**Universidade de São Paulo
Museu de Arqueologia e Etnologia
Programa de Pós-Graduação em Arqueologia**

PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO: UM BEM DIFUSO

**Subsídios do Direito Ambiental Brasileiro à Participação das
Associações Cíveis na Promoção e Proteção do Patrimônio
Arqueológico**

Henrique Augusto Mourão

**São Paulo
2007**

HENRIQUE AUGUSTO MOURÃO

PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO: UM BEM DIFUSO

**Subsídios do Direito Ambiental Brasileiro à Participação das Associações Civis
na Promoção e Proteção do Patrimônio Arqueológico**

**Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Arqueologia, do Museu de Arqueologia e Etnologia da
Universidade de São Paulo, como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Arqueologia.**

Orientador: Prof. Dr. José Luiz de Moraes

**Museu de Arqueologia e Etnografia
Universidade de São Paulo
São Paulo
2007**

Dissertação intitulada “Patrimônio Arqueológico: um bem difuso – Subsídios do Direito Ambiental brasileiro à participação das associações civis na promoção e proteção do patrimônio arqueológico”, de autoria do mestrando Henrique Augusto Mourão, apresentada à banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

José Luiz de Moraes – USP – Orientador

Celso Antônio Pacheco Fiorillo – UNIMES

José Luiz Quadros Magalhães – UFMG

São Paulo, 16 de fevereiro de 2007.

Aos meus pais

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. José Luiz de Moraes, pela orientação competente e pelas várias formas de apoio que me deu ao longo deste trabalho.

À Walkíria Lima Ribeiro Machado, em especial, pela compreensão e pelo auxílio no cotidiano profissional.

À Eliane Mourão e Mara Hissa, pela revisão e preparação do texto.

*Não há, numa constituição, cláusulas a que se
deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições.
Todas têm força imperativa de regras.*
Rui Barbosa

RESUMO

Este trabalho constitui uma pesquisa minuciosa sobre a participação da sociedade civil brasileira na promoção e na defesa do patrimônio arqueológico por meio de suas entidades associativas. Buscamos, nos princípios da moderna doutrina do Direito Ambiental, as premissas balisadoras das possibilidades de efetivação dessa participação, observando que a presença do Estado ainda se faz forte e, por isso, a proteção do patrimônio arqueológico vem sendo concebida como uma tarefa exclusivamente sua. Em face disso, nos propusemos a realizar um contraponto ao sistema jus-político comprometido com uma administração pública que, além de ineficiente, olvida da colaboração popular na construção dos processos democráticos. Chamamos a atenção para o fato de que essa participação é consagrada constitucionalmente como um direito e um dever de cidadania. Além disso, pomos em relevo a tendência mundial de conferir um caráter gerencial às administrações públicas contemporâneas, o que favorece o diálogo entre o Estado e a sociedade civil. Fundamentamos nossa reflexão no campo do Direito Ambiental constitucional brasileiro, recorrendo à literatura que toma o patrimônio arqueológico como um bem ambiental de caráter difuso, assim como à literatura que trata dos institutos participativos da sociedade civil junto à Administração Pública e dos mecanismos que favorecem seu acesso ao Poder Judiciário. Concluímos que, para o cumprimento dos princípios do Direito Ambiental, é crucial que o controle e a defesa do patrimônio arqueológico sejam realizados com a colaboração das entidades civis organizadas nos moldes do Terceiro Setor.

ABSTRACT

This work is an accurate research on the participation of the Brazilian civil society in the promotion and defense of the country archaeological site through associative entities. We sought in the principles of the modern doctrine of the Environmental Law the premises that limit the possibilities of effecting this participation, noticing that the presence of the State is still strong and for this reason, the protection of the archaeological site has been conceived as an exclusively State task. So, we proposed to put into practice a counterpoint to the jus-political system engaged to a public administration that besides being inefficient forgets the popular collaboration in the construction of the democratic processes. We call the attention to the fact that this participation is constitutionally sanctioned as a right and a duty of citizenship. Besides, we put in evidence the world-wide tendency to give a management feature to the contemporary public administrations, which allows a dialogue between State and civil society. We supported our reflection in the field of Brazilian constitutional Environmental Law by running over the literature that proposes the notion of diffuse and collective interests as well as the literature that deals with civil society participatory institutes adjoining to the Public Administration, and the mechanisms that promote its access to the Judicial Power. We got to the conclusion that to the accomplishment of the principles of the Environmental Law it is crucial that the control and defense of the archaeological site — which we consider a property of diffuse feature — are made with the collaboration of civil entities organized in the moulds of the Third Sector.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O Meio Ambiente Cultural como Classe do Meio Ambiente e o Patrimônio Cultural Arqueológico	14
1.1. Conceitos de Cultura, Bem Cultural, Patrimônio e Patrimônio Cultural	15
1.2. Definição Legal de Meio Ambiente	21
1.3. O Meio Ambiente Cultural como Classe do Meio Ambiente	25
1.4. Conceito Jurídico de Patrimônio Cultural Arqueológico	28
1.4.1. Esboço geral da legislação sobre o patrimônio cultural arqueológico	32
1.4.2. O Patrimônio Cultural arqueológico na CF/88 – destaques	42
1.5. Natureza Jurídica do Patrimônio Cultural Arqueológico	56
1.6. Competência Legislativa e Material sobre o Patrimônio Cultural Arqueológico	60
1.7. O Patrimônio Ambiental e Cultural no Direito Comparado	63
1.8. Proteção Internacional dos Bens Culturais	65
2. Os Direitos Materiais Difusos	68
2.1. Direitos Difusos, Direitos Coletivos <i>Stricto Sensu</i> e Direitos Individuais Homogêneos no Direito Brasileiro	72
2.2. O Meio Ambiente Cultural como um Bem Difuso e o Bem Ambiental Arqueológico	75
2.3. Classificação dos Bens quanto à Titularidade: bem público, bem particular e o bem difuso	77
2.4. Distinção entre Bens Públicos e Bens Difusos	81
2.5. A Instituição do <i>Bem Ambiental</i> pelo art. 225 da CR/88 e seus Aspectos Estruturais	82
2.6. O Patrimônio Arqueológico e os Bens da União Arrolados no art. 20 da CF/88	84
2.7. A Propriedade em Face dos Direitos e Deveres Fundamentais: o patrimônio arqueológico como um <i>bem difuso</i> e <i>adésputa</i>	97
3. O Neoliberalismo e a Participação da Sociedade Civil na Defesa dos Interesses Difusos no Estado Democrático de Direito	104
3.1. A Formulação do Estado Ambiental de Direito e os Novos Paradigmas: o princípio da participação como um dos princípios ordenadores da Política Global do Meio Ambiente	110
3.1.1. Progenie da Democracia Participativa	110
3.2. O Princípio da Participação como um dos Princípios Ordenadores da Política Global do Meio Ambiente	113
3.3. O Princípio da Participação como Princípio do Direito Ambiental na Constituição Federal Brasileira de 1988	116
3.4. O Princípio da Participação da Perspectiva do Direito Administrativo	120
3.5. O Direito Ambiental e o Princípio da Participação como Informador da Proteção ao Patrimônio Cultural Arqueológico	125
4. A Participação Social e as Pessoas Físicas Organizadas: o direito de agir de forma organizada na CF/88 e as associações civis	130
4.1. Democracia, Fragmentação Social e Associativismo	131
4.2. A Participação Social, as Pessoas Físicas Organizadas na CF/88 e as Associações Civis	132
4.3. O Setor Sem Fins Lucrativos: o Terceiro Setor e o formato institucional das associações civis no direito brasileiro	139
5. Os Canais de Participação da Sociedade Civil no Controle e Defesa do Bem Ambiental em Face da Clausura e do Dogmatismo da Administração Pública Brasileira	153
5.1. Os Instrumentos de Controle e Proteção do Patrimônio Cultural e o Exercício das Funções Estatais no Estado Democrático Contemporâneo	163
5.2. O Espaço Público Não-estatal, as Entidades Civis sem Fins Lucrativos e a Publicização: o plano de reforma do Estado Brasileiro de 1995	167
5.2.1. A EC 19/98, o contrato de gestão e a participação das entidades civis sem fins lucrativos na <i>Administração Pública Gerencial</i>	170
5.3. A Contribuição da Lei 9.790/99 (Lei das OSCIP's) para o Fortalecimento da Sociedade Civil Organizada na Promoção e Defesa do Bem Ambiental Arqueológico	173
5.4. Algumas Considerações	176

6. As Associações Cíveis e a Defesa Judicial do Bem Ambiental Arqueológico: as ações ambientais de efetivação da participação popular via acesso ao judiciário como componente do Estado Ambiental de Direito	181
6.1. A Legitimação Face aos Interesses Difusos: legalidade e legitimidade	189
6.2. Os Corpos Intermediários Organizados da Sociedade Civil, o Associativismo e a Legitimidade Ativa <i>ad causam</i> para a Propositura de Ações Judiciais	191
6.2.1. A legitimidade ativa das associações cíveis	193
6.2.2. O Ministério Público	194
6.3. A Defesa Judicial do Bem Ambiental: as ações ambientais de efetivação da participação popular via acesso ao judiciário	195
CONSIDERAÇÕES FINAIS	240
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	244
ANEXOS	251
Anexo 1	252
Anexo 2	254
Anexo 3	257
Anexo 4	260
Anexo 5	269
Anexo 6	274

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, situado no âmbito do Direito Ambiental, procura contribuir para o desenvolvimento do estudo dos interesses difusos, mostrando que a sociedade civil, através de seus canais de expressão, é o principal destinatário desses interesses e que ainda é plenamente factível a utopia de uma sociedade livremente auto-organizada, democrática, participativa e fundada no reconhecimento dos direitos fundamentais.

Veremos que, em face dos interesses difusos, a atividade e o engajamento da sociedade civil por meio de suas entidades associativas implicam uma posição desveladora, consultiva, reflexiva e de permanente diálogo com a Administração Pública e o mercado. Nesse passo, demonstraremos que os cidadãos brasileiros, organizados em associações, podem, e devem, assumir o processo administrativo de promoção e defesa dos interesses difusos como verdadeiros *stakeholders* ativos, afastando o espírito subsidiário imposto pelas administrações públicas burocráticas e dogmáticas, que vêem e pensam o Estado brasileiro como monopólio do público.

Para entendermos historicamente o desenvolvimento desses interesses, veremos que o poder neoliberal contemporâneo vem contribuindo, a seu modo, para o desenho dessa nova sociedade, mas ainda enxerga a sociedade civil organizada apenas como uma charmosa opção entre a sociedade nacional e a governança tecnocrata. É o que Günther Frankenberg chama de romance burocrático entre a governança e a sociedade civil, em que a primeira mantém (ou tenta manter) distância de “experimentos no campo da democracia direta”.

Um dos objetivos desta dissertação é desenvolver algumas reflexões acerca das possíveis contribuições do Direito Ambiental para a implementação das prerrogativas de participação da sociedade civil na promoção, na proteção e na administração do patrimônio arqueológico e histórico-cultural, não olvidando do arrolamento de conceitos e de princípios básicos que regem o planejamento e a prática da arqueologia, notadamente

no licenciamento ambiental de obras potencialmente lesivas ao meio ambiente, um dos principais instrumentos da política nacional do meio ambiente.

Com efeito, incorporamos aos fundamentos deste trabalho tanto os princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988 em relação à defesa e à promoção do meio ambiente, quanto as colocações propedêuticas do Direito Ambiental brasileiro, especialmente aquela que determina que o patrimônio arqueológico deve ser tratado como um bem ambiental, de caráter difuso.

Posto isso e levando em conta que a Carta brasileira de 1988 é eminentemente principiológica, o que nos permite contribuir na concretização da vontade normativa do constituinte, dando densidade e corporificação aos seus princípios abstratos, realizaremos uma análise da interpenetração e da congruência entre os dizeres do art. 225 e do parágrafo 1º do art. 216 da CR/88 (que prevêem a colaboração da comunidade na promoção, na proteção e na administração do patrimônio arqueológico) e os dizeres da legislação conseqüente, advinda do reforço constitucional dado às associações civis pelo art. 5º, XVI e segts., da CR/88 e da sua compreensão como um dos terceiros indicados no parágrafo 1º do art. 129 da CF/88, que as legitima para propor ações coletivas destinadas a tutelar o meio ambiente cultural diante de lesão ou ameaça.

Na contra-mão do espírito do legislador constituinte, pudemos conhecer, neste trabalho, a realidade brasileira configurada pelas empresas mercantis especializadas em pesquisas de arqueologia preventiva, que estão obtendo permissões do Estado (leia-se IPHAN) para realizar intervenções nos sítios arqueológicos. A concessão dessas permissões, a nosso ver, apenas revela a volúpia do ente federado em relação ao bem ambiental e o individualismo, possivelmente resultante de motivação puramente econômica, dos empresários arqueólogos. Tais atitudes não coadunam com as orientações da Carta Política e do Direito Ambiental, as quais se fundam no interesse da coletividade e, por conseguinte, tornam esse bem insuscetível de apropriação e exploração na forma do mercado.

Derradeiramente, passamos a analisar as condicionantes da participação cidadã e as formas básicas de participação das associações civis, além dos instrumentos processuais hoje existentes que lhes podem servir de veículo de expressão para a tutela e a promoção do patrimônio arqueológico, inclusive junto ao Poder Judiciário e à Administração Pública.

Este trabalho constitui sobretudo um contraponto ao sistema jurídico comprometido com uma Administração Pública burocratizada, que entende que a promoção e a tutela do patrimônio arqueológico são uma obrigação solitária do Estado, uma questão de responsabilidade dos entes federados, que abole a participação popular, notadamente a participação por meio de entidades do Terceiro Setor, mesmo estando ela consagrada constitucionalmente como um verdadeiro direito e um dever de cidadania.

CAPÍTULO 1

O Meio Ambiente Cultural como Classe do Meio Ambiente e o Patrimônio Cultural Arqueológico

1.1. Conceitos de Cultura, Bem Cultural, Patrimônio e Patrimônio Cultural

Cultura

Paulo Affonso Leme Machado cita, em seu monumental *Direito Ambiental Brasileiro*, duas acepções de cultura:

1. complexo de atividades, instituições, padrões sociais ligados à criação e difusão das belas-artes, ciências humanas e afins (HOUAISS, 2001, segundo MACHADO, 2006, p. 901);
2. o processo ou estado de desenvolvimento social de um grupo, um povo, uma Nação, que resulta do aprimoramento de seus valores, instituições, criações (FERREIRA, 1999, segundo MACHADO, 2006, p. 901).

A fim de elucidar melhor o tema, trazemos à baila mais um conceito, extraído do *site* do Instituto do Patrimônio Histórico de Minas Gerais (IEPHA/MG):¹

[...] conjunto de atividades e modos de agir, costumes e instruções de um povo. É o meio pelo qual o homem se adapta às condições de existência transformando a realidade. Cultura é um processo em permanente evolução, diverso e rico. É o desenvolvimento de um grupo social, uma nação, uma comunidade; fruto do esforço coletivo pelo aprimoramento de valores espirituais e materiais.²

Machado, referindo-se ainda ao conceito de cultura, afirma que “o processo do desenvolvimento cultural vai ser encontrado em várias gerações. O estabelecimento dos vínculos com as diversas fases culturais relacionadas com as gerações humanas faz nascer um *patrimônio cultural*” (MACHADO, 2006, p. 901-902, grifo nosso).

Em 1982, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), percebendo a necessidade de uma definição mais abrangente de

¹ O IEPHA/MG é uma fundação pública do estado organizada pela Lei Estadual n. 11.258, de 28 de outubro de 1993.

² Disponível em: <http://www.iepha.mg.gov.br/sobre_cultura.htm>.

cultura, propôs a seguinte formulação, que passou, desde então, a ser referência para as nações:

Conjunto de características distintas, espirituais e materiais, intelectuais e afetivas, que caracterizam uma sociedade ou um grupo social [...] engloba, além das artes e letras, os modos de viver, os direitos fundamentais dos seres humanos, os sistemas de valor, as tradições e as crenças. (UNESCO, 2000)³

Bem cultural

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1999, p. 286) propõe a seguinte definição de bem cultural:

Bem, material ou não, significativo como produto e testemunho da tradição artística e/ou histórica, ou como manifestação da dinâmica cultural de um povo ou de uma região. Podem-se considerar como bens culturais obras arquitetônicas, ou plásticas, ou literárias, ou musicais, conjuntos urbanos, sítios arqueológicos, manifestações folclóricas, etc.

Por sua vez, a Constituição Federal⁴ de 1988, no art. 216, não só define bem cultural, como enumera as características dos bens constitutivos do patrimônio cultural brasileiro:

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;

³ As Cartas Patrimoniais “[...] são formadoras de princípio. [...] são recomendações no que diz respeito, entre outros temas, àqueles ligados à preservação e conservação dos chamados Bens Culturais. Estes documentos, muitos dos quais firmados internacionalmente, representam tentativas que vão além do estabelecimento de normas e procedimentos, criando e circunscrevendo conceitos às vezes globais, outras vezes locais. Sua publicação oferece ao público interessado (geralmente especialistas — ainda não se popularizou ou democratizou a discussão sobre os bens culturais) um panorama das diferentes abordagens que a questão da preservação mereceu ao longo do tempo, registrando o processo segundo o qual muitos conceitos e posturas se formaram, consolidaram e continuam orientando estas ações, até os nossos dias”. (Ver ANEXO 1).

⁴ A própria Constituição Federal não deixa de ser um “produto cultural” (FIORILLO, 2004a, p. 62).

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. (Grifo nosso)

Rui Arno Ritcher nos lembra que José Afonso da Silva exalta a redação desse artigo, vendo-o como uma extrapolação do “[...] limite estreito da terminologia tradicional, para realizarem-se técnicas mais adequadas, ao falar-se em *patrimônio cultural*, em vez de *patrimônio histórico, artístico e paisagístico*, pois há outros valores culturais, que não se subsumem nessa terminologia antiga” (RITCHER, 2003, p. 14, grifo nosso).

Ressalta Ritcher (2003, p. 15) que o meio ambiente cultural “[...] é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultura) pelo sentido de valor especial.”

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2004a, p. 22) completa a definição dizendo que “o bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil”.

Patrimônio

A palavra “patrimônio”, segundo Babelon e Chastel (1994, p. 116), está historicamente associada ou à noção do sagrado, ou à noção de herança, de memória do indivíduo, de bens de família. A idéia de um patrimônio comum a um grupo social, definidor de sua identidade e, como tal, merecedor de proteção, nasceu no final do século XVIII, com a visão moderna de história e de cidade.

A respeito do conceito de patrimônio, Fonseca (1997, p. 5) nos ensina que:

Foi a idéia de nação que veio garantir o estatuto ideológico (do patrimônio), e foi o Estado nacional que veio assegurar, através de práticas específicas, a sua preservação [...]. A noção de patrimônio se inseriu no projeto mais amplo de construção de uma identidade nacional, e passou a servir ao processo de consolidação dos estados-nação modernos.

Machado (2006, p. 903) lança mão de alguns outros conceitos de patrimônio, ressaltando, primeiramente, tratar-se de um termo que vem do latim *patrimonium* e cujo primeiro significado original é “herança paterna”, pois está ligado a *pater* (pai). Ampliando-se um pouco as suas possibilidades de uso, chega-se às idéias de “bem de família” ou “herança comum” (MACHADO, 2006, p. 910).

O conceito de patrimônio, segundo Machado (2006, p. 540), “[...] está ligado a um conjunto de bens que foi transmitido para a geração presente”.

Patrimônio cultural

Já a abrangência conceitual de patrimônio cultural, segundo Cecília Rodrigues dos Santos (2001, [s.p.]), está relacionada com a retomada da própria definição antropológica de *cultura* como “tudo o que caracteriza uma população humana” ou como “o conjunto de modos de ser, viver, pensar e falar de uma dada formação social”. De maneira equivalente, Bosi, citado por Santos (2001, [s.p.]) considera *cultura* como “todo conhecimento que uma sociedade tem de si mesma, sobre outras sociedades, sobre o meio material em que vive e sobre sua própria existência”, inclusive as formas de expressão simbólica desse conhecimento através das idéias, da construção de objetos e das práticas rituais e artísticas.

Machado (2006, p. 903) observa que o *patrimônio cultural* “[...] representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de

gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir.”⁵

Deve-se levar em conta, outrossim, que o *patrimônio cultural* de um povo

[...] lhe confere identidade e orientação, pressupostos básicos para que se reconheça como comunidade, inspirando valores ligados à pátria, à ética e à solidariedade e estimulando o exercício de cidadania, através de um profundo senso de lugar e continuidade histórica.⁶

O *patrimônio cultural* é, portanto, a soma dos bens culturais de um povo e “deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura” (MACHADO, 2006, p. 903). Ele se apresenta sob diversas formas:

[...] de bens imateriais: compreende toda a produção cultural de um povo, desde sua expressão musical, até sua memória oral, passando por elementos caracterizadores de sua civilização. [...] de bens materiais: patrimônio divide-se em dois grupos básicos: bens móveis — grupo que compreende a produção pictórica, escultórica, material ritual, mobiliário e objetos utilitários e bens imóveis — que não se restringem ao edifício isoladamente, mas compreendem, também, seu entorno, garantindo sua visibilidade e fruição. No acervo de bens imóveis que constituem o patrimônio de um povo e de um lugar, incluem-se os núcleos históricos e os conjuntos urbanos e paisagísticos, importantes referências para as noções étnicas e cívicas da comunidade.⁷

Reunida em Paris entre 17 de outubro e 21 de novembro de 1972, em sua décima sétima sessão, a Conferência Geral das Nações Unidas constatou que os patrimônios cultural e natural mundiais encontravam-se cada vez mais ameaçados de destruição, de dramática deterioração e até mesmo de desaparecimento devido ao processo de urbanização próprio da era industrial e que hoje atinge universalmente todas as sociedades, provocando perdas irreversíveis de caráter cultural, social e mesmo econômico. Assim, essa entidade resolveu adotar a *Convenção para a Proteção do*

⁵ Esse juízo de valor seriam oriundos daqueles sentimentos que o patrimônio evoca nas pessoas, e que são transcendentais, ao mesmo tempo em que a sua materialidade povoa o cotidiano e referencia fortemente a vida das pessoas.

⁶ Disponível em: <http://www.iepha.mg.gov.br/sobre_cultura.htm>.

⁷ Disponível em: <http://www.iepha.mg.gov.br/sobre_cultura.htm>.

Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, em cujo art. 1º constam, como patrimônios culturais,

- os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência,
- os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência,
- os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza assim como áreas, incluindo os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência.⁸

O Brasil, já sob as diretrizes da Carta Política de 1988, ampliou o exercício dos direitos culturais do cidadão (art. 215 da CR), apresentando maiores desafios à promoção⁹ e à gestão do patrimônio cultural (art. 216 da CR). Um dos objetivos deste trabalho, conforme já dissemos na sua Introdução, é examinar conceitos constitucionais e legais relevantes para a proposição de novas formas de promoção e acautelamento do patrimônio arqueológico brasileiro. A nosso ver, isso se faz necessário porque o Estado brasileiro, na figura do IPHAN, ainda entende que a tutela desse patrimônio é uma obrigação solitária sua, mesmo com as hodiernas diretrizes constitucionais que apregoam ser o *patrimônio cultural arqueológico* um bem de caráter difuso e, assim, exigem a *participação popular* em sua promoção e preservação e tornam essa participação, além de um direito constitucional (CF/88, art. 216, § 1º), um verdadeiro dever de cidadania (MIRANDA, 2006, p. 202). O Estado brasileiro trata o patrimônio arqueológico como uma questão de responsabilidade dos entes federados, nos exatos termos do Decreto-Lei 25/37 e segundo a noção de que ainda lhe cabe, *exclusivamente*, a competência legal da “proteção, do trabalho técnico de inventário de reconhecimento,

⁸ Fonte: Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural. Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972, em sua 17ª seção.

⁹ Pode-se afirmar que promover o patrimônio cultural significa trabalhar a seu favor, impulsioná-lo, fomentá-lo, favorecer o progresso científico.

do estabelecimento de critérios e da execução de obras de restauração, da gestão do patrimônio tombado e da execução das políticas culturais”.¹⁰

1.2. Definição Legal de Meio Ambiente

A Constituição brasileira de 1988 recepcionou os termos da lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que já conceituava *meio ambiente*¹¹ em seu art. 3º, I:

Art. 3º - Para fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Segundo Durval Salge Jr. (2003, p. 9), essa definição é a mesma defendida por Luís Paulo Sirvinskas, “[...] que também busca no conceito legal a base do estudo, a manifestar que a expressão meio ambiente já está consagrada na doutrina, na jurisprudência e na própria consciência da população”.

Salge Jr. (2003, p. 73) afirma, porém, que são vários e multiformes os aspectos a serem levados em conta na expressão *meio ambiente*, “[...] muitas vezes com grande riqueza de detalhes como: natureza jurídica, requisitos, características e outras notícias

¹⁰ Para o exercício dessas políticas culturais, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) implementou a denominada gestão *desconcentrada*, conferindo autonomia às suas representações regionais (Superintendências). Isso se deu em 1970, por iniciativa do então Ministério da Educação e Cultura, que realizou um encontro dos secretários dos estados e municípios brasileiros para o estudo da complementação das medidas necessárias à defesa do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Oficializou-se, assim, um movimento em direção à descentralização. Na ocasião foi assinado o Compromisso de Brasília, que, por um lado, apoiou a política de proteção dos monumentos encaminhada pelo órgão federal e, por outro, reconheceu “[...] a inadiável necessidade de ação supletiva dos estados e municípios à atuação federal no que se refere à proteção dos bens culturais de valor nacional” e que “aos Estados e Municípios também compete, com a orientação técnica do Iphan, a proteção dos bens culturais de valor regional”, recomendando a criação de órgãos estaduais e municipais adequados à proteção, sempre articulados com o Iphan, procurando uniformidade da legislação” (Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>).

¹¹ A palavra *ambiente* tem origem latina: *ambiens, entis: que rodeia*.

igualmente imprescindíveis”. Sem sombra de dúvida, os elementos que compõem a nossa organização social pressupõem a constituição de um domínio transdisciplinar de conhecimento, visto que a compreensão de *meio ambiente* exige que se ultrapasse a noção, mais amplamente difundida, de ecologia. Com efeito, “se o conceito não absorver toda a significação do objeto, nem incorporar a necessidade de transdisciplinaridade, todo o sistema provido dele incorrerá em parcialidade, tornando-se limitado, eis que não contempla o todo” (SALGE JR., 2003, p. 73).

Celso Antônio Pacheco Fiorillo e outros doutrinadores, como Paulo Affonso Leme Machado, chamam a atenção para o fato de o termo *meio ambiente* ser redundante, pleonástico, “[...] em razão de ambiente já trazer em seu conteúdo a idéia de ‘âmbito que circunda’, sendo desnecessária a complementação pela palavra *meio*” (FIORILLO, 2004a, p. 19).

O jurista José Afonso da Silva (1994, p. 3), a seu turno, conceitua *meio ambiente* como a “[...] interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana”. Já Paulo de Bessa Antunes, adotando uma noção mais holística, que visa à natureza como um todo, propõe o seguinte entendimento:

A natureza é originada do latim *Natura*, de *nato*, nascido. Dos principais significados apontados nos diversos dicionários escolhi como os mais importantes aqueles que definem a natureza como conjunto de todos os seres que formam o universo e essência e condição própria de um ser. Assim sendo, não é difícil dizer-se que a natureza é uma totalidade. Nessa totalidade, evidentemente, o ser humano está incluído. (BESSA, 2000, p. 4)

O Advogado e ambientalista Edis Miralé (2000, p. 53) vê o meio ambiente como a “[...] interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Paulo Affonso Machado, citando Durval Salge Jr., volta a referir-se ao termo, considerando a sua origem latina e a sua ocorrência em algumas línguas modernas:

Origem latina – *ambiens, entis*, que rodeia. Entre os significados encontramos “meio em que vivemos”. A expressão “ambiente” é encontrada em italiano: “*ambiente che va intorno, che circonda*”, em francês “*ambient: Qui entoure*” ou “*environnement: ce Qui entoure; ensemble des éléments naturels et artificiels où se deroule la vie humaine*”. Em inglês “*environment: something that surrounds; the combination of external or extrinsic physical conditions that affect and influence the growth and development of organisms*” (MACHADO, 2006, p. 58).

Concordamos com Durval Salge Jr. quando ele diz que todos os conceitos trazidos à baila, mesmo que inesgotáveis, são alguns dos mais importantes da doutrina jurídica, pois o seu conjunto “[...] nos serve de reflexão a respeito da amplitude do assunto [...], até porque o direito ambiental regula a vida em todas as formas, indiscutivelmente o *bem* mais importante tutelado pelo direito” (SALGE JR., 2003, p. 75, grifo nosso).

Conforme veremos mais adiante neste trabalho, não podemos olvidar também o fato de que o *meio ambiente* vem sendo entendido pela ciência do direito como um *bem jurídico* e que a sua *natureza jurídica* é estruturada na doutrina como uma relação que diz respeito aos *interesses difusos*. Explica-se esse entendimento quando se faz referência ao meio ambiente como um “bem de uso comum do povo” (art. 225 da CR), de forma que

[...] ninguém, no plano constitucional, pode estabelecer relação jurídica com o bem ambiental que venha implicar a possibilidade do exercício de outras prerrogativas individuais ou mesmo coletivas (como as de gozar, dispor, fruir, destruir, fazer com o bem ambiental, de forma absolutamente livre, tudo aquilo que for da vontade, do desejo da pessoa humana, no plano individual ou metaindividual), além do direito de usar o bem ambiental (FIORILLO, 2004a, p. 57).

Segundo Fiorillo (2004a, p. 57), “[...] a Constituição da República não autoriza fazer com o bem ambiental, de forma ampla, geral e irrestrita, aquilo que permite fazer com os outros bens em face do direito de propriedade”.¹² Tal posicionamento supera as

¹² Para melhor elucidar o tema, Fiorillo (2004a, p. 57, nota 10) cita um acórdão do Supremo Tribunal Federal em face de uma decisão publicada em março de 2001 e que desenvolveu importante contribuição vinculada

noções tradicionais de interesses individuais e mesmo coletivos, e nos permite deduzir, do conceito jurídico de *meio ambiente*, a perspectiva de um *bem de massa*, que rompe com a idéia de apropriação individual e instaura a necessidade de limitação das condutas individuais que tendam ao dano ambiental. A nota essencial é a qualidade de difuso, ou seja, daquilo que é adéspota.

Acontece, porém, que o processo de sensibilização para determinar que é um bem jurídico¹³ está estritamente relacionado à dogmática jurídica constituída pela comunidade de juristas e operadores do direito. É essa dogmática que estabelece o paradigma a partir do qual se concebe o objeto (bem) e se define que bens são jurídicos.

Como vimos, a definição jurídica de *meio ambiente* é ampla e indeterminada e, segundo Fiorillo, o legislador constituinte optou, no art. 225, por distinguir dois objetos da tutela ambiental: “um imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem estar e a segurança da população, que vêm sintetizando na expressão da qualidade de vida” (SILVA, 1994, p. 54).¹⁴

à natureza jurídica dos bens ambientais: “Trata-se do RE 300244-9, distribuído em 15-3-2001, tendo como relator o Ministro Moreira Alves em face de ação penal contra acusado de suposta prática de crime previsto na Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), consistente no fato de o mesmo possuir em depósito, sem autorização ou licença do órgão competente, madeira nativa proveniente da Mata Atlântica. Nessa oportunidade o STF entendeu que compete à Justiça Comum o julgamento da ação penal contra acusado de suposta prática do crime previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei n. 9.605/98, uma vez que a competência da Justiça Federal para a causa somente se justificará quando houver detrimento de interesse direto e específico da União (CF, art. 109, VI), não sendo suficiente o fato de crime haver sido praticado na Mata Atlântica A QUAL NÃO É BEM DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. A turma considerou que a inclusão da Mata Atlântica no “patrimônio nacional” a que alude o art. 225, §4º, fez-se para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, A QUE COLETIVIDADE BRASILEIRA TEM DIREITO, CONFIGURANDO, ASSIM, UMA PROTEÇÃO GENÉRICA À SOCIEDADE”.

¹³ Entende-se *bem*, aqui, como tudo que recebeu uma valoração humana positiva, aquilo que possui um valor moral ou físico positivo, constituindo o objeto ou fim da ação humana.

¹⁴ José Afonso da Silva (1994, p. 20) observa que Giannini pensa de maneira semelhante, dizendo que não existe “[...] uma noção unitária de ambiente, que pode ser considerado como paisagem, bem sanitário ou ordenamento do território”.

1.3. O Meio Ambiente Cultural como Classe do Meio Ambiente

Classificar o meio ambiente, segundo Fiorillo (2004a, p. 20), é importante apenas para facilitar a identificação de atividades degradantes e de bens imediatamente agredidos. O autor lembra que o conceito jurídico de *meio ambiente* é indeterminado e unitário e, no Brasil, regido pelos princípios, diretrizes e objetivos que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente. Nessa perspectiva, uma possível divisão do meio ambiente em aspectos significativos, não olvidando o propósito maior que é tutelar a vida saudável, é a seguinte, que leva em conta quatro tipos: *meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho*.¹⁵

Interessa-nos aqui especificamente o conceito jurídico de *meio ambiente cultural*, uma vez que o patrimônio arqueológico está incluso entre os bens de natureza artificial e material que compõem o patrimônio cultural do povo brasileiro, traduzindo a sua história, formação e cultura, além dos próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil (FIORILLO, 2004a, p. 22).

Para melhor visualização do tema, reportamo-nos mais uma vez aos dizeres do texto constitucional:

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

¹⁵ Sobre essa divisão do meio ambiente, Durval Salge Jr. (2003, p. 76) nos alerta para o fato de não ser necessariamente pacífica, mas também observa que é metodologicamente recomendável para a “[...] análise de sua [do meio ambiente] profundidade e principalmente para avaliar sua importância, pois abrange a fauna e a flora, os prédios urbanos e rústicos e, ainda, a interação do homem com a cultura e o meio que labora”.

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, **arqueológico**, paleontológico, ecológico e científico. (Grifo nosso)

José Afonso da Silva (1994, p. 3) ressalta que o meio ambiente cultural “[...] é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial”.

Podemos concluir, portanto, que apesar de algumas vezes o legislador utilizar de forma indiscriminada as expressões *patrimônio cultural* e *meio ambiente* — por exemplo, a CF/88, nos artigos 225 e seguintes, relaciona o meio ambiente basicamente a apenas um de seus aspectos, o natural —, a doutrina, em sua maior parte, trabalha o patrimônio cultural como meio ambiente cultural, espécie do gênero meio ambiente.¹⁶

Desse modo, sempre que falarmos em proteção do patrimônio natural deveremos equiparar os *bens naturais* ou *ambientais* aos *bens culturais*. Essa é, inclusive, a lição de Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 910), que nos remete à interpretação feita por Lúcia Valle Figueiredo¹⁷: “art. 216, § 1º, afirma que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural brasileiro (neste compreendido o patrimônio cultural ambiental)”.

¹⁶ Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 910-911) nos revela o fato de que a Convenção da UNESCO de 1972 procurou tratar dos dois tipos de patrimônio, o cultural e o natural, ainda que os tenha conceituado separadamente: “*Patrimônio cultural* – obras arquitetônicas, esculturais ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de caráter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da História, da Arte ou da Ciência; os *conjuntos*: grupos de construções, isoladas ou reunidas, que, em razão de sua arquitetura, de sua unidade, ou de sua integração na paisagem, tenham valor universal excepcional do ponto de vista da História, da Arte ou da Ciência; os *sítios*: obra do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, assim como as zonas, compreendidos os sítios arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da História, da Arte ou da Ciência. *Patrimônio natural* – os monumentos naturais constituídos por formações físicas ou biológicas ou por grupos de tais formações que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; as formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas constituindo *habitat* de espécies animais e vegetais ameaçadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da Ciência ou da preservação; os sítios naturais ou zonas naturais estritamente, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da Ciência, da conservação ou da beleza natural”.

¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional de competências ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, ano 9, p. 39-55, jul./set. 2004.

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema¹⁸

MEIO AMBIENTE – Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (STJ – RESP 115599 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 02.9.2002)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR DEFERIDA – PARALIZAÇÃO DE OBRAS DESTINADAS AO REFLORESTAMENTO DE PINUS – INDÍCIOS DE SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS – DECISÃO CONFIRMADA – AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO – I – O dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do qual faz parte o patrimônio público cultural, incumbe ao Poder Público, em todas as esferas, federal, estadual e municipal, e a toda a coletividade. II – Constatada na Fazenda Três Pinheiros, de propriedade da agravante, indícios de sítios arqueológicos, a paralização das obras de reflorestamento, deve ser mantida, até que fique demonstrada que a sua retomada não causa prejuízo ao estudo e pesquisa do patrimônio público cultural. (TJPR – Ag Instr 0149999-2 – (24371) – Arapoti – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Hirosê Zeni – DJPR 06.12.2004)

O tombamento por motivo estético ou arquitetônico inclui-se entre os valores de interesse difuso ou coletivo, integrando o conceito hodierno de meio ambiente, que não se resume no patrimônio natural, que não indica apenas a natureza original, mas, igualmente, o patrimônio artificial, vale dizer, os recursos artificiais e culturais. As normas destinadas à proteção do meio ambiente aceitam exegese e aplicação por critério ampliativo e construtivo, ficando este unicamente na teleologia das disposições legais. Apelação improvida. (TJRJ – AC 2463/93 – (Reg. 211195) – Cód. 93.001.02463 – 8ª C. Cív. – Rel. Des. Laerson Mauro – J.12.09.1995)

¹⁸ MIRANDA (2006, p. 14).

► Direito comparado

A Constituição do Estado Norte Americano da Pensilvânia, em seu art. 127, inclui o meio ambiente natural e o cultural. A Constituição da Bulgária de 1971, também distingue o meio ambiente natural do cultural, separando-os em artigos distintos, como recursos da terra e da natureza e meio ambiente sócio cultural. A Rússia recorre também a divisão no seu texto constitucional de 7 de outubro de 1977, separando o aspecto natural do cultural. Essa é a posição da Constituição da Grécia de 1975 (SALGE JR., 2003, p. 76).

1.4. Conceito Jurídico de *Patrimônio Cultural Arqueológico*

Segundo o atual Coordenador das Promotorias de Defesa do Patrimônio Histórico, Cultural e Turístico do Estado de Minas Gerais, Marcos Paulo de Souza Miranda (2006, p. 73), a Carta de Lausanne para a gestão do patrimônio arqueológico fornece a definição de patrimônio arqueológico:

[...] uma porção do patrimônio material para o qual os métodos da arqueologia fornecem os conhecimentos primários, englobando todos os vestígios da existência humana, não importando quais sejam eles, que podem ser encontrados na superfície, no subsolo ou sob as águas.¹⁹

Miranda destaca, ainda, nos termos da Carta, que o *patrimônio arqueológico* é

[...] um recurso natural frágil e não renovável, razão pela qual a proteção dos bens de valor para a arqueologia constitui obrigação moral de todo ser humano e constitui também responsabilidade pública coletiva, que deve traduzir-se na adoção de uma legislação adequada que proíba a destruição, degradação ou alteração de qualquer monumento, sítio

¹⁹ André Prous, citado por Miranda (2006, p. 73), afirma que “Os vestígios objeto da arqueologia são divididos em a) *diretos*, compreendendo os testemunhos materiais presentes nos níveis arqueológicos tais como instrumentos de pedra, cerâmica, carvões de fogueiras, ossos, pinturas rupestres; b) *indiretos*, compreendendo objetos ou estruturas ausentes no lugar onde se poderia esperar que existissem (vestígios negativos) ou que sugerem a existência de outros objetos ou atividades cujas marcas não são encontradas no sítio (vestígios sugestivos)”.

arqueológico ou seu entorno, sem a anuência das instâncias competentes, prevendo-se a aplicação de sanções adequadas aos degradadores desses bens (MIRANDA, 2006, p. 73).

Como vários outros conceitos, o de *patrimônio arqueológico* foi consolidado em função da sua experiência advinda da práxis, com diversos projetos implementados em estudos de *arqueologia preventiva*.²⁰ Para explicar tal assertiva, é importante levar em conta que “a compatibilização entre o jurídico e o técnico-científico na arqueologia preventiva passa, necessariamente, pela colocação clara e precisa de conceitos e definições consolidados ao longo da práxis acadêmica da disciplina, considerando o seu viés patrimonial” (MORAIS; MOURÃO, 2005, p. 355).

Eis o conceito de patrimônio arqueológico:

Se patrimônio cultural é a representação da memória, o patrimônio arqueológico é a sua materialização. Em outras palavras, trata-se do conjunto de expressões materiais da cultura dos povos indígenas pré-coloniais e dos diversos seguimentos da sociedade nacional (inclusive as situações de contato inter-étnico). Potencialmente incorporáveis à memória local, regional ou nacional, o patrimônio arqueológico compõe parte da herança cultural legada pelas gerações do passado às gerações futuras. Na perspectiva da arqueologia da paisagem, o patrimônio arqueológico inclui alguns seguimentos da natureza onde se percebe uma artificialização progressiva do meio, gerando paisagens notáveis, de relevante interesse arqueológico (MORAIS; MOURÃO, 2005, p. 355).

A 9ª Superintendência Regional do IPHAN, na importante publicação *Normas e Gerenciamento do Patrimônio Arqueológico* ²¹, informa-nos os conceitos e os tipos de vestígios e sítios arqueológicos existentes no território brasileiro. Transcrevemos abaixo parte das informações fornecidas por essa publicação, em primeiro lugar um trecho da Carta de Lausanne em que se procura estabelecer, em termos gerais, quais são os

²⁰ O termo *arqueologia preventiva* foi instituído pela Portaria IPHAN 230 de 17 de dezembro de 2002, que estabeleceu o “[...] compasso necessário entre as licenças ambientais e a salvaguarda do patrimônio arqueológico [...] uniformizou ações, tanto da parte do corpo técnico do IPHAN, como dos profissionais que lidam com o assunto” (MORAIS; MOURÃO, 2005, p. 346).

²¹ A publicação da 9ª Superintendência do IPHAN, segundo os próprios organizadores, dentre os quais o arqueólogo Dr. Rossano Bastos, teve como finalidade permitir “[...] aos interessados conhecer os conceitos sobre os procedimentos arqueológicos necessários ao licenciamento de empreendimentos potencialmente causadores de impactos ambientais, subsidiando entidades e empresas que operam com Estudos de Impacto de Meio Ambiente (EIA) e Relatórios de Impacto de Meio Ambiente (RIMA) de como proceder no encaminhamento dessa questão” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. XI).

elementos constitutivos do que se denomina patrimônio arqueológico; em seguida uma relação de tipos de vestígios e sítios arqueológicos, com suas respectivas definições:

O patrimônio arqueológico “engloba todos os vestígios da existência humana e interessa todos os lugares onde há indícios de atividade humanas, não importando quais sejam elas, estruturas e vestígios abandonados de todo tipo, na superfície, no subsolo ou sob as águas, assim como o material a eles associados”. (Carta de Lausanne, 1990, citada por BASTOS, SOUZA; GALLO, 2005, p. 31)

Sambaquis

São sítios arqueológicos encontrados em regiões costeiras nas proximidades do mar, mangue e desembocadura dos rios. Construídos por populações de caçadores, coletores e pescadores que interagiam com paisagens litorâneas e estuarinas. Caracterizam-se pelo acúmulo intencional de conchas de moluscos e restos alimentares. São encontrados também vestígios de fogões (circulares e feitos de pedra), artefatos líticos, sepultamentos, além de adornos e zoólitos (esculturas feitas em pedra, representando animais).

Casas subterrâneas

São sítios arqueológicos peculiares de grandes altitudes. Apresentam-se como sulcos abertos no solo, variando de 2 a 20 metros de diâmetro e podendo alcançar 6 metros de profundidade. Serviram de habitação às populações pré-históricas, e são encontradas nas cotas mais altas dos estados de Santa Catarina, Paraná e São Paulo, salvo rara exceção reservada ao município litorâneo de Jaguaruna / SC, onde na década de 60 do século passado, se registrou algumas evidências deste tipo de sítio.

Sinalizações Rupestres

São sítios arqueológicos encontrados com relativa frequência em todos os continentes. Definidos por gravuras ou pinturas feitos nas rochas, em solo ou paredes. Em relação à técnica empregada na confecção, chamam-se petroglifos quando gravadas e pictoglifos quando desenhadas ou pintadas. São normalmente instalados em costões, rochedos, maciços e serras.

Abrigos sob rocha

Os abrigos sob rocha são formados por paredões rochosos que apresentam uma parte alta saliente, projetada por fora, formando uma espécie de telhado natural, capaz de oferecer abrigo contra chuvas, ventos e animais, répteis venenosos e outras intempéries da natureza. Com estas características foram usados como habitação pelas populações pré-históricas. No seu interior encontramos vestígios desta ocupação: fogueiras, fogões, restos de alimentação, sepultamentos e, às vezes, sinalizações rupestres.

Sítios Líticos

São lugares onde populações pré-históricas preparavam e aperfeiçoavam suas ferramentas e instrumentos de caça, pesca e coleta. As estações ou oficinas líticas são encontradas com frequência no litoral e confeccionadas normalmente em rocha muito dura. São formações de depressões na rocha: sulcos, frisos, pratos, bacias que serviam para amolar, afiar e polir as ferramentas e instrumentos. Encontramos também oficinas de lascamento, em que a maior parte do material se constitui de lascas, estilhas e núcleos de rocha abandonados ou mal formados.

Aldeias

São sítios arqueológicos que se caracterizam por manchas escuras no solo com carvão, objetos de pedra e cerâmica, restos de construções, existência de postes. O solo costuma estar muito firme e compacto. São

elevações no solo de forma circular e variam de 20 a 100 metros de diâmetro.

