ainda: “[...] a responsabilidade objetiva tem como base a socialização do lucro ou do dano, considerando que aquele que obtém lucro e causa dano com uma atividade, deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante” (LEITE, 2003, p. 126).

Steigleder (2004, p. 181), também defende tal entendimento, pois afirma que o sistema pode se abrir para hipóteses de responsabilização sem danos consumados, nas situações em que o risco gerado por atividades intrinsecamente perigosas demanda intervenção, para suprimir o fator de risco, que deverá ser internalizado no processo produtivo.

Em síntese, cumpre destacar que o dano ambiental pode vitimar a coletividade (presentes ou futuras gerações) e também pessoas determinadas, lesando-os patrimonial ou extrapatrimonialmente (LEITE, 2003). A reparação desses danos pode ser cumulada, consoante a Súmula do STJ 37 e, de acordo com a Súmula STJ 227, podem ser acionadas tanto a pessoa física quanto a jurídica, pelos danos perpetrados ao meio ambiente.

Quando considerado o meio ambiente como um todo imaterial e indivisível, portanto, o macrobem, as lesões afetam os interesses transindividuais. Sua tutela é realizada através das ações coletivas (ação civil pública) em defesa das presentes e futuras gerações. Contudo, determinadas agressões podem afetar os microbens ambientais e, de modo reflexo, atingir e lesar interesses privados. Surge, então, o dano ambiental individual, causado por intermédio do meio ambiente (LEITE, 2003), por exemplo, o dano causado a um imóvel privado tombado, quebrar um vitral. Sua reparação deverá ser pleiteada pelos meios processuais de tutela individual da responsabilidade civil.

Importa enfatizar que o objetivo principal da responsabilidade civil consiste em proteger o patrimônio cultural das ações nocivas e da potencialização destas ações no tempo e no espaço. Independentemente da teoria empregada, deve haver a reparação integral do dano, ainda que se trate de conduta lícita, portanto, o dever de reparação ocorrerá ainda que a conduta seja licenciada e esteja de acordo com a licença ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficácia do direito à cultura e a preservação do patrimônio cultural, assim como da memória e história do Brasil dependem da efetiva participação social, a qual não resta assegurada através dos instrumentos específicos de tutela do patrimônio cultural arrolados pela Constituição Federal de 1988, portanto, a hipótese da pesquisa restou comprovada.

Assim, faz-se necessário conscientizar a sociedade de que sua participação é de extrema relevância e ainda, que tomar parte torna-se um direito-dever atribuído na Constituição Federal de 1988, conforme previsão do artigo 225.

Deste modo, a pesquisa traz em seu bojo o intuito de divulgar as possibilidades jurídicas de intervenção de que dispõe o cidadão ou que ele pode provocar. Inúmeros instrumentos podem ser utilizados para efetivar o direito à cultura e a preservação cultural, inclusive proporcionando o resguardo da memória e história do Brasil. Nesse sentido, os principais instrumentos foram analisados.

A ação popular é o instrumento que dispõe o cidadão para garantir a preservação do patrimônio cultural, inclusive proporcionando a anulação ou nulidade dos atos lesivos. A ação civil pública torna-se o

instrumento mais eficaz, na maioria dos casos, pois permite aos entes legitimados agir na prevenção e/ou reparação do dano. As tutelas inibitórias não têm como pressuposto o dano, mas, tão somente, a probabilidade de ocorrência do ato ilícito. Seu propósito, assim, é o de evitar que se consume o ilícito. Ainda que não se cogite de dano concreto algum, a mera probabilidade do ilícito, por si só, enseja a atuação jurisdicional. E por fim, a responsabilidade civil também serve para impedir o dano e impor a condenação pelos danos consumados ao patrimônio cultural, mas que atingem interesses particulares, ou seja, quando considerado macrobem a tutela é realizada através da ação civil pública em defesa das presentes e futuras gerações, no entanto, quando a lesão for aos microbens e, de modo reflexo, lesar interesses privados sua reparação deverá ser pleiteada pelos meios processuais de tutela individual: responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Lei 10.406, de 10 jan.2002. Institui o Novo Código Civil brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan.2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>> Acesso em: 10 ago.2013.
- _____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02. set.1981. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/>> Acesso em: 10 ago.2013.
- _____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Lei da ação civil pública**. Brasília, DF: Senado, 1985.
- _____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. **Lei da ação popular**. Brasília, DF: Senado, 1965.
- _____. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. **Proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional**. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1937.

- CARVALHO, Delton Winter de. Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. ano 12, n.45, jan-mar, 2007a, p.62-91.
- _____. Novas tecnologias e os riscos ambientais. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007b, p.71-90.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais. In. **Revista de Direito Ambiental**. 35/39-55, ano 9, jul-set.2004.
- FIORILLO, Celso. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEITE, J. R. M. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARCHESAN, Ana Maria. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.
- MIRRA, Alvaro Vallery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- PEREZ LUÑO, Antonio. **Derechos Humanos y Constitucionalismo en el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.
- REISEWITZ, Lucia. **Direito ambiental e patrimônio cultural: direito a preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**.
Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- STEIGLEDER, A. M. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Silviana Lucia Henkes é Professora Adjunta da Universidade Federal de Pelotas, Pós-doutoranda em Direito pela UFU e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

<http://lattes.cnpq.br/1639589668693876>

silvi_henkes@hotmail.com

Alexandre Fernandes Gastal é Professor Adjunto da Universidade Federal de Pelotas, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

<http://lattes.cnpq.br/5403004485971921>

alexandregastal@via-rs.net