Acampamentos e Paradeiros

Acampamentos são pequenas áreas de ocupação temporária, caracterizados por formas circulares menores que 20 metros de diâmetro e de pouca profundidade. Normalmente com pouca ou ausência de material lito-cerâmico. Outra variação são os acampamentos conchíferos, que são sítios de formação reduzida de restos alimentares ou de uso diversos, onde predominam as conchas. São menores que os Sambaquis e com formação biogeomorfológica de características de ocupação marinha ou lagunar e de ocupação mais recente.

Sítio Histórico

O IPHAN, através de discussões travadas no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana, que tratou, entre outros assuntos, da “arqueologia aplicada ao processo de reabilitação”, formulou algumas proposições na tentativa de discutir a questão. Neste sentido, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional recomenda uma formatação de conduta para o desenvolvimento de projetos em áreas urbanas históricas.

A formulação apresentada pretende ser uma contribuição para a definição e conceituação de sítios arqueológicos históricos para fins de gestão e manejo de áreas protegidas ou não, partindo-se do princípio de que os sítios arqueológicos estão situados em áreas urbanas, podendo tanto ser históricos como pré-históricos.

Os sítios arqueológicos pré-históricos, tanto na cidade como no campo, encontram-se contemplados para efeito de proteção na lei federal nº 3.924/61.

Para efeito de conceituação dos parâmetros que definem o bem arqueológico, segundo o capítulo II, item 1 do decreto-lei nº 25/37, do artigo 2º da lei federal 3.924/61, da portaria nº 07/88 e ainda da portaria IPHAN nº 230/02, foi considerado:

Sítio arqueológico histórico em áreas urbanas são espaços geográficos delimitados pela presença de vestígios materiais oriundos do processo de ocupação do território pós-contato, tais como:

- todas as estruturas, ruínas e edificações construídas com o objetivo de defesa ou ocupação (buracos, baterias militares, fortalezas e fortins);
- vestígios da infra-estrutura (vias, ruas, caminhos, calçadas, ruelas, praças, sistema de esgotamento de água e esgotos, galerias, poços, aquedutos, fundações remanescentes das mais diversas edificações, dentre outras que fizeram parte do processo de ocupação iniciados nos núcleos urbanos e em outros lugares);
- lugares e locais onde possam ser identificados remanescentes de batalhas históricas e quaisquer outras dimensões que envolvam combates;
- antigos cemitérios, quintais, jardins, pátios e heras;
- estruturas remanescentes de antigas fazendas, senzalas e engenhos de cana e farinha;
- estruturas remanescentes de processos industriais manufatureiros;
- vestígios, estruturas e outros bens que possam contribuir na compreensão da memória nacional pós-contato (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 31-34).

Quanto ao conceito jurídico propriamente dito, o *caput* do art. 216 da CR refere-se aos bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira. O texto constitucional, nesse

sentido, estabelece uma relação entre identidade, ação e memória e a formação da sociedade brasileira.

O patrimônio arqueológico está incluído entre os bens de natureza artificial e material que compõem o patrimônio cultural do povo brasileiro, refletindo sua história, formação e cultura, além dos próprios aspectos identificadores de sua cidadania, a qual constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil.

Devemos observar, porém, que não obstante a valiosa preocupação do legislador, inclusive do Constituinte, o termo *patrimônio arqueológico* foi mal recepcionado tanto pelo Decreto-Lei 25/37 e pela Lei 3.924/61 quanto pelo texto constitucional, que não tiveram o cuidado de observar a sua semântica e adotar o léxico consagrado da ciência arqueológica. Assim, a expressão *patrimônio arqueológico*, por exemplo, aparece desassociada de *patrimônio histórico* ou *pré-histórico*, o que constitui imprecisão científica relevante.

1.4.1. Esboço geral da legislação sobre o patrimônio cultural arqueológico

O Direito Brasileiro vem, nas últimas décadas, adotando vários instrumentos legais destinados à proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural, neste incluído o *patrimônio arqueológico*. A legislação brasileira que normatiza o patrimônio cultural, inclusive o arqueológico é, com efeito, relativamente antiga, datando da terceira década do século XX. De fato, o Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, assim define o patrimônio histórico e artístico nacional:

Art. 1º - Constitui **patrimônio histórico e artístico nacional** o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação aos fatos memoráveis da

História do Brasil, quer **por seu excepcional valor arqueológico** ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. (Grifo nosso)²²

Contudo, apenas com a promulgação da Lei Federal n. 3.924, de 26 de julho de 1961, vai haver um avanço significativo na matéria.²³ A lei dispõe sobre os *monumentos arqueológicos e pré-históricos*, inspirada nas idéias preservacionistas de Paulo Duarte²⁴. Além de definir alguns conceitos básicos a respeito da práxis da disciplina (tipos de

²² Miranda (2006, p. 74) faz críticas a essa legislação (Decreto-Lei 25/37), argumentando que a proteção dos bens arqueológicos ficava na dependência do tombamento, recurso este “[...] pouco adequado à tutela do patrimônio arqueológico tendo em vista que muitos casos de pesquisa científica necessária para o estudo dos sítios acaba por desmontá-los integralmente, o que a rigor contraria a norma de proteção integral inserta no art. 17 da Lei de Tombamento, *in verbis*: ‘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 da multa de cinquenta por cento do dano causado’”. Essa legislação mereceu críticas também de Paulo Affonso Leme Machado, que nos lembra o fato de que “para a norma mencionada, para serem considerados patrimônio histórico e artístico nacional os bens deveriam ter notabilidade histórica ou ter um valor extraordinário do ponto de vista da arte, da Arqueologia, da Bibliografia e da Etnografia”. Machado (2006, p. 910) observa que a Constituição Federal de 1988 é muito mais abrangente, “[...] a começar da denominação ‘patrimônio cultural brasileiro’, e não mais ‘patrimônio histórico e artístico nacional’, e, depois, a não exigência do aspecto memorável dos fatos históricos ou do valor excepcional para as áreas culturais [...]”.

²³ Comentários do IPHAN sobre a Lei 3.924/61 e alguns de seus artigos: “As disposições gerais levam a concluir que ao ser sancionada esta lei, os autores tinham em mente a proteção e preservação em especial dos sítios arqueológicos do tipo sambaqui, que até então eram utilizados larga e fartamente na produção de adubos, cal, fertilizantes, corretivo de solo e pavimentação de estradas. Em Santa Catarina, onde existiam os maiores sítios do tipo sambaqui conhecidos do mundo, a destruição e o aproveitamento dos seus vestígios já era narrado por José de Anchieta, Fernão Cardim e outros, no século XVII. Independente de suas limitações e falhas a Lei 3.924/61 foi e tem sido um poderoso instrumento na luta para a preservação arqueológica no Brasil. Se ainda hoje existem dificuldades concretas de se fazer cumprir a legislação, isso não é um problema específico da área arqueológica, mas de vários setores legais no país, que necessitam de melhores condições de trabalho para fazer cumprir as prerrogativas constitucionais e as normas legais ordinárias. Para tanto, é necessário que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional se instrumentalize com uma política de preservação arqueológica que contemple a solução das nossas maiores dificuldades” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 4).

Art. 4º: Este artigo, “[...] que trata das penas pecuniárias desde a edição da Lei, nunca foi objeto de atualização, revisão ou ampliação. A legislação para ser eficiente no aspecto punitivo financeiro necessita prioritariamente das atualizações monetárias”. Capítulo II: “Este capítulo apresenta a primeira forma de normalização da pesquisa arqueológica realizada por particulares, estabelecendo um mínimo de normas para o seu desenvolvimento. Contribuiu muito no sentido de tornar mais difícil e improvável o aproveitamento do patrimônio arqueológico por parte de aventureiros, caçadores de tesouro e pesquisadores não qualificados”; Art. 9º: “Atualmente, os pedidos de permissão podem ser dirigidos ao Superintendente Regional do IPHAN, na região onde a pesquisa se dará. Após a instrução o processo aberto na Superintendência é encaminhado para a gerência de arqueologia do Departamento de Patrimônio Material e Fiscalização, que deliberará pelo pedido de permissão”; Art. 12: “Hoje a competência para cassar a permissão concedida está a cargo do gerente de Arqueologia, que é a pessoa que assina as referidas permissões”; Capítulo IV: “As descobertas ao acaso encontram igual proteção do Estado e acentua que a posse e a salvaguarda dos bens arqueológicos não poderá ser de pessoas, mas sim de todos, na figura do Estado. Qualquer outra forma de guarda de bens arqueológicos deve ser obrigatoriamente designada através de portaria específica editada pelo IPHAN para esse fim. Os bens arqueológicos a serem descobertos em princípio já estão protegidos pelo Poder Público e constituem direito imanente do Estado”. Capítulo V: “Embora acanhado o capítulo que deveria ser bastante enérgico, representou, naquele momento da promulgação da lei, o único instrumento para combater o comércio, o roubo e a transferência descontrolada de bens de interesse arqueológico para fora do país” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 4-12 *passim*).

²⁴ Intelectual paulista idealizador da Lei Federal 3.924/61, Paulo Duarte fundou, no início dos anos de 1960, a Comissão de Pré-História, mais tarde transformada no Instituto de Pré-História da USP, hoje absorvido pelo Museu de Arqueologia e Etnologia da mesma universidade.

registros arqueológicos, por exemplo), essa lei estabeleceu as competências institucionais relativas à pesquisa de sítios arqueológicos, introduzindo vários procedimentos administrativos (autorizações, comunicações prévias e permissões) a serem exarados exclusivamente pelo órgão federal competente, hoje o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). (MIRANDA, 2006, p. 74)

Miranda (2006, p. 74) fala da segurança jurídica trazida pela Lei 3.924/61, tendo em vista o fato de ela ter estabelecido um “[...] regime jurídico próprio para os bens de valor arqueológico cuja proteção passou a decorrer *ex vi legis*, não mais havendo a necessidade de tombamento”.²⁵

Em razão da evolução de conceitos advindos da ciência e da práxis arqueológica, a Lei 3.924/61 necessitou de regulamentação pelo órgão federal competente. Assim, foram editadas a Portaria 7/88, pela antiga Sub-Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, e as Portarias 230/02 e 28/03, pelo órgão sucessor daquela secretaria, o IPHAN.²⁶ Os conceitos mencionados dizem respeito principalmente às adaptações necessárias, relativas às ações das universidades (principalmente as universidades públicas), que ficaram incumbidas de fornecer autorizações e comunicações prévias, e à crescente arqueologia por contrato de prestação de serviços, consolidada com o próprio licenciamento ambiental.

A norma mais antiga, Portaria 7/88, se reveste de um mérito imbatível: foi a primeira a regulamentar a Lei Federal 3.924/61, propondo um roteiro de procedimentos que se converteu em plano de trabalho obrigatório aos profissionais acadêmicos e liberais que atuam na área da arqueologia. As duas últimas normas, 230/02 e 28/03,

²⁵ Nos termos do art. 1º da Lei 3.924, o sítio recebe individualização por meio do seu registro no Cadastro dos Monumentos Arqueológicos do Brasil (ato administrativo individualizador), gerenciado hoje pelo IPHAN (art. 27) (MIRANDA, 2006, p. 74).

²⁶ O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), hoje vinculado ao Ministério da Cultura, foi criado em 13/01/1937 (Lei 378/37) e, “[...] em sua luta pela proteção do patrimônio cultural, estendeu sua ação à proteção dos acidentes geográficos notáveis e das paisagens agenciados pelo homem.” (Fonte: <www.iphan.gov.br>). O IPHAN tem por finalidade a pesquisa, fiscalização e proteção do patrimônio ambiental, notadamente através da formulação de uma política neste sentido, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura (Decreto 2807/98, de 21/10/98, Anexo 1, artigo 2º).

bem mais recentes, referem-se especificamente às condições da arqueologia preventiva nos procedimentos de licenciamento ambiental. Serão comentadas adiante.

Ainda a respeito do tema, podemos destacar, a título de ilustração, outras legislações pertinentes, algumas comentadas pelo IPHAN:²⁷

1) *Procedimentos de Segurança*

> Decreto n. 72.312/73: “Promulga a convenção sobre as medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade ilícitas dos bens culturais”.²⁸

> Lei 4.845, de 19 de novembro de 1965: proíbe a saída de obras de arte produzidas no Brasil até o final do período monárquico (art. 1º) e ainda aquelas portuguesas que se incorporaram ao meio nacional até o fim do mesmo período (art. 2º). A sanção prevista na lei é o seqüestro das obras de arte pela União ou Estado, em proveito dos respectivos museus (art. 5º).

2) *Incentivos*

> Decreto-lei n. 1.809, de 23 de novembro de 1940: dispõe sobre aceitação e uso de donativos particulares pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

> Lei n. 7.505, de 02 de julho de 1986 (Lei Sarney), e Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991 (Lei Rouanet): dispõem sobre os benefícios fiscais concedidos a operações de caráter cultural ou artístico.

²⁷ Inspirado em: MIRANDA (2006); GOMES (1997); RODRIGUES (2005); BASTOS; SOUZA; GALLO (2005).

²⁸ Comentário do IPHAN: “Este decreto, editado no ano de chumbo (1964 a 1965) torna o Brasil signatário da convenção sobre as medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade ilícita dos Bens Culturais. Durante muito tempo esse decreto foi relegado ao “faz de conta”. Recentemente é que foi estabelecida operação entre o IPHAN, INTERPOL, PF qual objetivo de fazer valer a legislação vigente. A iniciativa tem dado resultados surpreendentes, tanto na apreensão de obras como na recuperação de peças furtadas que pertencem ao Patrimônio Cultural da Nação” (BASTOS; SOUZA, GALLO, 2005, p. 62).

3) *Dos crimes contra o patrimônio cultural*

> Decreto-lei n. 2.848/1940 (Código Penal Brasileiro): tipifica como crime, no seu art. 165, “Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente. Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa” e, no art. 166, “Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por Lei. Pena: detenção, de um mês a um ano, ou multa, de mil cruzeiros a vinte mil cruzeiros”.²⁹

> Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais): “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências”.³⁰

Art. 63 – Alterar o aspecto ou a estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, **arqueológico**, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Pena – reclusão, de um a três anos, e multa. (Grifo nosso)

Art. 64 – Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, histórico, turístico, cultural, religioso, **arqueológico**, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa. (Grifo nosso)

²⁹ Comentário do IPHAN: “Esta norma constante do Código Penal Brasileiro é um avanço em termos de punição aos crimes contra o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, entretanto, grande parte dos processos que visam enquadrar os réus a estas penas tem sua aplicabilidade prejudicada, pois muitas vezes em caso de condenação as penas já prescreveram” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 119).

³⁰ Esta legislação, segundo nos informa José Eduardo Ramos Rodrigues, cometeu erro imperdoável. Isso porque o §. 1º do art. 70 “informa serem autoridades competentes para lavratura de auto de infração ambiental apenas os funcionários dos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes da Capitania dos Portos do Ministério da Marinha”. Observa Rodrigues (2005, p. 287) que o IPHAN e os órgãos de preservação do patrimônio cultural estaduais não se enquadraram em nenhum dos casos, não tendo competência legal para aplicar sanção administrativa. Segue a mesma linha de raciocínio o Comentário do IPHAN: “Norma recentemente publicada que amplia a proteção ao patrimônio arqueológico e pune com maior rigor os crimes contra o patrimônio protegido, tombado ou acautelado de alguma forma. Significa um avanço na legislação de proteção, entretanto resta saber se sua aplicabilidade não enfrentará problemas semelhantes às antigas penas e multas do Código Penal Brasileiro. O art. 70 deveria ser revisto e ampliado, pois ao não contemplar todos os órgãos de preservação envolvidos na questão ambiental, lhes tira a competência legal para aplicação de sanções punitivas” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 27).

> Decreto n. 3.179, de 21 de setembro de 1999: “Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”.

4) *Patrimônio cultural e turismo*

> Lei 6.513/77 (art. 1º, I): considera os sítios arqueológicos e pré-históricos bens de interesse turístico.

> Decreto n. 3.551, de 04 de agosto de 2000: institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

5) *Parcerias da administração pública com a sociedade civil organizada, sem fins lucrativos, para a promoção e proteção do patrimônio cultural*

> Lei n. 9.790, de 23 de março de 1990: dispõe sobre a promoção da cultura através de organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

> Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998: dispõe, entre outras matérias, sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações sociais.

6) *Preservação e conservação*

> Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade): legislação que, segundo Rodrigues (2005, p. 287), parece ter o condão de moralização das leis de uso do solo urbano por intermédio da elaboração de planos diretores e da participação popular na gestão das cidades.

Entre as diretrizes do Estatuto da Cidade encontramos expressamente a proteção do patrimônio cultural (art. 2º, XII), o tombamento como instrumento para aplicação na política urbana (art. 4º, V, d), a possibilidade de transferência do direito de construir pelo proprietário de imóvel destinado à preservação (art. 35, II), além da realização de Exame prévio de Impacto de vizinhança (EIV) para licenciamento de empreendimentos causadores de significativo impacto na área urbana (art. 36). O EIV deve analisar obrigatoriamente os efeitos positivos e negativos do empreendimento sobre o patrimônio cultural (art. 37, VII) (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 27).

- > Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941: estipula como finalidade da desapropriação a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos.
- > Moção: Arqueologia subaquática (2004): ver tópico 7: Preservação e recomendações internacionais.
- > Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, art. 4º, inciso VII: “Entre os objetivos do Sistema Nacional de Conservação – SNUC, temos a proteção de características relevantes de natureza **arqueológica**, paleontológica e cultural” (RODRIGUES, 2005, p. 270, grifo nosso).
- > Decreto 84.01, de 21 de setembro de 1979, art. 7º, inciso V:

[...] o plano de manejo dos parques nacionais, que indica detalhadamente as atividades que podem ser efetuadas nessa categoria de unidade de conservação e as zonas correspondentes, poderá prever uma zona histórico-cultural. Esta é aquela onde são encontradas manifestações **históricas e culturais ou arqueológicas**, que serão preservadas, estudadas, restauradas e interpretadas para o público, servindo à pesquisa, educação e uso científico. O objetivo geral do manejo é o de proteger **sítios históricos ou arqueológicos**, em harmonia com o meio ambiente. (RODRIGUES, 2005, p. 270, grifo nosso)

7) *Preservação e recomendações internacionais*

- > Carta de Nova Delhi, editada pela UNESCO em 5 de dezembro de 1956: define os princípios internacionais a serem seguidos pelas pesquisas arqueológicas.³¹

³¹ Comentário do IPHAN: Constituição de coleções centrais e regionais: “O art. 8º da Portaria IPHAN n. 230/02 vem contemplar esta recomendação quando exige a garantia do empreendedor, no caso da

- > Carta de Lausanne (1990): carta para proteção e gestão do Patrimônio Arqueológico ICOMOS/ICAHM, LAUSANNE, 1990.³²
- > Carta de Sofia (1996): Declaração de Sofia (XI Assembléia Geral do ICOMOS³³ – Sofia, 9 de outubro de 1996).
- > Convenção da UNESCO para proteção do Patrimônio Cultural Subaquático: Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura reunida em Paris, de 15 de Outubro a 3 de Novembro de 2001, na sua trigésima sessão.
- > Moção: Arqueologia subaquática (2004): Moção dirigida ao MD Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por profissionais da área de Patrimônio Cultural e Arqueológico, reunidos no II Encontro IPHAN e Arqueólogos, entre 16 e 18 de junho de 2004, no município de Laguna/ SC. Esses profissionais, entre outras providências, consideram “[...] imprescindíveis e urgentes algumas mudanças na legislação em vigor atualmente, no Brasil, as quais tratam dos procedimentos legais necessários ao licenciamento para pesquisa arqueológica subaquática”.³⁴

destinação da guarda do material arqueológico retirado nas áreas, regiões ou municípios onde foram realizadas pesquisas arqueológicas, seja na modernização, na ampliação, no fortalecimento de unidades existentes ou mesmo na construção de unidades museológicas específicas para o caso”. Educação do Público: “A primeira referência legal às ações educativas está no art. 5º, § IV, alínea 5, da Portaria IPHAN n. 007/88, que fala sobre a proposta preliminar de utilização futura do material produzido para fins científicos, culturais e educacionais. A segunda e mais específica está nos Artigos 7º e 8º da Portaria IPHAN n. 230/02, falando que o desenvolvimento dos estudos arqueológicos deverão estar previsto nos contratos entre empreendedores e arqueólogos responsáveis pelos estudos, tanto em termos de orçamento quanto de cronograma e, no art. 8º quando fala da apropriação do acervo arqueológico pela detentora do patrimônio e a garantia de recursos do empreendedor para modernização, ampliação, fortalecimento ou construção de unidades museológicas específicas para cada caso” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 70-71).

³² Comentários do IPHAN: “O Brasil através do IPHAN, apresenta uma atuação tímida na perspectiva da cooperação internacional. Faz-se urgente um amplo programa de troca de ensinamentos e aprendizados sobre a gestão do Patrimônio Cultural Arqueológico. O IPHAN necessita ampliar o quadro de técnicos que detenham conhecimento especializado” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 84).

³³ ICOMOS é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, que reúne profissionais de diversas áreas e tem tríplice missão: fornecer assessoria científica, promover reflexão e difundir metodologia científica e tecnologias contemporâneas.

³⁴ Para examinar a íntegra dessa moção, ver BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 191.

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema³⁵

Pela regra constitucional em vigor, há várias formas pelas quais o Poder Público promoverá a proteção do patrimônio cultural brasileiro e o tombamento é apenas uma das formas. O regime dos sambaquis é estabelecido pela Lei 3.924/61 que, em seu art.27, determina a manutenção de um cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, pelo Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. No caso em exame, o “Sambaqui da Barra da Lagoa” está devidamente cadastrado no SPHAN. A apelante não é proprietária, nem do terreno, que é de marinha (CF,art.20,VII), nem do subsolo, que é patrimônio cultural (CF,art.20,X). Evidentemente que, mesmo que o fosse, tal situação jurídica não lhe conferiria o direito de destruir o sítio arqueológico em questão. (TRF4ªR.-AC95.04.33492-0 SC- 3ªT. -Relª Juíza Luiza Dias Cassales- DJU18.11.1998-p.645).

AÇÃO CÍVIL PÚBLICA - LIMINAR DEFERIDA - PARALIZAÇÃO DE OBRAS DESTINADAS AO REFLORESTAMENTO DE PINUS-INDÍCIOS DE SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS - DECISÃO CONFIRMADA AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO - I- O dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do qual faz parte o patrimônio público cultural, incumbi ao Poder Público, em todas as esferas, federal, estadual e municipal e à toda coletividade. II- Constatada na Fazenda Três Pinheiros, de propriedade da agravante, indícios de sítios arqueológicos, a paralisação das obras de reflorestamento, deve ser mantida, até que fique demonstrada que a sua retomada não causa prejuízo ao estudo e pesquisa do patrimônio público cultural. (TJPR - Ag.In.0149999-2-(24371) – Arapoti- 2ªC>Cív.- Rel. Des. Hirosê Zeni- DJPR6.12.2004).

CONSTITUCIONAL E CIVIL. DESCOBERTA REALIZADA EM MAR TERRITORIAL BRASILEIRO. DESTROÇOS DO NAUFRÁGIO DE EMBARCAÇÃO DO SÉCULO XVII OU XVIII. PROPRIEDADE DA UNIÃO. LEI 7.542/86. LEI 3.924/61. ARTS. 731 E 735 DO CÓDIGO COMERCIAL. ARTS. 607 E 608 DO CÓDIGO CIVIL/ 1916. ARTS. 1264 E 1265 DA LEI 10.406/2002. A APELAÇÃO IMPROVIDA. 1 OS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO COMERCIAL FORAM REVOGADOS TEXTUALMENTE PELO ART.38, DA LEI N.7542, DE 26.9.1986, NÃO DEIXANDO MARGEM A INTERPRETAÇÕES. 2. INSUBSÊNCIA DA TESE DA APELANTE ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE

³⁵ MIRANDA (2006, p. 76).

DOS PARÁGRAFOS ÚNICOS DOS ARTS. 28 E 32, E DO CAPUT DO ART. 38, TODOS DA LEI 7.542/86, FRENTE A CARTA DE 1967, POSTO QUE CUIDAM, TÃO SOMENTE, DE DISCIPLINAR OS BENS ACESSÓRIOS, JÁ NECESSARIAMENTE VINCULADOS AOS BENS PRINCIPAIS, QUAIS SEJAM O MAR TERRITORIAL E A PLATAFORMA CONTINENTAL, AMBOS PROPRIEDADE DA UNIÃO. 3. LOCALIZANDO-SE OS DESTROÇOS EM MAR TERRITORIAL, DE PROPRIEDADE DA UNIÃO E, HAVENDO A DESCOBERTA SIDO AUTORIZADA SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA MESMA, NÃO HÁ QUE SE INVOCAR O DISPOSITIVO DO ART. 607 DO CÓDIGO CIVIL/ 1916, EM FUNÇÃO DO PROPALADO NO DISPOSITIVO SEGUINTE, O 608, CUJA DICÇÃO FOI MANTIDA NO ART.1265, DA LEI 10.406/2002, O NOVO CÓDIGO CIVIL. 4. NO ESCOPO DE PROTEGER O PATRIMÔNIO HISTÓRICO NACIONAL BUSCOU-SE INCLUIR TAIS DESCOBERTAS COMO PROPRIEDADE DA UNIÃO E COM O MESMO PROPÓSITO A LEI 3.924/61, QUE DISPÕE SOBRE OS MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS E PRÉ-HISTÓRICOS. IMPRIGIU A OBRIGAÇÃO DE COMUNICÁ-LAS AO IPHAN - INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, REVELANDO-SE, POIS, INILUDÍVEL QUE OS BENS EM QUESTÃO DEVEM SER ENTREGUES À TUTELA DO MESMO. 5. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. (TRF5ª R.- AC-200183000003893- UF: PE Data da decisão: 26.6.2003 - Des. Federal Geraldo Apoliano).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - SÍTIO ARQUEOLÓGICO - RECUPERAÇÃO E PREVENÇÃO DE DANOS - 1. Confirma-se decisão liminar que impôs aos réus, em ação civil pública, a adoção de medidas urgentes para a recuperação e prevenção de danos causados em sítio arqueológico descoberto durante obras de construção de projeto habitacional não precedido do necessário estudo de impacto ambiental. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF1ª R. - Ag. 200401000025716- AM- 6ªT. - Relª Desª Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues - DJU 16.11.2004 - p.81).

APELAÇÃO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SÍTIO ARQUEOLÓGICO. RETIRADA DE AREIA. DEMONSTRADO NOS AUTOS OS DANOS CAUSADOS EM DECORRÊNCIA DO PROCEDER DA DEMANDA E DA FALTA DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO, IMPUNHA-SE A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. A PERÍCIA ATESTA DANOS IRREVERSÍVEIS, DE MODO QUE É CABÍVEL A RESTAURAÇÃO DO QUE FOR POSSÍVEL MAIS A INDENIZAÇÃO DOS DANOS.

APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME. (TJRS - Apel. Cív./ Reexame n.70000687921- Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano- J. 20.6.2001).

1.4.2. O Patrimônio Cultural arqueológico na CF/88 – destaques

Não se pode olvidar que a Constituição de 1988 ³⁶ trouxe novidades com relação ao patrimônio arqueológico, provocando a necessidade de se repensar sua proteção frente ao federalismo cooperativo³⁷ instituído pela Carta Magna.

Uma dessas novidades foi a retirada, do texto constitucional, da necessidade de que o “[...] sítio e a paisagem, para serem protegidos, tivessem que ser ‘notáveis’, como exigia o art. 180, parágrafo único, da EC 1/69” (MACHADO, 2006, p. 909). Nesse sentido, observa Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 909) que “as linhas demarcadoras do patrimônio cultural devem ser procuradas na ‘Seção II – Da Cultura’, integrante do Cap. III do título VIII da Constituição Federal”.

Enumerados entre os bens da União (art. 20, X, CF), os sítios arqueológicos e pré-históricos têm sua proteção definida no âmbito das competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, III, CF).³⁸ Além da

³⁶ “Constituições anteriores: EC 1/69, art. 180, parágrafo único: colocava as “jazidas arqueológicas” sob a ‘proteção especial do Poder Público’. Silente, contudo, sobre a propriedade do bem; CF/67, art. 172, parágrafo único: idêntico ao da EC 1/69; Constituições Federais de 1946, 1937, 1934, 1891: não previam a matéria” (MACHADO, 2006, p. 122).

³⁷ O Federalismo cooperativo é instituído como uma rede de solidariedade entre os entes federados, preservando as identidades locais e regionais, respeitando e garantindo a autonomia dos entes da Federação. Essa autonomia, entretanto, não descarta o poder integrador da União Federal e sequer é encarada como fator de competição entre seus membros. Exemplo típico é o Estado Alemão, contrapondo-se ao Federalismo Norte-Americano, denominado “competitivo”.

³⁸ Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 909) nos lembra, ainda, que “o artigo 24 da CF trata de uma competência diferente da competência apontada no art. 23; e, assim, vemos que o texto do inc. III do art. 23, ao se referir a ‘paisagens naturais notáveis’, não pode limitar ou modificar o campo de maior abrangência do art. 216, que não exige a condição de notabilidade para a paisagem ou outro sítio natural a ser protegido”.

competência material comum, o legislador constituinte também achou por bem instituir a competência concorrente legislativa em relação à matéria.

Assim, além de a lição constitucional determinar que os sítios arqueológicos estão entre os bens da União³⁹, o diploma jurídico máximo também fixa a gestão participativa dos entes federados nos assuntos de sua proteção, o que confirma que a Constituição utiliza a competência em razão da matéria, e não do domínio (art. 24, VI, VII e VIII). Muitas vezes, porém, os limites entre as competências comuns da União, dos Estados e dos municípios — isto é, as fronteiras que estabelecem onde termina uma competência e onde começa outra, podendo implicar até mesmo uma faixa de superposição — é assunto que pode atingir níveis de controvérsia a serem resolvidos politicamente ou jurisdicionalmente.⁴⁰ O fato é que a promulgação de uma Constituição explicitamente municipalista e ambientalista deu nova ordem ao federalismo brasileiro. Pela primeira vez, as jurisdições locais — municípios — são explicitados como entes federados (art. 1º, caput, CF/88).

No caso da matéria ambiental, o cap. VI da Constituição Federal, em seu art. 225, efetua, talvez, a mais completa menção à preservação ambiental entre as realizadas pelas Constituições das nações modernas. Nesse contexto, o patrimônio arqueológico, como evidência concreta presente no ambiente socioeconômico (por imposição da

³⁹ Miranda (2006, p. 75) confirma a visão dogmática do Ministério Público brasileiro em face dos bens ambientais, *in casu*, os sítios arqueológicos, afirmando que eles são bens da União Federal e, por conseguinte, “bens inalienáveis e imprescritíveis”. Durval Salge Jr. (2003), por sua vez, afirma que há divergência doutrinária a respeito de visões de domínio como a de Miranda (visões com que, aliás, não concordamos) e observa que há sugestões e críticas ao rol de bens delineado na Constituição Federal. O jurista defende que a conversão de bens públicos, notadamente os da União, enumerados no art. 20 do Texto Constitucional, para bens ambientais (difusos) retirando o caráter exclusivamente dominial do Estado e que permitiria, assim, uma gestão participativa ampla de diversas entidades públicas e privadas. Para Salge Jr., há, sim, contrariamente ao que é considerado por Miranda, “a possibilidade, remota ou nem tanto, da eventual alienação de parte dos bens da União de forte conotação ambiental, a pessoas naturais ou jurídicas, brasileiras ou estrangeiras, em total afronta ao estado de direito e à soberania nacional” (SALGE JR., 2003, grifo nosso). Fiorillo (2004a, p. 57), a seu turno, diz com propriedade que o fato de a “[...] Constituição Federal, ao outorgar o ‘domínio’ de alguns bens à União ou aos Estados, não nos permite concluir que tenha atribuído a eles a titularidade de bens ambientais. Significa dizer tão-somente que a União ou o Estado (dependendo do bem) serão seus gestores, de forma que toda vez que alguém quiser explorar algum dos aludidos bens deverá estar autorizado pelo respectivo ente federado, porquanto este será o ente responsável pela ‘administração’ do bem e pelo dever de prezar pela sua preservação”.

⁴⁰ A própria Constituição Federal de 1988, nos parágrafos do artigo 224, estabelece regras para a resolução de conflito dessa natureza, prevendo, por exemplo, que a competência da União se limitará a normas gerais, atribuindo competência aos Estados para editar normas gerais quando a União for omissa etc.

norma legal inserta na Resolução CONAMA⁴¹ 001/86, em seu art. 6º, I, “c”), tem sido incluído no rol das preocupações ambientais também pelos instrumentos legais menores. E não poderia deixar de ser, posto que a própria Carta da República o associa sempre à envergadura ampla das coisas ambientais e culturais vinculadas ao conceito de patrimônio. Senão, observe-se:

Art. 20 - São bens da União:

[...]

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; [...]

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

[...]

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

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

[...]

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

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

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

[...]

V - os conjuntos urbanos e os sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.⁴²

⁴¹ O CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) é órgão superior do (SISNAMA) Sistema Nacional do Meio Ambiente “[...] com a função de assistir o Presidente da República na formulação de diretrizes de política nacional do meio ambiente” (Lei 6.938/81).

⁴² MILARÉ (2000, p. 202) destaca a inovação do Texto Constitucional, que tentou definir a abrangência desse patrimônio (bens materiais e imateriais, identidade nacional etc.) dispensando a exigência de que seja de “excepcional valor”.

1.4.2.1. A Política Nacional de Meio Ambiente: a arqueologia no licenciamento ambiental e estudo de impacto ambiental

Além das definições constitucionais e infraconstitucionais concernentes aos princípios e valores fundamentais do sistema de preservação do meio ambiente, e da inclusão do patrimônio arqueológico nesse sistema, a legislação ambiental brasileira passou também a contar com uma Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei Federal 6938/81, de 31 de agosto de 1981.⁴³ Tal política, grosso modo, foi formulada com vistas à preservação, à melhoria e à recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, essencial ao desenvolvimento socioeconômico e à proteção da dignidade da vida humana.⁴⁴ Nesse diapasão, ela evidenciou os múltiplos aspectos do meio ambiente e intentou criar uma rede de integração entre os órgãos governamentais responsáveis por sua proteção (MILARÉ, 2000, p. 98).

A Política Nacional do Meio Ambiente elegeu, como um de seus instrumentos, o licenciamento ambiental, necessário à liberação de empreendimentos públicos ou privados, rurais ou urbanos, industriais ou não, que são potencialmente lesivos ao meio ambiente. O licenciamento ambiental é basicamente regulamentado pelos artigos 9º, inciso IV, e 10º, da Lei 6.938/81, pelos artigos 17º e 19º do Decreto 9.274/90, e pela Resolução 237/97 do CONAMA.⁴⁵

Consiste o licenciamento ambiental em um procedimento administrativo complexo que não se confunde com a simples licença administrativa e que tem três fases distintas e sucessivas: “Licença Prévia”, “Licença de Instalação” e “Licença de Operação”. Assim,

⁴³ Edson Peters e Paulo de Tarso Pires (2002, p. 41) entendem que a Lei 6938/81 é o “[...] mais importante diploma legal brasileiro na área ambiental, [pois] materializa a tradução jurídica do PNMA, [...] sistematiza, conceitua e instrumentaliza a ação ambiental no Brasil, além de fixar objetivos e princípios norteadores da Política Nacional para o Meio Ambiente”.

⁴⁴ Têm o mesmo propósito os arts. 2º e 9º, inciso III, da Lei 6.938/81.

⁴⁵ Regulamenta os aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional de Meio Ambiente.

para que um empreendimento com potencial degradador do meio ambiente possa ser realizado, deve ultrapassar inexoravelmente as três etapas do licenciamento, correspondendo cada uma a uma licença específica a ser expedida pelo órgão competente do Poder Público.

A Licença Prévia (LP) é “[...] concedida na fase preliminar do planejamento da atividade ou empreendimento, aprovando a sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de implementação” (FIORILLO, 2004a, p. 75). Após a concessão da licença, as atividades dela decorrentes devem ser desenvolvidas no prazo máximo de cinco anos.

Na fase seguinte, a Licença de Instalação (LI) confere ao empreendedor o tempo máximo de 6 (seis) anos para término das atividades de instalação.

Finalmente, têm-se a Licença de Operação (LO) ou Licença de Funcionamento (LF), que, segundo a Portaria 237/97 do Conama, no artigo 8º, III, “[...] visa autorizar a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta nas licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação” (FIORILLO, 2004a, p. 76).

1.4.2.2. O Estudo de Impacto Ambiental (EIA)

No que concerne à fase de Licença Prévia, o legislador constituinte (CF/88, artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV) e mesmo a norma infraconstitucional (Resolução CONAMA n. 001 de 23/01/1986, recepcionada pela CF/88) previram o importante Estudo de Impacto Ambiental (EIA), reduzido a termo no Relatório de Impacto Ambiental (RIMA):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público e à coletividade: [...]

IV - *exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.* (Grifo nosso)

O EIA, como instrumento tipicamente preventivo, deverá ser realizado antes da instalação de um empreendimento ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação dos meios físico e biótico e dos ecossistemas naturais, além do meio socioeconômico, este com interesse direto para a Arqueologia. A previsão de “significativa degradação” suscita comentários na doutrina, decorrentes do caráter subjetivo da linguagem utilizada. Tal caráter, contudo, é em grande parte atenuado pela já citada Resolução n. 001/86 do Conama, que prevê, em um rol de exemplos, atividades que implicam “significativa degradação”, tais como rodovias, oleodutos, fazendas de porte, linhas de transmissão de energia, barragens, hidrelétricas etc.

Há autores, como Milaré (2000, p. 35-36) e Peters e Pires (2002, p. 49), que admitem a exigência do EIA até mesmo fora do procedimento de licenciamento ambiental, com fulcro no artigo 8º, II, da Lei 6938/81, e no artigo 7º, IV, do Decreto 99274/90, que dispõem sobre a possibilidade de o CONAMA determinar, quando “julgar necessário”, a realização do EIA.

Fiorillo (2004a), reduzindo em parte a importância do EIA/RIMA, defende que a licença ambiental, como ato em procedimento discricionário, poderá ser concluída ainda que o EIA/RIMA indique o contrário. O autor justifica seu entendimento no princípio do desenvolvimento sustentável, previsto nos artigos 170, V e 225, ambos da CF/88. Segundo Fiorillo (2004a), se o RIMA for positivo, a licença torna-se ato vinculado e, portanto, obrigatório. A posição do autor é, todavia, minoritária.

Destarte, pode-se afirmar que o EIA foi alçado, no Direito Ambiental brasileiro, ao posto de medida essencial para a efetivação do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1.4.2.3. Licenciamento Ambiental e Estudo de Impacto Ambiental – Da análise direcionada à Arqueologia – A normatização administrativa dos órgãos do Meio Ambiente (CONAMA) e do Patrimônio Cultural (IPHAN)

a) Da Resolução CONAMA n. 001/1986

Pela Lei 6.938/81, regulamentada pelo Decreto 99.274/90, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) recebe a competência de fixar os critérios básicos de exigência do EIA/RIMA.

Nessa esteira, é digna de nota a já citada Resolução CONAMA 001, de 23 de janeiro de 1986, a qual “[...] estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da avaliação de impacto ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente”.

O Art. 6º dessa resolução determina que o estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando o meio físico, o meio biótico e os ecossistemas naturais, além do meio socioeconômico.

À Arqueologia, conforme já frisado, interessa o meio socioeconômico, definido do seguinte modo no Art. 6º, inciso I, letra “c” da resolução:

[...] o meio socioeconômico - o uso e a ocupação do solo, os usos da água e a socioeconomia, destacando os sítios e os **monumentos arqueológicos**, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos. (Grifo nosso)

Pela Resolução CONAMA 001/86, o empreendedor mandará elaborar, por suas próprias expensas, programas de mitigação e de monitoramento dos impactos ambientais negativos. Daí advém a obrigatoriedade da pesquisa de salvamento arqueológico para o licenciamento de empreendimentos potencialmente lesivos ao meio ambiente, consolidando-se os preceitos estabelecidos pela lei federal 3.924/61.⁴⁶

b) A Portaria IPHAN n. 7/88

Além das normas exaradas pelo órgão ambiental, o órgão federal gestor do patrimônio arqueológico (IPHAN) também editou, no âmbito de sua competência, normas em forma de portarias, a serem cumpridas principalmente pelos profissionais de arqueologia, no licenciamento ambiental, consoante se verá. Essas normas, ressalte-se, não necessariamente se contrapõem às resoluções do CONAMA, mesmo porque o próprio órgão reconheceu o caráter multidisciplinar do EIA/RIMA e a possibilidade de divergência entre os membros de uma equipe de análise (MILARÉ, 2001, p. 334-335).

Conforme anteriormente afirmado, a Portaria n. 07/88 do IPHAN teve o mérito de ser a primeira regulamentação da Lei 3.924/61. Porém, em que pese sua preocupação em normatizar os procedimentos de obtenção de autorização/permissão para a execução de pesquisas arqueológicas, o IPHAN previu um tempo de processamento interno no órgão excessivamente longo (90 dias), incompatível com o ritmo dos

⁴⁶ O comentário do IPHAN à Resolução CONAMA 001/86 nada acrescenta ao que aqui falamos sobre a norma: "[...] foi criada para salvaguardar o ambiente de impactos desastrosos de grandes e médios empreendimentos potencialmente poluidores" (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 39).

procedimentos de licenciamento ambiental, especialmente aqueles que tramitam em caráter de urgência.

Por outro lado, alguns itens normativos são interpretados de formas diferentes pelo corpo técnico do órgão, conforme a superintendência regional, o que gera alguns dissabores entre os profissionais de arqueologia que se dirigem ao IPHAN a fim de obter permissão para a elaboração de seus trabalhos.⁴⁷

c) A Portaria IPHAN n. 230/02

A Portaria IPHAN 230/02, expedida pelo órgão federal gestor do patrimônio arqueológico, almeja a compatibilização das fases de obtenção de licenças ambientais em urgência ou não, com os estudos preventivos de arqueologia, ao longo do processo de licenciamento de empreendimentos potencialmente capazes de afetar o patrimônio arqueológico.

Assim, na fase de obtenção de licença prévia, a norma determina os seguintes procedimentos:

A contextualização arqueológica e etno-histórica da área de influência do empreendimento, por meio de levantamento exaustivo de dados secundários e levantamento arqueológico de campo (art. 1º) [...]

No caso de projetos afetando áreas arqueologicamente desconhecidas, pouco ou mal conhecidas, que não permitam inferências sobre a área de intervenção do empreendimento, deverá ser providenciado levantamento arqueológico de campo pelo menos em sua área de influência direta. Este levantamento deverá contemplar todos os compartimentos ambientais significativos no contexto geral da área a ser implantada e deverá prever levantamento prospectivo de sub-superfície (art. 2º).

O resultado final esperado é um relatório de caracterização e avaliação da situação atual do patrimônio arqueológico da área de estudo, sob a rubrica “diagnóstico”.

⁴⁷ Comentário do IPHAN: “Em 1988, o IPHAN edita a Portaria 007/88, que regulamenta a preservação, proteção e controle de pesquisas arqueológicas em complemento à lei n. 3.924/61, que ‘dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos’. Esse instrumento da Portaria vem sendo um importante aliado na regulação e organização das pesquisas arqueológicas no Estado de São Paulo. O que propicia uma certa homogeneidade nos projetos submetidos para análise, parecer e autorização. Esta Portaria pode ser aprimorada no sentido de torná-la mais eficiente, como por exemplo com a redução do prazo” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 44).

Prossegue a norma destacando que:

a avaliação dos impactos do empreendimento sobre o patrimônio arqueológico regional será realizada com base no diagnóstico elaborado, na análise das cartas ambientais temáticas (geologia, geomorfologia, hidrografia, declividade e vegetação) e nas particularidades técnicas da obra.

Concluindo as disposições relativas à fase de licença prévia (LP), a portaria 230/02 prevê:

[...] a partir do diagnóstico e avaliação de impactos, deverão ser apresentados os programas de prospecção e de resgate compatíveis com o cronograma das obras e com as fases de licenciamento ambiental do empreendimento, de forma a garantir a integridade do patrimônio cultural da área.

Na fase de obtenção da licença de instalação (LI), será executado o programa de prospecção proposto anteriormente, com as interpretações temáticas e com a cartografia dos geoindicadores arqueológicos da área diretamente afetada pelo empreendimento, mormente contida na faixa de servidão da Licença de Trabalho (LT).

O programa de resgate arqueológico, efetuado na seqüência, previamente à realização do empreendimento, deve ser fundamentado em critérios precisos de determinação da significância dos sítios arqueológicos ameaçados, critérios estes que justifiquem a seleção de sítios a serem estudados detalhadamente.

As ações de prospecção e resgate deverão ser plenamente compatibilizadas com o cronograma das obras de implantação do empreendimento.

Ainda de acordo com os termos da portaria 230/02, os estudos arqueológicos no processo de licenciamento ambiental “implicam em trabalhos de laboratório e gabinete (limpeza, triagem, registro, análise, interpretação, acondicionamento adequado do material coletado em campo), bem como o planejamento de ações de educação patrimonial”. Essas atividades “deverão estar previstas nos contratos firmados entre os empreendedores e os arqueólogos responsáveis pelos estudos”.

Quanto à guarda do material arqueológico retirado das áreas de resgate, deverá ser garantida pelo empreendedor, seja por meio da modernização, da ampliação e do fortalecimento de unidades de pesquisa já existentes, seja através da construção de unidades museológicas específicas para o caso.

Entende-se que qualquer estudo arqueológico realizado no processo de licenciamento ambiental deve seguir o regramento da portaria 230/02, que facilmente atende a grandes e pequenos empreendimentos. De fato, no processo de licenciamento (por meio de um relatório ambiental preliminar (RAP), por exemplo) de um micro-empreendimento em que não se verifiquem danos ao patrimônio arqueológico, os estudos de arqueologia preventiva ficarão restritos à rubrica “diagnóstico”, na forma estabelecida pela portaria, sem a necessidade da proposição de programa de salvamento arqueológico.

Assim, podemos dizer que a Portaria 230/02 surgiu oportunamente. Havia, com efeito, necessidade de normatizar os procedimentos da arqueologia preventiva no processo de licenciamento ambiental. Ao estabelecer a compatibilização necessária entre as licenças e as atividades de pesquisa arqueológica, a portaria uniformizou ações, tanto por parte do corpo técnico do IPHAN, como por parte dos profissionais que estão no mercado.⁴⁸

d) A portaria IPHAN 28/03

A edição da portaria IPHAN 28/03 veio suprir grave lacuna relativa aos estudos de arqueologia preventiva no âmbito dos empreendimentos hidrelétricos. De fato, a construção de muitas usinas hidrelétricas brasileiras, especialmente as dos anos de

⁴⁸ Comentário do IPHAN: “Esta Portaria vem disciplinar de forma clara os procedimentos arqueológicos a serem executados por qualquer requerente que deseje realizar empreendimentos potencialmente causadores de danos à matriz finita do Patrimônio Cultural Arqueológico. A norma está didaticamente subdividida em obrigações segundo critérios para obtenção das Licenças Ambientais, segundo o ordenamento do Licenciamento Ambiental e assim compatibilizam os interesses das esferas públicas na proteção do Ambiente Cultural” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 48).

1970 e 1980, não contemplou pesquisas de salvamento arqueológico; muitas usinas não foram sequer licenciadas.

Ao fazer as considerações de praxe, relativas aos preceitos constitucionais em vigor (entre os quais a lei federal 3924/61), essa portaria prioriza aquelas cujo conteúdo é eminentemente estratégico. Assim, ela destaca as enormes perdas da base finita do patrimônio arqueológico e a necessidade de mitigar e compensar impactos negativos causados por empreendimentos hidrelétricos, além de chamar atenção para o expressivo potencial arqueológico remanescente nas faixas de depleção dos reservatórios.

Apenas recentemente os empreendimentos hidrelétricos tornaram-se objeto de estudos ambientais e, ainda mais recentemente, tais estudos passaram a incorporar temas relativos ao patrimônio arqueológico. Por esse motivo, o IPHAN decidiu disciplinar seu papel nos procedimentos de renovação das licenças de operação (LO) daqueles reservatórios em que não foram encaminhados os procedimentos de salvamento arqueológico. Assim, passa-se a exigir que as usinas hidrelétricas que não se submeteram ao processo de licenciamento ambiental ou que não contemplaram estudos de arqueologia preventiva à época do licenciamento (exceto aquelas com reservatórios a fio d'água) encaminhem estudos arqueológicos nas faixas de depleção de seus reservatórios (art. 1º da portaria 28/03). De acordo com o art. 2º, os estudos arqueológicos serão exigidos na faixa de depleção entre, pelo menos, os níveis médio e máximo de enchimento dos reservatórios.

A portaria 28/03 deveria se referir também aos reservatórios a fio d'água. O fato de não terem faixa de depleção efetiva não os dispensa da delimitação de uma faixa de segurança, sujeita às manobras do corpo d'água artificialmente induzido. Todavia, a ocorrência de sítios arqueológicos nessa faixa de segurança poderá ativar os procedimentos aventados na legislação maior, ou seja, na lei federal 3.924/61.

O órgão gestor do patrimônio arqueológico vinculou essa portaria às anteriores no que tange às normas e procedimentos aplicáveis (portarias 07/88 e 230/02).⁴⁹

e) Portaria Interministerial n. 69, de 23 de janeiro de 1989

A Portaria Interministerial n. 69, de 23 de janeiro de 1989,

[...] aprova normas comuns sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens de valor artístico, de interesse histórico ou arqueológico, afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terrenos de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar.⁵⁰

f) Lei 7.542/86

A Lei 7.542/86 dispõe sobre a pesquisa, a exploração, a remoção e a demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno da marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

g) Resolução da Secretaria de Estado do Meio Ambiente - SMA n. 34/02

A Resolução SMA 34/82 “Dispõe sobre as medidas necessárias à proteção do patrimônio arqueológico e pré-histórico quando do licenciamento ambiental de

⁴⁹ Comentário do IPHAN: “Esta Portaria permite que se reveja o passivo arqueológico que ficou sem proteção e compensação por ocasião da construção de empreendimentos hidroelétricos” (BASTOS; SOUZA; GALLO, 2005, p. 50).

⁵⁰ Para conhecer mais detalhadamente essa Portaria e outras normas relativas ao *patrimônio arqueológico*, ver BASTOS; SOUZA; GALLO (2005, p. 51).

empreendimentos e atividades potencialmente causadores de significativo impacto ambiental, sujeitos à apresentação de EIA/RIMA, e dá providências correlatas".⁵¹

1.4.2.4. Algumas considerações

O estudo realizado, ainda que não exaustivo, permite verificar que a proteção jurídica do meio ambiente no Brasil vem evoluindo significativamente, notadamente após a promulgação da CF/88, que instituiu vários procedimentos concretos destinados a esse fim. Entre tais procedimentos, o licenciamento ambiental tem importância estratégica para a sociedade, visto que pode levar ao impedimento de ações com potencial significativo de degradação do meio ambiente.

Os órgãos gestores do meio ambiente no Brasil têm se preocupado em regulamentar o procedimento de licenciamento ambiental em conformidade com a norma constitucional, fazendo-o incluir, por exemplo, a pesquisa de proteção aos sítios arqueológicos quando da realização do EIA/RIMA. As normas estudadas (portarias e resoluções), principalmente aquelas emanadas pelo IPHAN, dada a importância do órgão e sua interação com a Arqueologia, mostram a evolução já obtida nesse sentido, a qual tem o mérito de valorizar a Arqueologia e seus profissionais.

Há, contudo, o receio de que a regulamentação, em razão de sua natureza executiva e infraconstitucional, possa se submeter aos dissabores das filosofias de governo, quando deveria, ao contrário, ser filosofia de Estado, mantendo a Arqueologia com o *status* que o legislador constituinte lhe conferiu, tanto na proteção, na promoção e na gestão, como no licenciamento ambiental. Emerge aqui a importância da sociedade

⁵¹ Para conhecer mais detalhadamente essa Portaria e outras normas relativas ao *patrimônio arqueológico*, ver BASTOS; SOUZA; GALLO (2005, p. 51).

pública não estatal para a preservação da vontade constituinte, notadamente das organizações não estatais, e mesmo dos indivíduos, na fiscalização e na cobrança da observância do Texto Constitucional pelo Poder Público.

1.5. Natureza Jurídica do Patrimônio Cultural Arqueológico

Conforme expusemos no item 1.2, o meio ambiente tem sido entendido pela ciência do direito como um bem jurídico, e a sua natureza jurídica tem sido definida na doutrina como uma questão afeta aos interesses difusos.

Expliquemos melhor. Segundo Miranda,

[...] a doutrina constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais por meio de um enfoque histórico, de acordo com as funções preponderantes por eles desempenhadas. Fala-se, assim, em direitos de primeira geração (voltados à proteção da esfera individual da pessoa humana contra ingerências do poder público, tais como o direito à vida, à propriedade e à liberdade); de segunda geração (caracterizados pela imposição de obrigações de índole positiva aos poderes públicos em contraposição ao abstencionismo estatal, objetivando incrementar a qualidade de vida da sociedade, podendo ser citados entre eles os direitos à educação, à saúde e à moradia) e de terceira geração (que possuem como titulares não mais o indivíduo ou a coletividade, mas o próprio gênero humano, dentre os quais estão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito dos povos ao desenvolvimento e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade). (MIRANDA, 2006, p. 16)

Nesse sentido, a proteção do meio ambiente (art. 225), a proteção do patrimônio cultural (art. 216) e a garantia do exercício dos direitos culturais (art. 215) constituem direitos fundamentais deslocados do rol do Título II da CR/88 (SARLET⁵², *apud* MIRANDA, 2006, p. 17). Além disso, a proteção do patrimônio cultural arqueológico, que objetiva a tutela de interesses relativos ao gênero humano, é um direito transindividual

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 129.

difuso, “uma vez que pertence a todos ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa” (MIRANDA, 2006, p. 17).

Podemos concluir, ainda, em razão do fato de o patrimônio cultural ser espécie do gênero meio ambiente, que todo bem referente à nossa cultura, à nossa identidade, à nossa memória etc., uma vez reconhecido como patrimônio cultural (caso do patrimônio arqueológico), pertence à categoria dos bens ambientais e, em decorrência disso, constitui um bem *difuso* (FIORILLO, 2004a, p. 212). Explica-se tal assertiva através do próprio texto constitucional. A Constituição Federal, nos arts. 215,⁵³ caput, e 216, paragr. 1º, quando estabelece ser dever do Poder Público, com a colaboração da comunidade, preservar o patrimônio cultural, caracteriza juridicamente esse patrimônio como um bem difuso. Desse modo, o patrimônio cultural é um bem de massa, ou seja, um bem que rompe com a idéia de apropriação individual e instaura a necessidade de limitação das condutas particulares que possam resultar em dano ambiental.

É fato que a Constituição não autoriza fazer com o patrimônio cultural, de forma ampla, geral e irrestrita, aquilo que permite fazer com outros bens em face do direito de propriedade. A legislação, como já observamos, supera as noções tradicionais de interesses individuais e coletivos, levando-nos a concluir que a nota essencial do patrimônio cultural é o conceito de difuso, ou seja, de adéspota.⁵⁴

Completando esse raciocínio, Miranda enumera as importantes consequências de ordem jurídica prática do reconhecimento do caráter difuso e indisponível do direito de preservação do patrimônio cultural:

- a) a imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos ambientais coletivos;⁵⁵ b) a possibilidade de defesa do patrimônio

⁵³ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

⁵⁴ Fiorillo (2004a, p. 213) segue a mesma linha de raciocínio, referindo-se a “[...] um domínio preenchido pelos elementos de fruição (uso e gozo do bem objeto do direito) sem comprometimento de sua integridade, para que outros titulares, inclusive os de gerações vindouras, possam também exercer com plenitude o mesmo direito”.

⁵⁵ Miranda (2006, p. 18), citando José Rubens Morato Leite [s.n.t.], explica que “teoricamente, verifica-se a imprescritibilidade dos danos ambientais posto que anônimos e pertencentes à coletividade, isto é, o meio ambiente é bem que pertence a todos, e as regras clássicas do direito civil sempre prevêm uma titularidade

cultural mediante a utilização de instrumentos processuais modernos e eficientes, tais como a ação civil pública (Lei 7.237/85); c) a indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico — quando o *Parquet* não for o próprio autor —, ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 127 – CF/88 e art. 82, III, CPC). (MIRANDA, 2006, p. 18-19)

Retornaremos a essa discussão, de maneira aprofundada, nos capítulos que se seguem, especialmente porque a moderna legislação, mencionada acima por Miranda, confere, também às associações civis, legitimidade e ineludível interesse jurídico de agir na propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio histórico, o que se pode verificar no disposto no art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85.

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema⁵⁶

A questão do Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - princípio da solidariedade - o direito à integridade do Meio Ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial

do bem. Neste sentido, Nery Junior e Nery afirmam: A prescrição é instituto criado para apenar o titular do direito pela sua inércia no não exercício desse direito. Como os direitos difusos não têm titular determinável, não seria correto transportar-se para o sistema de indenização dos danos causados ao meio ambiente o sistema individualístico do Código Civil, apenando, desta forma, toda a sociedade, que, em *ultima ratio*, é a titular ao meio ambiente sadio".

⁵⁶ MIRANDA (2006, p. 19-20).

inexauribilidade. (STF - MS 22.164-SP – TR - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 17.11.1995)

Nos exatos termos da Lei 7.347/85, a Ação Civil Pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo, dessa forma, os interesses difusos da sociedade. Legitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora. Recurso Especial improvido. Retorno dos autos ao juízo de origem, para cumprir o acórdão recorrido. (STJ - Resp - 327297-SP- 1º T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 24.9.2001 - p.00249)

Prescrição - Ação civil pública - Interesse público ou equiparado - Ausência de previsão legal - Imprescritibilidade - Recurso não-provido. (TJSP - AI 112.173-5 - Rel. Des. De Santi Ribeiro- J.11.8.1999- JTJ- LEX 229/204)

A interpretação contemporânea do art.82, III, do CPC, não pode desviar-se da vontade constitucional (art.127) de outorgar ao Ministério Público a missão precípua de participar, obrigatoriamente, de todas as causas que envolvam aspecto vinculados à proteção do meio ambiente, por ressaltar preponderância do interesse público. Recurso Especial do Ministério Público provido para determinar a nulidade do acórdão de segundo grau e da sentença, considerando-se legítima a sua participação no feito a partir da contestação (STJ - RESP 486645 - SP - 1º T - Rel. Min. José Delgado - DJU 9.2.2004 - p.00129)

IMÓVEL URBANO DE VALOR HISTÓRICO E CULTURAL- TOMBAMENTO PELO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ- LEGÍTIMO INTERESSE DO PODER PÚBLICO NO ACAUTELAMENTO E PRESERVAÇÃO DOS IMÓVEIS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO EM DESLINDE- INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO- INTERESSE PÚBLICO EVIDENCIADO PELA NATUREZA DA LIDE- ART.82, III, DO CPC - AUSÊNCIA - NULIDADE ABSOLUTA AB INITIO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO- DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE SER REFEITA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL COM A INTERVENÇÃO DO AGENTE DO PARQUET - APELAÇÃO PREJUDICADA. (TJPR - 2ºC. Civ. - Apel. Cív. n.0117006500 - Acórdão 20876 - Rel. Des. Hirose Zeni - J.30.4.2002)

1.6. Competência Legislativa e Material sobre o Patrimônio Cultural Arqueológico

Devemos destacar que a competência legislativa em relação ao patrimônio cultural e turístico é do tipo concorrente, já que está inserida no art. 24, VII, da Constituição Federal. Em razão disso, é permitido ao município legislar suplementarmente naquilo que for de seu interesse local, conforme previsão expressa no art. 30, I e II (FIORILLO, 2004a, p. 213). As normas gerais relativas à matéria cabem à União, enquanto aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios cabe legislar de forma suplementar.

A competência material, por sua vez, é comum a todos os entes federados, conforme o art. 23, III, IV e V:

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

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

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

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

Nota-se, portanto, que a Constituição Federal deu tratamento amplo ao meio ambiente cultural e atribuiu a todos os entes competência material e legislativa (art. 23, 24 e 30, I e II).

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema⁵⁷

EDIFICAÇÃO LITORÂNEA - MUNICÍPIOS DE MATINHOS - EMBARGOS PELO ESTADO - LEGALIDADE - USO DO SOLO URBANO - INTERESSE DA COLETIVIDADE - LEI E DECRETO PARANAENSE 7.389/80 E 4.605/84 - O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem estar comum da sociedade. Consoante preceito constitucional da União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer. A Lei 7.389/80 e o Decreto 4.605/84 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Matinhos, devido a mencionada competência legislativa concorrente. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido. (STJ - ROMS 13252 – PR - 2ªT. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 3.11.2003 - p. 00285)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tombamento. Patrimônio Histórico. Lei. Iniciativa. Legislativo. Admissibilidade. A atividade eminente do poder público é a da legislação, cuja iniciativa, para a qual não exista cláusula expressa de reserva, pode ser suprida diante da omissão ou do desinteresse político do Prefeito. Julga-se improcedente o pedido. (TJMG - ADIn 1.0000.00.300914-9/000 - Rel. des. Almeida Melo- J. 24.11.2004)

COMINATÓRIA - EDIFICAÇÃO LITORÂNEA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL, NÃO REVOGADA PELO DISPOSTO NO ART. 52 DOS ATOS DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CARTA MAGNA VIGENTE - Direito difuso de proteção ao interesse social coletivo que deve se superpor ao interesse individual de construir, haja vista aos dispositivos da Constituição Federal sobre o tema (art.23, VI, 24, VI e VII e 225, §4º). Autonomia municipal não atingida. Recurso provido, prejudicado o reexame necessário. (TJPR- AC- RN 0069359-2- (15171)- 3ª C. Cív.- Rel. Des. Conv. Ivan Bortoleto – DJPR 29.3.1999)

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO - CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO EM ZONA PROTEGIDA- EMBARGO - DENEGACÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA - A

⁵⁷ MIRANDA (2006, p. 92-94).

competência para legislar a respeito de construção em área de preservação por força de existência de paisagens naturais notáveis, é simultânea da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e teor do disposto nos arts. 23, III, e 24, VI e VII, da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais. Improvimento do recurso. (STJ - RO - MS 9279 – PR - 1ª T.- Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 28.2.2000- p.40)

Município. Competência legislativa. Proteção ao patrimônio histórico cultural. O município tem competência, legislativa e administrativa, para dispor sobre a proteção do patrimônio histórico - cultural de interesse local (Constituição da República, arts. 23, III, e 30, II e IX). O interesse local, para o efeito do patrimônio histórico, diz respeito à proteção dos valores que não ultrapassem a estima pública do lugar ou em que esta seja muito predominante. (TJMG - Ap. Cív. 000.198.640-5/00 - Rel. Des. Almeida Melo - J.21.12.2000)

TOMBAMENTO - ATO ORIGINÁRIO DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - COMPETÊNCIA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INOCORRÊNCIA - LEGALIDADE. Tem o Município competência para legislar sobre a matéria - Inteligência dos arts. 23 e 24 da Constituição Federal. Improvado o alegado direito líquido e certo, é de ser denegada a ação mandamental. (TJMG - Ap. Cív. 000.221.584-6/00 - Rel. Des. Francisco Figueiredo- J. 5.2.2002, un.)

TOMBAMENTO. COMPLEXOS HIDROTERMAIS DE POÇOS DE CALDAS. MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS.23 e 24 DA CF. Compete ao Município legislar sobre o assuntos de interesses local e prover a proteção do patrimônio histórico-cultural, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Os complexos hidrotermais e hoteleiro de Poços de Caldas foram tombados, para o fim de conservação, e declarados monumentos naturais, pelo art. 84 do ADCT da CEMG. Deste modo, não há irregularidade alguma na lei municipal que decreta o tombamento das fontes termais 'Conjunto Pedro Botelho' e 'Macacos', sendo legítimo o ato da administração que interdita a obra localizada na área de proteção, que não atenda às posturas e restrições administrativas. (TJMG - Ap. Cív. 1.0518.02.014291-6/001 - rel. Des. Schalcher Ventura - J.24.2.2005)

1.7. O Patrimônio Ambiental e Cultural no Direito Comparado

Consideremos, em primeiro lugar, os termos das legislações francesa, portuguesa e italiana no que dizem respeito ao patrimônio ambiental e cultural desses países. Segundo Machado (2006, p. 909) a Lei Francesa, de 2 de maio de 1930, prevê que “será estabelecida, em cada Departamento, uma lista de monumentos naturais e de sítios cuja conservação ou preservação apresente, do ponto de vista artístico, histórico, científico, lendário ou pitoresco, um interesse geral”. Ainda com relação à legislação francesa, é importante acrescentar que:

De acordo com os trabalhos preparatórios da lei de 1930, os sítios de caráter científico são aqueles que contêm riquezas pertencendo a um dos três reinos da Natureza (mineral, vegetal e animal). Uma fauna rara, uma espécie em via de extinção habita um lugar determinado porque este reúne qualidades climáticas particulares, favoráveis à vida e à reprodução de certos animais; pode, pois, ser necessário assegurar sua conservação. Um lugar pode ainda oferecer um valor único pela presença de uma jazida mineral, de uma estrutura geológica que convém preservar, tendo em vista pesquisas científicas e contra uma exploração inconsiderada, que alteraria ou faria desaparecer esta fisionomia particular da terra. (MACHADO, 2006, p. 909)⁵⁸

Em Portugal, a Lei 107, de 9 de agosto de 2001, no art.1º, afirma:

- 1 - A presente Lei estabelece as bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural, como realidade da maior relevância para a compreensão, permanência e construção da identidade nacional e para a democratização da cultura.
- 2 - A política do patrimônio cultural integra as ações promovidas pelo Estado, pelas Regiões Autônomas, pelas autarquias locais e pela restante Administração Pública, visando a assegurar, no território português, a efetivação do direito à cultura e à fruição cultural e a realização dos demais valores e das tarefas e vinculações impostas, neste domínio, pela Constituição e pelo Direito Internacional. (MACHADO, 2006, p. 909)

⁵⁸ Relatório Join-Lambert. Documentos parlamentares. Câmara dos Deputados. Anexo 1.739, *apud* LAMARQUE *et al.* Droit de la protection de la nature et de l' environnement. Paris: LGDJ, 1973. p. 56.

Finalmente, a legislação italiana (Decreto Legislativo 42, de 22 de janeiro de 2004, art. 2º) prevê:

Patrimônio Cultural: 1 - O patrimônio cultural é constituído dos bens culturais e dos bens paisagísticos. 2 - São bens culturais os bens móveis e imóveis que, no sentido dos arts. 10 e 11, apresentem interesse artístico, histórico, arqueológico, étnico-antropológico, arquivístico e bibliográfico e outras coisas individualizadas na lei ou nas leis que tragam testemunhos de valores de civilização. 3 - São bens paisagísticos os imóveis e áreas indicadas no art. 134, constituindo expressão de valores históricos, culturais, naturais, morfológicos e estéticos, ou outros bens individualizados por uma lei ou com base na lei.⁵⁹

Quanto aos incentivos à preservação, José Eduardo Ramos Rodrigues (2005) afirma que:

Na Bélgica, a conservação do imóvel preservado cabe ao proprietário. No entanto, graças a intervenção conjunta entre o Estado, províncias e Comunas, a subvenção para restauração de imóveis privados chega a 90% do curso total.

Na Dinamarca, é prevista a subvenção de 20% do valor das obras de restauração. Uma instituição denominada Fundo Especial do Estado para a Conservação de Monumentos concede empréstimos para preservação com baixa taxa de juros. Este fundo pode inclusive investir valores para aquisição de edifícios.

Na França, o Estado participa com cerca de 50% da quantia necessária aos trabalhos de preservação dos bens protegidos ("classificados"). A parte restante cabe ao proprietário, que além de socorrer-se de incentivos fiscais, pode buscar financiamentos subsidiados junto à "Casa Central de Fundo Habitacional" (agência pública) ou ao "Fundo de Planificação Urbana" e "Agência Nacional para Melhoramento do Habitat" (organismos particulares).

Na Itália, o Estado, além de oferecer incentivos fiscais aos particulares que preservem bens protegidos ("vinculados"), ainda concorre com 50% do valor necessário às obras de restauração se o proprietário mantiver o imóvel acessível ao público.

No Reino Unido, a subvenção do Estado chega a 50% dos valores necessários à conservação, ficando o restante à conta de autoridades locais e numerosas associações privadas de preservação, em que se destaca o National Trust.

Na Espanha, a proteção de bens particulares cumpre aos proprietários, podendo o Estado intervir diretamente na realização de obras necessárias, estando prevista até mesmo a expropriação forçada. O Estado mantém um fundo de um por cento do valor do orçamento de obras públicas para a conservação ou enriquecimento do patrimônio histórico espanhol. (RODRIGUES, 2005, p. 292)

⁵⁹ MACHADO citando o *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, traduzido por ele e disponível em <<http://www.patrimoniosos.it/rsol.php?op=getsection&id=12>>.

1.8. Proteção Internacional dos Bens Culturais

Segundo Fiorillo (2004a), a proteção de um patrimônio mundial, cultural e natural pode não ser suficiente em escala nacional, demandando ainda a mobilização de vultuosos recursos externos. Tendo em vista essa possibilidade, buscando minimizar as ameaças de destruição e degradação do patrimônio cultural e natural mundial, foi criado um Fundo, formado pelas contribuições obrigatórias e voluntárias dos Estados integrantes ou de qualquer instituição que queira contribuir.

A instituição da proteção internacional de bens culturais surgiu com a Convenção relativa à proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural realizada em 1972 na Conferência Geral da UNESCO. Para essa Convenção, a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um “[...] empobrecimento nefasto do patrimônio de todos os povos do mundo” (FIORILLO, 2004a, p. 218).⁶⁰ A Convenção passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em 12 de dezembro de 1977, por meio do Decreto n. 80.978.⁶¹

Quanto ao patrimônio arqueológico, também ele uma herança comum de toda a humanidade, a cooperação internacional é essencial “para enunciar e fazer respeitar os critérios de gestão” que visam à sua proteção. É o que dispõe expressamente o art. 9º da Carta para Proteção e a Gestão do Patrimônio arqueológico (ICOMOS/ICAHM, LOUSANNE 1990). Esse documento verifica a

⁶⁰ “A UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, uma das agências especializadas da ONU, é responsável pela criação, implementação e manutenção do sistema mundial de proteção de bens culturais” (FIORILLO, 2004a, p. 218).

⁶¹ Embora integre o ordenamento jurídico brasileiro, essa Convenção, realizada na Conferência Geral da UNESCO, não constitui propriamente em um *tombamento* pela organização internacional, porquanto o instituto do tombamento, conforme nos ensina Fiorillo (2004a, p. 220), “[...] é um ato de soberania nacional, cabendo ao país decidir em última instância o que preservar em seu território e de que modo fazê-lo”. Nesse sentido, Fiorillo (2004a, p. 220) ainda observa, “[...] o país onde está situado o bem não transfere suas responsabilidades administrativas e financeiras para a Unesco. Com isso, em princípio é o país que arca com os ônus de ter tombado um bem que constitui o patrimônio cultural de seu povo”.

[...] necessidade premente de serem estabelecidos circuitos internacionais que permitem a troca de informações e partilha de experiências entre os profissionais encarregados da gestão do patrimônio arqueológico, o que implica na organização de conferências, seminários, workshops em escalas mundial e regional, assim como a criação de centros regionais de formação de alto nível. O ICOMOS deveria, por intermédio de seus grupos especializados, levar em conta essa situação em seus projetos a longo e médio prazos.⁶²

O procedimento para inscrição de um bem cultural na lista do Patrimônio Cultural e Natural Mundial, segundo nos informa Fiorillo (2004a), conta com quatro fases.⁶³

- a) identificação do bem: o Estado integrante da convenção e interessado em promover a inscrição de um bem situado em seu território prepara um inventário de bens;
- b) proposta de inscrição: deverá especificar o bem, assim como descrever sua situação, fornecendo informações e indicando os critérios nos quais ele se enquadra para ser inscrito;
- c) avaliação: o centro de patrimônio mundial verifica se as formalidades foram preenchidas e encaminha a documentação para o órgão técnico especializado, o qual deverá opinar sobre o valor universal excepcional do bem. Isso porque os bens considerados pela convenção são aqueles culturais ou naturais e valor universal excepcional;
- d) decisão: de acordo com o parecer das agências especializadas, o bem é recomendado para o comitê, a quem cabe a decisão final, aceitando ou rejeitando o bem proposto. (FIORILLO, 2004a, 218)⁶⁴

⁶² Trecho transcrito da Carta para Proteção e a Gestão do Patrimônio Arqueológico ICOMOS/ICAHM, LOUSANNE 1990.

⁶³ “A convenção estipula também que deve ser atualizada e divulgada uma Lista do Patrimônio Mundial em Perigo. Os bens constantes nesta são os que correm perigo, estão de qualquer forma ameaçados e recebem atenção especial, de maneira que sua conservação exige trabalhos muito específicos” (FIORILLO, 2004a, p. 219).

⁶⁴ Sobre a lista do Patrimônio Mundial, Fiorillo (2004a, p. 218-219) diz que “[...] contém mais de quinhentos bens e encontra-se em permanente expansão, porquanto a cada ano por volta de trinta novos sítios são inscritos. Todavia, apesar desses números, a aludida lista nem sempre reflete a diversidade cultural e natural do mundo, porque os monumentos religiosos cristãos, as cidades históricas e a arquitetura elitista estão super-representados, enquanto certas culturas tradicionais vivas e outras estruturas monumentais mal aparecem”. Na verdade, completa o mestre “isso é reflexo da questão da diversidade cultural, que, de um lado, é influenciada por um discurso pró-globalização da cultura e flexibilização da soberania e, de outro, convive com a dominação da cultura ocidental racional e individualista”. O BRASIL E OS BENS INSCRITOS NA LISTA: O Brasil possui 17 (dezessete) bens inscritos atualmente na lista. São eles: 1) Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Ouro Preto (MG) - 1980; 2) Conjunto Arquitetônico, Paisagístico e Urbanístico de Olinda (PE) - 1982; 3) Ruínas da Igreja de São Miguel das Missões (RS) - 1983; 4) Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Salvador (BA) - 1985; 5) Santuário do Bom Jesus de Matosinhos - Congonhas (MG) - 1985; 6) Parque Nacional do Iguaçu (PR) - 1986; 7) Conjunto Urbanístico, Arquitetônico e Paisagístico de Brasília (DF) - 1987; 8) Parque Nacional da Serra da Capivara (PI) - 1991; 9) Conjunto Arquitetônico e Urbanístico do Centro Histórico de São Luiz (MA) - 1997; 10) Costa do Descobrimento - Reservas da mata Atlântica (BA e ES) - 1999; 11) Reservas da Mata Atlântica do Sudeste (PR e SP) - 1999; 12) Centro Histórico de Diamantina (MG) - 1999; 13) Parque Nacional do Jaú (AM) - 2000; 14) Área de Conservação do Pantanal (MT e MS) - 2000; 15) Ilhas Atlânticas Brasileiras: as reservas de Fernando de Noronha e do Atol das Rocas - 2001; 16) Áreas Protegidas do Cerrado: Parque Nacional dos Veadeiros e das Emas - 2001; 17) Centro Histórico da Vila de Goiás (GO) - 2001 (FIORILLO, 2004a, p. 220).

Fiorillo (2004a, p. 218) informa finalmente que “a apresentação de novas propostas de inscrição encerra-se em 1o de julho de cada ano, e o comitê irá deferir ou indeferir a proposta de inscrição em dezembro do ano seguinte, de modo que o procedimento tem a duração de um ano e meio”.

CAPÍTULO 2

Os Direitos Materiais Difusos

No limiar do século XX, o modelo neoliberal do capitalismo internacional se afirmou como o lugar comum das economias mundiais, apenas com variantes regionais em suas regras. No mesmo período, após a Segunda Guerra Mundial, mediante reflexão sobre os direitos que pairam acima dos interesses individuais¹ — os interesses metaindividuais (FIORILLO, 2004a)² — surge uma *massa ética*³ com extrema variedade de anseios, que passa a exigir, devido à fluidez desses interesses, a tutela direta dos centros de decisão.

A massificação dos interesses e dos conflitos, que Ibraim Rocha (2001) chama de *publicização*, sinalizou também uma reinserção do Estado, como interlocutor fundamental, no processo de decisão dos conflitos coletivos. O Estado passa a servir de mediador na resolução de divergências, uma vez que as aspirações legítimas das massas, ainda que episódicas ou contingenciais, não têm como esperar o momento propício para a tutela do direito. O tempo gasto nessa espera pode implicar um dano de difícil reparação (DORNELAS, 2003).

Verifica-se, porém, também o contraponto desse movimento, levado a termo por setores mais conservadores do Direito, que apresentam certo temor de que haja uma pulverização da autoridade estatal caso o acesso a ela seja feito diretamente pelos interessados (DORNELAS, 2003). Argumentam esses setores que o acesso direto dos

¹ Henrique Dornelas (2003), baseando-se na riquíssima tese de Dworkin, nos remete à ocorrência de uma verdadeira revalorização de todo o mundo ético subjacente ao Direito, à ocorrência de uma tomada de consciência geral, em que emergem os *interesses difusos* como representantes dos anseios profundos da comunidade.

² Hermes Zaneti Júnior (2001) exalta o caráter revolucionário dos direitos coletivos em relação à matriz romanística, de caráter individual. Segundo ele, a concepção desses direitos constitui uma revolução copernicana: de um lado os direitos individuais (de um só homem), de outro os direitos moleculares (da sociedade, da subjetividade coletiva). Os direitos coletivos *lato sensu*, podem assim, segundo o jurista, ser entendidos: os difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

³ Luiz Fernando Belinetti (2000, p. 125) assinala que “com a sociedade de massa, é necessária outra perspectiva, que encare situações jurídicas, em que a preocupação não é propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuiendo o dever jurídico do respeito a esses bens ou valores, e conferindo a determinados entes da sociedade o poder de acionar a jurisdição para fazer cumprir tais deveres”.

interesses coletivos aos centros de decisão, notadamente ao Poder Judiciário,⁴ é conflitante com o sistema político representativo.⁵

Destaca-se, ainda, como contraponto, o conservadorismo jurídico sob o ponto de vista da necessidade processual de compor os direitos metaindividuais (FIORILLO, 2004a, p. 4). São exemplo desse conservadorismo os sistemas europeus continentais, que não conseguem admitir a nova concepção — o acesso direto do cidadão à autoridade estatal — porque estão constitucionalmente vinculados ao “direito individual”. Há também o fato de que, nesses sistemas, a matriz constitucional do processo é formada pelo contencioso dual: administrativo e cível (ROCHA, 2001).

No Brasil, segundo Hermez Zaneti Júnior, a ordem constitucional vigente (art. 5º, XXXV da C.F/88) superou essa limitação. Segundo o jurista,

Aqui [...] temos justamente pela herança constitucional de 1891 o reconhecido “paradoxo metodológico” (DINAMARCO) de um processo constitucional (e portanto seus princípios) de origem norte-americana (*common law - judicial review* e pleito cível *lato sensu*) e de um processo infraconstitucional radicado nas tradições de *civil law* da Itália e Alemanha. Desse paradoxo nasceram a doutrina brasileira do *habeas corpus*, o mandado de segurança e, mais recentemente, os direitos coletivos *lato sensu* (ZANETI JR., 2001, [s.p.]).

Discorrendo sobre as transformações ideológicas ocorridas no pós-guerra, Fiorillo (2004a) menciona o trabalho de Capelletti *Formações Sociais e Interesses Coletivos*

⁴ Sobre o Poder Judiciário, cuja estrutura organizacional é contemplada nos artigos 92 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil, Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 2) ressalta, além das suas funções políticas, “a sua finalidade em dirimir conflitos entre partes privadas, com base no sistema legal e com vistas a evitar ameaças ou lesões de direitos (CF, art. 2º c/c art. 5º, XXXV), bem como assegurar um mínimo de convivência pacífica entre os membros da sociedade”. Ao tratar da tutela judicial do meio ambiente no Brasil, típico interesse coletivo, Bessa (2005, p. 2) nos lembra de que ela pode ser exercida por meio dos diferentes instrumentos processuais postos à disposição do cidadão e que é, de certa maneira, “[...] uma forma de controle da atividade do Poder executivo e do próprio Poder Legislativo, dependendo da situação concreta e do instrumento que esteja sendo aparelhado em cada caso. A sua finalidade é dirimir conflitos entre partes privadas, com base no sistema legal e com vistas a evitar ameaças ou lesões de direitos (CF, art. 2º c/c art. 5º, XXXV), bem como, assegurar um mínimo de convivência pacífica entre os membros da sociedade”.

⁵ “Segundo essa visão dogmática, no sistema político representativo existem órgãos colegiados competentes para funcionar como canais de comunicação entre os interesses da coletividade e o Poder. O acesso direto da coletividade, ínsita na tutela de seus interesses difusos, desfiguraria ou comprometeria, também, a estrutura técnica da trilogia ação-jurisdicção-processo, transformando o Poder Judiciário em um superpoder, podendo interferir nas escolhas políticas feitas por aqueles que foram legitimamente escolhidos para fazê-las” (DORNELAS, 2003).

Diante da Justiça Civil,⁶ que enfatiza a existência de uma outra categoria de interesses, que ultrapassa a tradicional dicotomia entre interesse público (de que é titular o Estado) e interesse privado (cuja titularidade é atribuída ao indivíduo).⁷ Trata-se de interesses que dizem respeito às necessidades da coletividade e, portanto, não se situam em um contexto individualizado; todavia, não chegam a constituir-se como interesses públicos. Na doutrina jurídica hodierna, são denominados interesses metaindividuais.

Por serem relativos aos mais altos valores humanos (a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, por exemplo), os interesses metaindividuais pressupõem uma transformação ideológica. Com efeito, a perspectiva que eles implicam torna impossível solucionar litígios apegando-se à velha concepção de indivíduo como proprietário de um bem.⁸

Embora o Poder Judiciário Trabalhista caracterize-se, tradicionalmente, como um espaço de manifestação de conflitos coletivos, o reflexo, no direito positivo brasileiro, da emergência de novos sujeitos coletivos é relativamente recente. Evidenciam-se na função de legitimação desses sujeitos, visto que constituem instrumentos processuais de defesa

⁶ Fiorillo (2004a) nos lembra, ainda, o fato de que o direito positivo sempre foi observado com base nos conflitos de direito individual. Tal fato poderia ser constatado no direito romano e, de maneira acentuada, no século XIX, por conta da Revolução Francesa.

⁷ De acordo com Mauro Capelletti e Bryant Garh (1988, p. 49-50), “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar demandas por interesses difusos intentadas por particulares [...], sendo que esta visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está difundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas a transformação pode assegurar a realização dos direitos públicos relativos aos interesses difusos”.

⁸ Segundo Fiorillo (2004a, p. 5), o problema se encontra não apenas na velha concepção de indivíduo como potencial proprietário de um bem, mas também no abismo que se constata, no âmbito jurídico, entre os domínios público e privado. Tal abismo poderia conduzir à superposição absurda de que “se o bem não fosse passível de apropriação, que ele seria gerido por uma pessoa jurídica de direito público interno, de modo que a tutela de valores, como a água, o ar atmosférico [...] também caberia a esse mesmo gestor, que seria responsável tanto pela administração dos bens como pela tutela desses valores, caso sua gestão fosse defeituosa”. Fiorillo (2004a, p. 6) faz, então, a seguinte observação: “A defesa de valores de interesse geral da coletividade, conhecidos na classificação elaborada por Renato Alessi como interesses públicos primários, não poderia ficar a cargo da própria gestora deles, porquanto, não raras vezes, o seu interesse, enquanto administradora desses bens — os interesses públicos secundários —, não coincidia com o interesse público primário, representativo do interesse comum da coletividade. Assim, a defesa de valores de interesse público primário deveria ser promovida pela coletividade, através de representantes”.

de interesses da coletividade, a Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública, consolidada pela Constituição Federal de 1988) e a Lei 4.771/51 (Lei de Ação Popular), entre outras.

2.1. Direitos Difusos, Direitos Coletivos *Stricto Sensu* e Direitos Individuais Homogêneos no Direito Brasileiro

A Constituição brasileira de 1988, por si, reconheceu a existência dos interesses metaindividuais (direitos difusos) em seu art. 129, III, e ainda estabeleceu para eles um sistema de garantia.⁹ Mas foi através do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) — portanto, por meio de ordenamento jurídico infraconstitucional — que tais interesses vieram ganhar pela primeira vez definição terminológica específica. No art. 81, parágrafo único, I, esse código estabelece que:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Segundo essa previsão legal, o direito difuso pode ser definido pelas seguintes propriedades:

a) Transindividualidade: a transindividualidade ocorre quando o direito transcende o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual.¹⁰

⁹ *Sistema de garantia* é aquele que prevê, aos titulares do direito, a proteção dos direitos difusos e coletivos e os instrumentos jurídicos de proteção.

¹⁰ Segundo Rodolfo Mancuso (1991, p. 275), são transindividuais os “interesses que depassam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”.

b) Indivisibilidade: não há como cindir o direito difuso, por conta de sua natureza indivisível. A todos nós pertence e, ao mesmo tempo, ninguém em específico o possui.¹¹

c) Titularidade indeterminada e interligada por circunstância de fato: os interesses ou direitos difusos possuem titulares indeterminados. Para explicar esse preceito, Fiorillo (2004a) volta a citar o exemplo do ar atmosférico: estando poluído, não teríamos como precisar quais seriam os indivíduos afetados por ele. Nesse caso, mesmo com um território delimitado pela poluição, os indivíduos não teriam qualquer relação jurídica entre si, mas estariam interligados pela mesma *circunstância fática*, ou seja, seriam afetados pelos malefícios do ar poluído.¹²

Embora possamos identificar as propriedades do interesse difuso, devemos nos lembrar, conforme nos ensina José Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 54), que o conceito de interesse difuso pertence à classe dos conceitos constitucionais autônomos, ou seja, dos conceitos “[...] que, não obstante a sua utilização e definição a nível infraconstitucional, devem ser preenchidos em primeiro lugar através da análise do seu sentido na constituição, pois são conceitos primariamente constitucionais”.

Já os direitos coletivos *stricto sensu*, que pressupõem a determinabilidade dos titulares e, por isso, diferem dos direitos difusos, possuem definição legal nos termos do inciso II do art. 81 da Lei 8.078/90, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
[...]
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular

¹¹ Fiorillo (2004a, p. 6) cita a lição de José Carlos Barbosa Moreira, que toma o ar atmosférico como um exemplo de direito difuso indivisível, que a todos pertence, mas que ninguém em específico possui: “espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.

¹² Ver também, a respeito do assunto, decisão do Tribunal Regional Federal, que elucidou a concepção de direitos difusos citando o posicionamento de Fiorillo e Nelson Nery Jr. (Proc.: 2001.03.00.028452-1, AG 138612, Orig.: 200160000046090/MS, Agrte: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – FUFMS, Adv.: Valdemir Vicente da Silva, Agrdo: Ministério Público Federal, Proc. Alexandre Amaral Gavronski (int. pessoal), Origem: Juízo Federal da 2ª Vara de Campo Grande/MS, Relator: Dês. Fed. Marli Ferreira/Sexta Turma). (FIORILLO, 2004a, p. 7).

grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Os direitos coletivos, assim como os difusos, são transindividuais (ultrapassam o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual), mas possuem como característica particular a determinabilidade de seus titulares, o que não ocorre com os interesses difusos, que pertencem a todos e a ninguém ao mesmo tempo. Os titulares do interesse coletivo são, portanto, identificáveis, apesar de não ser possível, em certas ocasiões, determinar todos eles.

Outra característica comum com o interesse difuso é a indivisibilidade de seu objeto, constituído pela categoria, pelo grupo ou pela classe titular do direito, “[...] de forma que a satisfação de um só implica a de todos, e a lesão de apenas um constitui lesão de todos (FIORILLO, 2004a, p. 9).

Por fim, temos a definição legal, pouco elucidativa,¹³ de direitos individuais homogêneos (art. 81, par. Único, III da Lei 8.078/90):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
[...]
III - Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A distinção das categorias insertas no ordenamento infraconstitucional deve ser feita, segundo Nelson Nery Junior¹⁴, “de acordo com o tipo de tutela jurisdicional e a

¹³ Segundo Fiorillo (2004a, p. 10), o legislador não explicitou as propriedades definidoras dos direitos individuais homogêneos, mas “é possível concluir que se trata de direitos individuais, cuja origem decorre de uma mesma causa”. No entanto, “a característica de ser um direito coletivo é atribuída por conta da tutela coletiva, à qual esses direitos poderão ser submetidos” (FIORILLO, 2004a, p. 10). Finalmente, Fiorillo (2004a, p. 10) afirma que “a compreensão desse instituto como direito individual e do objeto divisível somente é possível em decorrência da interpretação do sistema processual de liquidação e execução dos direitos individuais homogêneos, trazido pelo Capítulo II do Título III da Lei 8.078/90. Isso porque, em alguns dispositivos (arts. 91, 97, 98 e 100), pode-se constatar que os legitimados para a ação civil pública agem como legitimados extraordinários, pleiteando em nome próprio direito alheio. Além disso, o sistema prevê que a liquidação de sentença poderá ser promovida pelas vítimas ou seus sucessores, demonstrando o caráter individualizador das ofensas experimentadas e, por consequência, a divisibilidade do objeto dessa relação”.

¹⁴ *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, Revista dos Tribunais, 1994, p.1232, citado por Fiorillo (Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 3ª Ed. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, pág.10)

pretensão levada a juízo”, uma vez que, “da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais” (NERY JR.¹⁵ *apud* FIORILLO, 2004a, p. 10).

2.2. O Meio Ambiente Cultural como um Bem Difuso e o Bem Ambiental Arqueológico

Conforme destacamos no capítulo anterior, Mauro Capeletti foi, na segunda metade do século passado, um dos precursores do movimento de inovação da doutrina jurídica quando exaltou a existência de um *terceiro bem*, que não seria público nem privado, mas *difuso*. Capeletti¹⁶, segundo Durval Salge Jr. (2003, p. 97), refere-se a um bem “típico de um mundo novo, assim como seriam a saúde e o meio ambiente natural, tendo caráter difuso e coletivo”.

Segundo Durval Salge Jr. (2003, p. 95), “grande parte dos países tem considerado o meio ambiente como um bem¹⁷, quer em sede legal ou constitucional, buscando a sua tutela e preservação, subjugando o interesse do particular em favor do interesse de todos”.

De acordo com Fiorillo (2004a, p. 51), a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 225) dispõe, a esse respeito, ser o meio ambiente “um bem, mas de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida de todos”. Em sua apropriada interpretação desse dispositivo, Fiorillo diz que ele

¹⁵ NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

¹⁶ CAPELETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. Itália: Giurisprudenza Italiana, 1975.

¹⁷ O autor define bem como “Aquilo que agrada o homem” (SALGE JR., 2003, p. 95).

[...] fixa a existência de uma norma vinculada a meio ambiente ecologicamente equilibrado, reafirmando, ainda, que *todos* são titulares do referido direito. Não se reporta a uma pessoa individualmente concebida, [...] o que demarca um critério transindividual, em que não se determinam, de forma rigorosa, os titulares desse direito. (FIORILLO, 2004a, p. 51)

Na doutrina brasileira, esse novo posicionamento tem suscitado acalorados debates, sobretudo por parte do mundo jurídico, muitas vezes refratário às necessárias mudanças estruturais. Desse modo, embora importantes doutrinadores brasileiros¹⁸ tenham buscado, em suas obras, às vezes em capítulo específico, fazer a exposição conceitual de *bem ambiental*, um bem cujo caráter é difuso, apenas Celso Antônio Pacheco Fiorillo se aprofundou suficientemente no estudo do tema.¹⁹

Conforme veremos neste trabalho, se reconhecemos que o meio ambiente tem caráter difuso e sabemos que a doutrina, em sua maior parte, toma o patrimônio cultural como meio ambiente cultural, espécie do gênero meio ambiente, temos de admitir a existência do *bem ambiental cultural* (bem de uso comum do povo e essencial à sadia

¹⁸ Salge Jr. (2003, p. 100-101) enfatiza os seguintes doutrinadores: Paulo Affonso Machado, que, em “Bens Ambientais na Constituição Federal de 1988”, Capítulo III de sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, subdivide esses bens em águas, cavidades naturais subterrâneas, energia, espaços territoriais protegidos, fauna, flora, ilhas, paisagens, mar territorial, praias fluviais, praias marítimas, recursos naturais da plataforma continental, recursos naturais da zona econômica exclusiva, sítios arqueológicos e pré-históricos, terrenos da marinha e seus acrescidos e terrenos marginais. Segundo Paulo Affonso Machado, “Os bens ambientais foram amplamente acrescidos na Constituição Federal de 1988. O poder de polícia ambiental dos Estados e dos Municípios existe também sobre os bens federais, pois a competência constitucional é *ratione materiae* e não *ratione dominium* (art. 24, VI, VII e VIII da CF). Contudo os litígios civis que resultarem da aplicação das medidas de poder de polícia ambiental dos Estados e dos Municípios serão de competência da Justiça Federal, por força do art. 109, I da Constituição Federal, na medida em que a União tiver interesse com “autora, ré, assistente ou oponente”. Não havendo interesse da União, Justiça Estadual poderá ser competente”. José Afonso da Silva, que, em *Direito Ambiental Constitucional*, trata da dificuldade, principalmente na Itália, de definir os bens ambientais, fazendo-os abranger os bens culturais e naturais., Silva afirma que “A concepção cultural dos bens ambientais tem a importância de refletir o seu sentido, seu valor coletivo e a visão unitária do meio ambiente em todos os seus aspectos, mas pode trazer risco de perdermos o sentido da natureza como natura, o risco de cairmos num ambientalismo abstrato, formal, que só entende preservável a realidade conhecida, deslembrando da matéria puramente de natureza ecológica, a Natureza, digamos, bruta, ainda sem referência valorativa, salvo por mero pensamento abstrato. Não nos olvidemos que a Natureza, com suas leis estáveis, há de ser sempre um ponto importante de referência, lembra Martín Rock, que acrescenta que a Natureza constitui um valor só por si”. Essa colocação do jurista mereceu discordância de Durval Salge Jr., para quem o ser humano sabe separar com absoluta precisão “I – o respeito, a valorização e a preservação da Natureza; II – com as discussões doutrinárias e exemplificativas”. Edis Milaré, respeitado jus-ambientalista que, segundo Durval, “toca no assunto em partes específicas do seu trabalho” (*Direito do Ambiente*), como, por exemplo, no seguinte trecho: “A identificação do valor cultural de um bem não é monopólio da Administração Pública, cabendo também aos Poderes Legislativo e Judiciário se pronunciarem sobre a matéria. Assim, os meios de atuação para a promoção dos bens culturais ambientais podem ser de ordem administrativa, legislativa ou judicial”.

¹⁹ Durval Salge Jr. (2003, p. 95) cita a obra de Rui Carvalho Piva (*Bem Ambiental*, Editora Max Limonad, p. 114) como um trabalho que “trata de forma bem aprofundada o tema ora enfocado, não em um capítulo ou excerto, mas de forma abrangente e conclusiva”.

qualidade de vida). Além disso, devemos considerar a importante e especial força jurídica conferida aos seus titulares, a coletividade, posto que a eles se dirigem as mais diversas medidas que garantem a vitaliciedade do instituto (SALGE JR., 2003, p. 111).

2.3. Classificação dos Bens quanto à Titularidade: bem público, bem particular e o bem difuso

Durval Salge Jr. (2003) observa que a divisão clássica dos bens, consignada no art. 98 do Código Civil Brasileiro, prevê somente os tipos público e privado, não havendo, nesse diploma jurídico, qualquer referência específica ao bem ambiental.²⁰ Além disso, considerando especialmente os bens públicos, Salge Jr. afirma que os doutrinadores tradicionais os classificam segundo a leitura fiel do art. 99 do Código Civil, *in verbis*:

a) quanto à entidade a que pertencem: Federais, Estaduais e Municipais;

b) quanto à destinação:

Quanto à destinação podem ser:

USO COMUM DO POVO – Bens públicos sem discriminação de usuários ou classificação de fruição. Admite regulamentação apenas de ordem geral, voltada à conservação, à segurança pública, à saúde, à higiene, aos bons costumes etc. (mares, rios, estradas, ruas, praças etc);
USO ESPECIAL – É todo aquele que a administração: a) faz para a execução de serviços públicos; b) submete a exigência de pagamento ou a restituições especiais (pedágio); c) atribui, por um título individual, a determinada pessoa, para fruição, mediante convenção regulada por lei;
DOMINICAIS OU DOMINIAIS – De propriedade do poder público, podendo ter qualquer destinação, inclusive como objetos de compra e venda, servindo, às vezes, como bens de reserva. Integram o patrimônio público.²¹

²⁰ Durval Salge Jr. (2003, p. 111) destaca que a modernização dessa legislação não demorará, e a inclusão nela do bem ambiental haverá de ser obrigatoriamente realizada. Salge Jr. conclui sua previsão citando Silvio Rodrigues (*Direito Civil*, Parte Geral, p. 12): “...E o Código Civil tão representativo de uma época, talvez não reflita mais todos os anseios dos tempos que imediatamente se seguiram...Muitas das soluções que oferece, ou dos problemas em que põe ênfase, não parecem mais atuais ou relevantes...”

²¹ Durval Salge Jr. (2003, p. 112) exalta o fato de essa concepção estar “[...] para completar, em 2010, cem anos”. Segundo o autor, ela foi recepcionada pelo art. 225 da Constituição Federal, o que pode ser comprovado pela utilização da expressão *bem de uso comum do povo* para fazer referência ao bem ambiental, com a inclusão da subseqüente expressão *essencial à sadia qualidade de vida* (SALGER JR., 2003, p. 112).

Acontece, porém, que reina hoje um posicionamento jurídico divergente, que altera de modo definitivo esse panorama dos bens públicos e a determinação do domínio prevalecente.

Segundo Celso Antonio Fiorillo,

A distinção entre bem público e difuso reclama ainda a análise do próprio art. 66 do Código Civil. O legislador de 1917 atribuiu ao que chamamos atualmente de bem difuso a característica de espécie de bem público. Dessa forma, o bem de uso comum, arrolado no art. 66, I, do Código Civil é exatamente o previsto no art. 225 e em outros tantos artigos existentes ao longo da Constituição que tratam da matéria atinente ao meio ambiente.

Assim, podemos afirmar que o art. 66, I, do Código Civil não foi recepcionado em sua inteireza pela Constituição Federal. Temos que, desde o advento desta, o conceito de patrimônio público está dissociado de bem difuso, de modo que compõe-se somente dos bens dominicais e de uso especial. (FIORILLO, 2004a, p. 62)²²

Nessa lógica, que Durval Salge Jr. (2003, p. 113) afirma ser incontestável, “remanesceriam no poder dominial das pessoas jurídicas de direito público somente os bens públicos ditos especiais e dominicais”. O autor conclui que, “deste modo, teríamos de proceder à separação de cada bem, para que os denominados bens de uso comum do povo fossem guinados para uma nova classificação — a de bem ambiental” (SALGE JR., 2003, p. 113). Em providência complementar, exalta ainda a necessidade de classificá-los em *naturais*, *artificiais*, *culturais* e, eventualmente, do *trabalho*, conforme as suas especiais características.

Consuelo Yoshida (2006), confirmando a percepção de que o universo jurídico é refratário a mudanças, observa, com razão, que estamos acostumados à dicotomia entre *bem público* e *bem privado*, e que enfrentamos dificuldade em admitir o *bem difuso*, o *bem ambiental*, porque ele não está implicado nessa divisão. Tal dificuldade, que pode ser historicamente explicada, vem sendo, todavia, trabalhada por aplicadores do direito, por cientistas e por legisladores atentos aos fenômenos de massa iniciados a partir da

²² Nota do autor: o art. 66 do Código de 1916 toma assento no art. 99 do atual.

segunda metade do século XX, quando se avivou o interesse da coletividade pelo patrimônio público que estava sendo lesado ou ameaçado de lesão.

No Brasil, em particular, a resistência à noção de bem difuso ocorre porque, há décadas, a legislação infraconstitucional, o Código Civil Brasileiro de 1916, explicitamente vincula as definições de *bem particular* e de *bem público*, à idéia de propriedade. Criada ainda sob o manto da Constituição liberal Republicana de 1891, essa legislação diz o seguinte: CCB/1916: “Art. 65. São públicos os bens de domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencem”.

Fiorillo, citando o trabalho de Maria Helena Diniz, esclarece:

Bem particular é aquele “pertencente a pessoa natural ou a pessoa jurídica de direito privado”, enquanto Bem público “é o que tem por titular do seu domínio uma pessoa jurídica de direito público interno, podendo ser federal, se pertencente à união, estadual, se do Estado, ou municipal, se do Município”. (DINIZ²³ *apud* FIORILLO, 2004a, p. 50)

A dicotomia entre bem público e bem privado, inserta no Código Civil de 1916, vai receber outro tratamento com o advento da Constituição Federal de 1988. Segundo Fiorillo,

[...] nosso sistema positivo traduziu a necessidade de orientar um novo subsistema jurídico orientado para a realidade do século XXI, tendo como pressuposto a moderna sociedade de massas dentro de um contexto de tutela de direitos e interesses adaptados às necessidades, principalmente metaindividuais. (FIORILLO, 2004a, p. 50)

As novas colocações propedêuticas não foram, porém, incorporadas à edição do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), já sob a égide da Constituição de 1988. Assim, a natureza jurídica desse código em nada se alterou relativamente à do código anterior.

²³ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 394.

Mantiveram-se as antigas concepções ideológicas, embora os interesses da sociedade brasileira já houvessem mudado.²⁴

Contudo, o legislador brasileiro, atento aos novos interesses (leia-se direitos) e ao fato de a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, III, já ter criado o direito difuso, editou a Lei federal n. 8.078, de 1990,

[...] que além de estabelecer nova concepção, vinculada aos direitos das relações de consumo, cria, a partir da orientação estabelecida pela Carta Magna de 1988, a estrutura infraconstitucional que fundamenta a natureza jurídica de um novo bem, que não é público e não é privado: o bem difuso. (FIORILLO, 2000, p. 177)

Foi nesse momento, portanto, que passamos a ter clara definição legal do *bem difuso* como um bem que, por ser

[...] transindividual, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I, da Lei n. 8.078/90), pressupõe, sob a ótica normativa, a existência de um bem “de natureza indivisível”, ou seja, um bem que “não pode ser fracionado por sua natureza, por determinação de lei ou por vontade das partes”. (FIORILLO, 2004a, p. 50-51, citando DINIZ²⁵)

Segundo Fiorillo (2000), essa legislação apenas veio reiterar os fundamentos do art. 225 da Constituição Federal, ao estabelecer a existência jurídica de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que não é público nem, muito menos, particular, ou seja, de que a coletividade de pessoas indefinidas (critério transindividual) é titular. Fiorillo afirma que

O bem ambiental é, portanto, um bem que tem como característica constitucional mais relevante ser ESSENCIAL À SADIA QUALIDADE DE VIDA, sendo ontologicamente de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais. (FIORILLO, 2004a, p. 51)

²⁴ Além de bem público e de bem privado, Fiorillo (2004a, p. 51) cita outras noções insertas nos dispositivos constitucionais que devem, igualmente, ser compreendidas da perspectiva do *interesse difuso*: “[...] o princípio de que todos são iguais perante a lei; o direito à vida digna, o direito às cidades, o uso da propriedade adaptado a função social; a higiene e a segurança do trabalho; a educação, o incentivo à pesquisa e ao ensino científico e o amparo à cultura; a saúde; o meio ambiente natural; o consumidor, entre tantos outros. Isto porque tais normas assumem a característica de direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 393.

O jurista, por fim, conclui:

Uma vida saudável reclama a satisfação de um dos fundamentos democráticos de nossa Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art.1º, III.

É, portanto, da somatória dos dois aspectos: *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, que estrutura constitucionalmente o bem ambiental. (FIORILLO, 2004a, p. 51)

2.4. Distinção entre Bens Públicos e Bens Difusos

A visão jurídica ainda prevalecente é de que a Constituição Federal determinou serem propriedade da União, por exemplo, as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos (art. 20, inciso X).

Porém, conforme já expusemos anteriormente, um novo quadro se configura em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (mais precisamente com a formulação do inciso I do parágrafo único do art. 81 desse Código), que regulamenta a expressão *bem difuso*, fornecendo-lhe a devida conceituação. Ato contínuo, essa lei revoga tacitamente os termos do art. 66, I, do Código Civil brasileiro, visto que esse artigo reconhecia apenas duas espécies de bens: públicos e privados.

Assim, como observa Bulos (2001, p. 2), a leitura do texto constitucional passou a ser feita em congruência com seus princípios fundamentais estruturantes, não havendo como afastar a nova moldura jurídica contemplada. Com efeito, o art. 225 da CF, em que o meio ambiente é considerado um bem de uso comum do povo, é coerente com os termos do inciso III do art. 129 da Carta (devidamente regulamentado, posteriormente, pela Lei 8.078/90), que deu origem aos bens difusos, caracterizando-os como bens que não são nem públicos nem privados, ou seja, como bens cujo domínio não se pode definir.

Desse modo, o bem que possui as características de bem ambiental (*é de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida* — art. 225 da C.F/88) é transindividual, tem natureza indivisível e tem como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, podendo ser desfrutado por qualquer um e, dentro dos limites constitucionais, não pode ser de propriedade de entes federados.

Levando em conta, então, que o patrimônio arqueológico — arrolado no art. 20, X da CF, juntamente com outros bens ambientais — é indubitavelmente um *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida da população*, podemos afirmar que os *sítios arqueológicos* não constituem propriedade da União.

É o que veremos mais detalhadamente adiante.

2.5. A Instituição do *Bem Ambiental* pelo art. 225 da CR/88 e seus Aspectos Estruturais

Tanto Fiorillo quanto Durval Salge Jr. entendem que não deve mais haver qualquer discussão jurídica a respeito da existência do *bem ambiental*, tendo em vista que, segundo o art. 225 da CF/88, *o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*. Os juristas explicam que esse dispositivo constitucional fixa a existência de uma norma vinculada ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, reafirmando, ainda, que *todos são titulares desse direito*.

Conforme já enfatizamos, é a somatória das duas características — *ser de bem de uso comum do povo e ser essencial à sadia qualidade de vida* — que estrutura constitucionalmente o bem ambiental. Cabe salientar, nesse passo, que, como *um bem de uso comum do povo*, certo é que o bem ambiental pode, e deve, ser desfrutado por toda e qualquer pessoa, dentro dos limites constitucionais, estando configurada, portanto,

uma nova realidade jurídica, de um bem que não é público muito menos particular. Dizer que o bem ambiental é *essencial à qualidade de vida*, por sua vez, é fazer referência ao fato de que uma vida saudável reclama a satisfação dos fundamentos democráticos de nossa Constituição Federal, entre os quais o da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 1º, III (FIORILLO, 2000, p. 117).

Vejamos, de maneira detalhada, o significado das expressões que caracterizam o *bem ambiental*:

a) *de uso comum do povo*

Segundo nos ensina Fiorillo, não cabe

exclusivamente a uma pessoa ou grupo, tampouco se atribui a quem quer que seja sua titularidade. Dissociado dos poderes que a propriedade atribui a seu titular, conforme consagram o art. 524 do Código Civil de 1916 e seu “clone” do Código Civil de 2002 (art.1.228), esse bem atribui à coletividade apenas seu uso, e ainda assim o uso que importe assegurar às próximas gerações as mesmas condições que as presentes desfrutam. (FIORILLO, 2004a, p. 55)

O *bem ambiental*, completa o jurista, “destaca um dos poderes atribuídos pelo direito de propriedade, consagrado no direito civil, e o transporta ao art.225 da Constituição Federal, de modo que sendo bem de uso comum como é, todos poderão utilizá-lo, mas ninguém poderá dispor dele ou então transacioná-lo” (FIORILLO, 2004a, p. 55).

b) *essencial à sadia qualidade de vida*

Emerge aqui um questionamento: quais seriam, no ordenamento positivo, os bens essenciais à sadia qualidade de vida? Segundo Fiorillo (2004a, p. 55), “a resposta está nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado

Democrático de Direito: são os bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana. Isso importa afirmar que ter uma vida sadia é ter uma vida com dignidade”.²⁶

Devemos nos perguntar, então, se é possível considerar o *patrimônio arqueológico* um bem essencial à sadia qualidade de vida e fundamental à garantia da dignidade da pessoa humana. Responder a essa pergunta é o propósito do item 3.4., a seguir.

2.6. O Patrimônio Arqueológico e os Bens da União Arrolados no art. 20 da CF/88

Em seu trabalho, Durval Salge Jr. (2003) procura dividir, ainda que de forma hipotética, os bens da União insertos no art. 20 da CF/88 em *naturais* e *culturais*, pressupondo a condição de *bem ambiental*, bem este previsto no art. 225 da CF. Transcrevemos aqui o art. 20, cujo texto foi debatido, votado e promulgado por constituintes reunidos em Assembléia:

Art.20. São bens da União:

- I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;
- II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;
- III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;
- IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no artigo 26, II;

²⁶ Piso vital mínimo: Para Fiorillo (2004a, p. 55-56), “uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna”. Segundo o mestre, “[...] o art. 6º da Constituição fixa um piso vital mínimo de direitos que devem ser assegurados pelo Estado (que o faz mediante a cobrança de tributos), para o desfrute da sadia qualidade de vida”.

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;²⁷

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

§ 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei. (Grifo nosso)

Entretanto, interessa-nos aqui, sobretudo, a necessidade, apontada por Durval Salge Jr. (2003), de discutir a expressão que constitui o *caput* desse artigo: “São bens da União”. Segundo o jurista, é difícil decidir se tal expressão implica uma “relação dominial com todos os caracteres do domínio, como uso, gozo, fruição e direito de seqüela” ou se pressupõe que a União atua como gestora em nome de toda a comunidade (SALGE JR., 2003, p. 119). Se consideramos que a expressão se refere, em estrita interpretação gramatical, à relação de domínio civil, estamos, segundo Durval Salge Jr., sustentando a posição de juristas como Washinton de Barros Monteiro. Tal perspectiva permitiria à União a afetação dos bens, com vistas à alienação, segundo a legislação pertinente.²⁸

²⁷ Segundo Durval (2003, p. 119), “nesta linha de raciocínio [...] seriam culturais os sítios arqueológicos e pré-históricos”. O autor afirma ainda que “as terras ocupadas pelos índios poderiam ter uma conotação híbrida entre meio ambiente natural e cultural, dada sua especial situação jurídica, pois concomitantemente é flora e também precursor da identidade cultural do povo brasileiro”.

²⁸ Segundo Salge Jr., Antonio Queiroz Telles assume posição semelhante à de Washington de Barros: “Domínio público é expressão que se contrapõe à expressão domínio privado e que, na aparência simples, oferece extrema dificuldade para ser conceituada. Figura excepcional da propriedade, subtraída do comércio dos homens, ao menos do comércio de todos os dias ou de direito comum ou, às normas de compra e venda civil e da prescritibilidade da propriedade, o domínio público não é conceito moderno, embora algumas modalidades se descubram aos poucos em sua evolução jurídica e, sobretudo, nas chamadas propriedades especiais, diversas matizes e efeitos jurídicos menores do que aqueles que caracterizam o domínio público imóvel, que converte a propriedade pública em comum [...]. Na verdade, todos os bens públicos são de domínio nacional, sendo administrados, respectivamente, pelas pessoas jurídicas às quais a lei empresta competência para tanto, todavia, no interesse geral” (SALGE JR., 2003, p. 120, citando TELLES, Antonio Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 127-128).

Durval Salge Jr. (2003, p. 123) defende, então, a alteração do artigo 20 da CF, “para que os bens de domínio exclusivo da União possam ser transfigurados para bens ambientais”. Essa proposta de transfiguração é, todavia, desnecessária para alguns juristas. Yoshida (2006, p. 136), por exemplo, diz que “quando a União Federal inclui recursos ambientais entre os bens da União (art. 20), não é apropriada a interpretação de que são bens de propriedade da União. Ela tem, quando muito, o domínio resolúvel sobre referidos bens; ela exerce a administração desses bens”. Em sua argumentação, a autora acrescenta que “não importa a terminologia, e, sim, estarmos ciente de que a União, no caso, não tendo a propriedade, não pode administrar e muito menos dispor desses bens contrariando o interesse da coletividade” (YOSHIDA, 2006, p. 136). A jurista acredita que os *legitimados ativos* das ações coletivas e o Ministério Público devem levar ao conhecimento do judiciário as lesões e ameaças a esses bens.

A visão de Fiorillo é equivalente à de Yoshida, o que se depreende da leitura que o jurista faz do texto constitucional. Segundo Fiorillo, não obstante a Constituição Federal determinar, em diversos artigos (por exemplo, o art. 20, III, IV, V, VIII; e o art. 26, I, II, III), que os bens tipicamente ambientais são da União ou dos Estados, não se verifica a necessidade de transfiguração apontada por Durval Salge Jr. Isso porque — conforme já afirmamos mais de uma vez, referindo-nos aos fundamentos jurídicos de Fiorillo —, em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, I), o inciso I do art. 66 do CCB de 1916 (art. 99 do CCB de 2002) foi *tacitamente revogado*²⁹, dando origem aos *bens difusos*. A partir de então, devemos entender que o *patrimônio público* compõe-se somente dos *bens dominicais* e de *uso especial*.

Vale relembrar também que, até a edição do Código de Defesa do Consumidor, além de não haver definição do que fosse *bem difuso*, cabia ao Código Civil a função de

²⁹ Revogar: “tornar nulo; desfazer; tornar sem efeito; fazer que deixe de vigorar”. Revogação expressa: ocorre “quando a lei se refere explicitamente à anterior, ordenando sua revogação”. Revogação tácita: ocorre “quando a lei posterior regula inteiramente a matéria de que tratava a anterior”. (Disponível em: <http://www.dji.com.br/dicionário/revogação_lei_revogado.htm>.)

classificação dos bens em nosso ordenamento jurídico (no caso, bens públicos e bens privados). Assim, quando o art. 225 da CF/88 estabeleceu que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, acreditou-se que ele “seria encartável no art. 66, I, do Código Civil de 1916, até mesmo porque se utilizava da mesma expressão do referido artigo” (FIORILLO, 2004a, p. 56). Acontece, porém, como já observamos, que o art. 81, parágrafo único, I, do CDC, ao definir bens difusos, já sob o manto da CF/88, levou à dedução lógica de que aquele dispositivo do CCB estava revogado.

Desse modo, após o advento da Constituição Federal de 1988, nosso ordenamento jurídico reconhece a existência de três categorias distintas de bens: os *públicos*, os *privados* e os *difusos*. Fiorillo (2004a, p. 56) observa, ainda, “que diante desse novo quadro, os bens que possuem as características de bem ambiental (de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida) não são propriedades de qualquer dos entes federados [...]”.

Devemos considerar, então, assumindo a perspectiva da escola doutrinária representada aqui por Fiorillo (2004a), que características do bem ambiental podem ser atribuídas ao patrimônio arqueológico. Para tanto, tomamos cada uma dessas características como uma indagação que se dirige a esse patrimônio:

I. É um bem difuso, ou seja, *de uso comum do povo*?

Apregoamos no item 1.3 que, apesar de algumas vezes o legislador não levar em conta o vínculo entre o patrimônio cultural e o meio ambiente — por exemplo, a CF/88, nos artigos 225 e seguintes, relaciona o meio ambiente basicamente a apenas um de seus aspectos, o natural —, a doutrina, em sua maior parte, concebe o patrimônio cultural como meio ambiente cultural, espécie do gênero meio ambiente. Quanto à categoria meio ambiente, Fiorillo (2000) observa que o artigo 225 da CF fixa a existência de uma norma vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reafirmando, ainda, que todos são titulares desse direito. Não se reporta a uma pessoa individualmente, o que demarca

um critério transindividual, em que não se determinam, de forma rigorosa, os titulares do direito.

Assim, tomando-o como parte do meio ambiente cultural e reconhecendo o seu caráter difuso, podemos fazer as seguintes afirmações sobre o patrimônio arqueológico:

a) depassa a órbita dos grupos institucionalizados; b) não será possível a sua captação em termos de exclusividade, ainda que sejam esses bens determinados; e c) será sempre um direito em busca de um autor, posto ser impossível especificar, em determinado momento, quem poderá avocá-lo, seja pessoa natural, seja pessoa jurídica de direito público interno ou de direito privado. (SALGE JR., 2003, p. 110)³⁰

Além disso, devemos levar em conta o fato de que a admissão do caráter difuso do patrimônio arqueológico significa a atribuição de especial força jurídica aos seus titulares (a coletividade), que terão ao seu alcance medidas que possibilitem a vitaliciedade do instituto.³¹

Vale lembrar aqui também o posicionamento de Miranda, que enumera as importantes conseqüências de ordem jurídica prática advindas do cumprimento da determinação teórica da natureza difusa e indisponível do direito à preservação do patrimônio cultural. As conseqüências são as seguintes:

a) a imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos ambientais coletivos; b) a possibilidade de defesa do patrimônio cultural mediante a utilização de instrumentos processuais modernos e eficientes, tais como a ação civil pública (Lei 7.237/85); c) a indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico — quando o *Parquet* não for o próprio autor —, ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 127 – CF/88 e art. 82, III, CPC). (MIRANDA, 2006, p. 18-19)

³⁰ Mancuso alerta para o fato de “que muito de discutirá sobre a intensa litigiosidade interna quanto ao direito aos bens ambientais, posto que eles estarão em busca de um autor, em alguns casos, dispersos, fluidos, desagregados, disseminados entre segmentos sociais mais ou menos extensos” (SALGE JR., 2003, p. 110, citando MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 78).

³¹ Durval Salge Jr. (2003, p. 110), dando um exemplo da força jurídica conferida aos titulares do bem ambiental com característica difusa, considera que “uma determinada comunidade indígena, abrangida entre os titulares do bem ambiental, poderá propor determinada ação tendente a afastar ameaça de desaparecimento indiscriminado de pertences históricos de seu povo (meio ambiente cultural)”. Nesse caso, “o direito difuso está pairando sobre todos. Assim, o legitimado ativo poderá ser um órgão governamental, uma ONG, uma pessoa qualquer, um grupo qualquer, um município, um Estado ou um país, observada a correspondente repercussão da lesão ou da ameaça verificada”.

II. É transindividual, ou seja, *de natureza indivisível*, tendo como titulares *pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*?

Como já salientamos, os interesses ou direitos difusos possuem titulares indeterminados. Consideremos como exemplo um caso de degradação do patrimônio natural e cultural ocorrido em Confins, município da região metropolitana de Belo Horizonte, MG. As autoridades públicas, mediante denúncia à Promotoria de Meio Ambiente, verificaram que lama contaminada, retirada da Lagoa da Pampulha (BH) estava sendo despejada em uma área de proteção ambiental (APA) de Confins, o *Carste de Lagoa Santa* (administrada pelo IBAMA), cuja importância hidrológica, arqueológica, espeleológica e ambiental é amplamente reconhecida.³²

Mesmo que se venha a individuar quem concorreu para as ações antrópicas degradadoras, não há como precisar que indivíduos teriam sido afetados por elas. Os indivíduos, nesse caso, mesmo com um território delimitado pela degradação/poluição, não teriam qualquer relação jurídica entre si. O que os liga é a mesma *circunstância fática*, ou seja, os malefícios decorrentes do patrimônio natural e cultural degradado/poluído.³³

III. Pode ser desfrutado por qualquer pessoa, *dentro dos limites constitucionais*?

Acreditamos que sim, notadamente na forma proposta neste trabalho. Porém, não podemos afirmar que o *desfrute* venha ocorrendo de acordo com o “espírito” do legislador constituinte. Ao contrário, em nossos estudos verificamos que o IPHAN, na condição de “proprietário” do bem arqueológico, tem permitido a empresas realizar pesquisas arqueológicas em *moldes exclusivamente mercantis*. Desse modo, estaria prevalecendo o individualismo, possivelmente motivado por interesses puramente econômicos dos “empresários da arqueologia”. Além disso, com esse procedimento, o órgão estatal

³² Matéria publicada no *Jornal Estado de Minas* de sábado, 28 de outubro de 2006, Caderno Gerais, p. 23.

³³ Ver outro exemplo em FIORILLO (2004a, p. 6) e, também, em MIRANDA (2006, p. 75).

responsável somente pela administração do bem ambiental, bem este que pertence a toda a coletividade, está favorecendo a pulverização da arqueoinformação³⁴ gerada pelas pesquisas de arqueologia preventiva. Tem-se, assim, um saber segmentado, restrito aos arquivos dos órgãos licenciadores e dos escritórios das empresas especializadas.

Contrariamente ao que a atitude do IPHAN sugere, a *livre iniciativa* é um fundamento do liberalismo econômico que a nossa Constituição não adotou de modo irrestrito. Opõem-se a esse fundamento princípios como *a soberania, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a função social da propriedade*, dentre outros previstos no art. 170 (FIORILLO, 2004b, p. 17). Dessa forma, a Constituição Federal brasileira estabelece limites à ação particular, priorizando a coletividade em detrimento do indivíduo, adotando como fundamento do Estado Democrático de Direito os valores sociais da livre iniciativa, e não a livre iniciativa por si mesma. Essa perspectiva é confirmada na legislação derivada, que atribuiu, às entidades do setor público não estatal e sem fins lucrativos, legitimidade jurídica especial para a promoção e a tutela dos princípios previstos na Carta. Essas entidades do denominado Terceiro Setor, apesar da configuração jurídica *sem fins lucrativos*, podem perfeitamente, conforme veremos adiante, integrar-se à ordem econômica capitalista como elemento crucial do processo produtivo.

Essas considerações levam-nos à seguinte conclusão: para que o desfrute do patrimônio arqueológico ocorra dentro dos limites impostos na Constituição, tomando-se como paradigma o estudo da arqueologia no licenciamento ambiental de obras potencialmente lesivas ao meio ambiente (um dos principais instrumentos da política nacional do meio ambiente), as entidades governamentais específicas devem adotar um sistema de gestão compartilhada. Em outras palavras, essas entidades devem pressupor:

³⁴ Arqueoinformação: “referência genérica a quaisquer informações relativas à arqueologia e ao patrimônio arqueológico no sentido lato, quer sejam dados arqueológicos propriamente ditos ou dados de interesse arqueológico provenientes das disciplinas afins da arqueologia, gerenciáveis em sistema de informação geográfica (SIG aplicado à arqueologia)” (MORAIS; MOURÃO, 2005, p. 352).

a) a *participação direta da coletividade/comunidade*, considerando-se que a *participação* é um dos princípios do Direito Ambiental na Constituição Federal (arts. 225 e 216, paragr. 1º);

b) a *organização da coletividade/comunidade em entidades civis*. As entidades civis, por sua vez, devem se caracterizar por:

b.1. seguirem, preferencialmente, os moldes das entidades do Terceiro Setor, ou seja, das associações e fundações civis (art. 5º, XVII e seguintes da CF; art. 129; § 1º da CF; art. 53 e seguintes do CCB);

b.2. preverem, em seus estatutos de constituição, entre os fins públicos que devem assumir, o desenvolvimento de atividades que promovam e tutelem os interesses coletivos e difusos, assim como o amplo espectro dos direitos fundamentais;

b.3. não almejem o lucro;

b.4. judicializarem novos direitos, independentemente de partidos políticos do momento (MIRRA, 2005, p. 43);

b.5. litigarem extrajudicialmente e mesmo judicialmente (*legitimidade ativa ad causam*), propondo ações judiciais coletivas para tutelar os direitos sociais difusos, conferindo especial força jurídica aos seus titulares (art. 129, § 1º e Lei 7.347/85, dentre outras);

b.6. congregarem incontáveis participantes da coletividade, inclusive de outros setores da sociedade que não o setor público (art. 216, § 1º; art. 225; art. 5º, XVII e seguintes; art. 129, § 1º; art. 37, § 3º, todos da CF/88).³⁵

³⁵ Não podemos olvidar o fato, bem lembrado por Rodrigues (2005, p. 290), de que os “sítios arqueológicos constituem-se em patrimônio cultural dos mais relevantes, apresentando características *sui generis*, já que sua fruição apresenta desmonte para estudo”. Desse modo, não há dúvida de que os “participantes” das entidades associativas aqui consideradas deverão ser profissionais credenciados e habilitados, portanto aptos a realizar uma intervenção cuidadosa, científica e com tecnologia adequada nos sítios arqueológicos, a fim de evitar o seu perecimento. Caberia ao IPHAN, nesse caso, como *administrador do bem ambiental*, exercer rigoroso controle das explorações arqueológicas, uma vez que, “trabalhos mal realizados, mesmo bem intencionados, podem implicar na perda inútil e definitiva de importantes bens culturais” (RODRIGUES, 2005, p. 290).

b.7. organizarem e equilibrarem forças nos litígios de indenização coletiva por danos individuais (MIRRA, 2005, p. 43);

b.8. serem, em matéria ambiental, “[...] indispensáveis à transparência e transmissão de informações à implementação de processos democráticos de decisão, assumindo, nesse campo, a condição de interlocutoras privilegiadas nos procedimentos de negociação, consulta e participação na gestão do meio ambiente” (LAMBRECHTS³⁶ *apud* MIRRA, 2005, p. 44);

b.9. manterem “parcerias” com a Administração Pública para a execução de *atividades públicas não essenciais*³⁷ (EC n. 45 e Lei n. 9.790/90, dentre outras).³⁸

IV. É um bem essencial à *sadia qualidade de vida e fundamental à garantia da dignidade da pessoa humana*?

Essa indagação, segundo Fiorillo nos remete aos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. Desse ponto de vista, *bens essenciais a uma sadia qualidade de vida* são os bens fundamentais à garantia da *dignidade da pessoa humana*; em outras palavras, ter uma vida sadia é ter uma vida com dignidade (SALGE JR., 2003, p. 109).

O exame mais cuidadoso do termo dignidade nos permite afirmar que o patrimônio arqueológico é, indubitavelmente, um bem essencial a uma vida digna e, portanto, a uma vida também sadia. Consideremos, em primeiro lugar, o que Ernesto Penda (1996) tem a nos dizer.³⁹ O autor observa que “A palavra dignidade está ligada ao

³⁶ LAMBRECHTS, Claude Lambrechts. *L'accès à la justice des associations de défense de l'environnement en europe occidentale. Lês hommes et l'environnement – quels droits pour le vingto-et-unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*. Paris: Frison-Roche, 1998. p. 409.

³⁷ Para saber o que são as atividades públicas *não essenciais*, deve-se consultar o Capítulo 5 deste trabalho.

³⁸ O rol dessas entidades é imensurável em razão dos *interesses coletivos* envolvidos. Para ver a lista das principais modalidades encontradas, deve-se consultar o item 4.3 deste trabalho.

³⁹ Outros dispositivos da Constituição Federal brasileira que fazem referência à dignidade humana: a) art. 1º, inc. III, que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República; b) art. 3º, inc. III que põe como objetivos fundamentais, entre outros, a erradicação da pobreza e da marginalização a fim de reduzir a desigualdade social e regional; c) art. 5º, caput, que coloca todos iguais perante a lei e, seu inciso III, que proíbe a tortura, o tratamento desumano ou degradante; d) art. 6º que determina a assistência aos desamparados; e) art. 193 que dá como base da ordem social o bem estar e a justiça social e, por fim, f) art. 231 que reconhece aos índios sua organização social como um todo, protegendo-os.

ser humano por uma abstração intelectual representativa de um estado de espírito” (PENDA, 1996, p. 126). Desse modo, a dignidade

[...] é um atributo humano sentido e criado pelo homem e por ele desenvolvido e estudado, existindo desde os primórdios da humanidade. Dignidade é, além do mais, saber perceber o valor de sua própria cultura, respeitando e protegendo, também, a sua memória e, portanto, sua identidade. (PENDA, 1996, p. 128)

José Luiz de Moraes fornece-nos o complemento necessário à definição de Penda, ajudando-nos a associar dignidade e patrimônio histórico:

[...] se o patrimônio cultural é a representação da memória, o patrimônio arqueológico é sua materialização [...] potencialmente incorporável à memória local, regional ou nacional, o patrimônio arqueológico compõe parte da herança cultural legada pelas gerações do passado às gerações futuras. (MORAIS; MOURÃO, 2005, p. 355)

Tais características estão em consonância com os mandamentos do art. 225 da Carta, que impõe ao Poder Público e à Coletividade a defesa e preservação desse bem ambiental cultural para as presentes e futuras gerações. Vale registrar, novamente, que sempre que falamos em proteção do patrimônio natural devemos equiparar os bens naturais ou ambientais aos bens culturais.

Vejamos, ainda, o texto a seguir, que, de modo sintético, explicita a singular congruência entre os conceitos aqui abordados:

Ser digno significa ser merecedor, ser respeitável, mas essa respeitabilidade e merecimento só podem ter sentido se forem ligados à natureza do ser a quem isso é atribuído. Se o sentido desse ser for desprezível, se à sua existência pouco ou nenhum valor é dado, se esse ser for um epifenômeno descartável, que respeito teremos dele, que dignidade ele pode portar?

O ser humano tem uma peculiar função nos mundos conhecidos: ele dá significação às coisas e ele, pelo conhecimento, tematiza criticamente o próprio conhecimento. De certa forma, ele é o universo que fala, o cosmos que se autodesvela e auto-refere. Para desempenhar esse papel o ser humano apresenta várias facetas.

Ele expressa a história mineral, vegetal e animal do cosmos, apresentando em sua constituição heranças e estruturas advindas dessas camadas da história do cosmos e da terra. Ele traz em sua memória inconsciente partilhada as condutas animais, suas técnicas de sobrevivência, sua agressividade e ternura, suas garras e dentes e seus instintos acrescidos de toda a história humana, todas as experiências,

medos, dominações, soluções e criações que a temporalidade da espécie propiciou. Ele traz a entropia e a superação presentes em sua condição.

Em termos individuais ele carrega ainda sua história pessoal marcada pelos grupos familiares a que pertence, pelas pertinências maiores ou menores existentes em seus grupos sociais, além dos sentimentos, desejos, perspectivas e projetos históricos diversos, que tocam sua individualidade. Ele ainda constrói, sem saber conscientemente, uma história escondida e velada, formada pelos seus desejos não atingidos, seus sentimentos proibidos, suas afeições e desafeições.

Outra marca desse ser é a sua capacidade de modificação produtiva, de criar novas relações com a natureza, perversas ou não, de elaborar um mundo onde as riquezas são otimizadas e a pobreza aumentada, superando o “estado de natureza” e implantando um mundo que pode se autodestruir, justamente pela negação da dignidade da natureza e da dignidade humana. Essas formas de produzir e os relacionamentos daí decorrentes informam e influenciam o modo de ser dos humanos de tal forma que ainda existem os que julgam que essa relação é uma determinação necessária.

Esse ser tem a capacidade de elaborar um mundo simbólico, que procura expressar as suas existências, explicar e compreender os fenômenos e dar conta das vidas de cada um pelas crenças, pressupostos e sonhos. Esse papel de “falador” do universo dá a ele a dignidade de ser o único porta-voz conhecido do Cosmos, o único, até agora, que faz o universo infletir sobre si mesmo e se autodesvelar, o único que cria culturalmente suas normas éticas, suas estruturas de poder, sua arte, tudo isso dentro de uma chave de aposta entre a dissolução e a construção rumo a sínteses mais complexas, vale dizer entre o desrespeito e o respeito à sua própria dignidade.

A crise de aplicação dos direitos humanos, formalmente reconhecidos em quase todas as constituições do mundo, está baseada nesse pressuposto de negação da dignidade, pois um ser sem significado não merece respeito, no máximo indiferença, pois ele é banal e banal é a violência exercida sobre ele. Assim, por razões étnicas, culturais, religiosas, econômicas ou políticas, ele é massacrado, morto, torturado, esfomeado, estuprado, violentado, tudo em nome de abstrações, tendo como agentes ativos ou passivos seus iguais, isto é, aqueles que acreditam na insignificância humana e por isso não têm pejo de matar, de deixar morrer, já que a vida humana nada mais é do que uma presença ou ausência dentro de quadros estatísticos, que cada ser humano é apenas um produtor ou desempregado potencial, que a humanidade só terá sentido quando se submeter à lógica perversa de dominação de poucos grupos, que acreditam, ou dizem acreditar, que a salvação do mundo está na otimização de seus lucros, na concentração de seus saberes e na eliminação de seus inimigos e daqueles que não tem capacidade de se enquadrar nessa ordem totalitária e desumanizadora.

As práticas políticas e suas doutrinas justificadoras aceitam esses mesmos pressupostos desumanizadores. A política é guerra, é disputa entre interesses colidentes, é internacional economicamente e nacional na interioridade dos Estados. A soberania tão decantada é uma ilusão: os países são mais ou menos soberanos em função de sua capacidade bélica, de sua força econômica e de seu saber concentrado. A soberania é um atributo distribuído desigualmente, o que a torna mero constructo ideológico, sem força em termos das relações entre desiguais.

A dignidade humana impõe o entendimento da reformulação do eixo da política, de um sentido de guerra para um sentido de paz, de uma representação baseada em interesses para a participação real dos diferentes, sob a égide da solidariedade, que não é mera chamada moral

para as pessoas melhorarem, mas um imperativo de sobrevivência da própria humanidade e de seu meio, a partir da admissão do papel e merecimento do ser humano e do papel e significação do meio ambiente com seus objetos naturais e quase naturais.⁴⁰

É importante também lembrar a lição de Fiorillo (2004a, p. 55), que enfatiza que “uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, a educação [...] entre outros direitos básicos”. Assim, aviva-se novamente a congruência entre os conceitos de *dignidade, patrimônio arqueológico, memória, educação, participação social e identidade*.

Ao tomar a arqueologia preventiva como educação patrimonial, ressaltamos que a educação patrimonial é atividade obrigatória, garantida nos contratos entabulados entre os empreendedores e os profissionais da arqueologia no licenciamento ambiental. E quando os estudos de arqueologia preventiva “[...] prosseguem até a fase de licença de operação têm investido em ações de educação patrimonial, atividade que acaba por consolidar as relações entre arqueólogos, museólogos e educadores” (MORAIS; MOURÃO, 2005, p. 365). Citando o *Guia Básico de Educação Patrimonial* de Maria de Lourdes Horta, Evelina Grumberg e Adriane Monteiro⁴¹, acrescentamos que a “educação patrimonial está intimamente ligada à cultura e é concebida como ‘um processo permanente e sistemático de trabalho educacional centrado no patrimônio cultural como fonte primária de conhecimento e enriquecimento individual e coletivo’” (MORAIS, MOURÃO, 2005, p. 365).

Concluindo, podemos afirmar que o estudo da arqueologia preventiva no licenciamento ambiental, *como educação patrimonial e inclusão social*, contribui para uma sadia qualidade de vida e é fundamental à garantia da dignidade da pessoa humana. Isso porque,

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/robertoaguiar/dignidadehumana.html>>.

⁴¹ HORTA, Maria de Lourdes P.; GRUMBERG, Evelina; MONTEIRO; Adriane Q. *Guia básico de educação patrimonial*. Rio de Janeiro: IPHAN/Museu Imperial, 1999, p. 6.

[...] sem dúvida, a educação patrimonial será um instrumento de educação nos processos de ensino formal e não formal, um verdadeiro instrumento de alfabetização cultural. Por meio deste instrumento espera-se induzir transformações na maneira de se tratar a cultura, tanto por parte dos profissionais (acadêmicos ou não), como das comunidades envolvidas no processo. (MORAIS; MOURÃO, 2005, p. 365)

Não é admissível, portanto, diante de todos os fundamentos examinados neste trabalho, especialmente neste item, que ainda afirmemos que o que importa é a *terminologia*, ou seja, os dizeres que constam no *caput* do art. 20 da CF/88 e a incerteza que gerariam. Tal incerteza não se sustenta, visto que não há como defender a existência de uma relação dominial do ente federativo com o patrimônio arqueológico a qual, possuindo todos os caracteres do domínio, sobrepuje os demais princípios fundamentais estruturantes da Carta. Sobretudo, não podemos supor um domínio que exceda os princípios que dizem respeito aos bens ambientais e à sua natureza jurídica difusa, à participação da coletividade na sua promoção e tutela, à impossibilidade de sua apropriação por quem quer que seja, entre outros. Com efeito, não podemos concluir que, ao outorgar o “domínio” do patrimônio arqueológico à União, a Constituição Federal esteja atribuindo a ela a titularidade desse bem tipicamente ambiental. “Domínio” significa, nesse contexto, gestão; a União é somente a gestora do patrimônio arqueológico, de forma que toda vez que alguém quiser explorar um sítio arqueológico⁴² deverá ser por ela autorizado. Em verdade, atuando como simples administradora de um bem que pertence à coletividade, a União deverá geri-lo sempre com a participação direta da sociedade.

Isso se aplica, segundo Fiorillo (2004a), a todos os bens ambientais arrolados na Constituição Federal. O fato de a Carta outorgar o domínio de alguns bens à União ou

⁴² Sítio arqueológico é um “termo unitário e fundamental na classificação dos registros arqueológicos. Corresponde à menor unidade do espaço passível de investigação, dotada de objetos (e outras assinaturas latentes) intencionalmente produzidos e rearranjados, que testemunham comportamentos das sociedades do passado. Um sítio só pode ser definido como tal após a sua verificação enquanto registro arqueológico. Sítio de referência é aquele que, por suas características topomorfológicas, estatigráficas e crono-culturais, serve de apoio para as interpretações regionais e respectivas inserções” (MORAIS; MOURÃO, 2005, p. 359).

aos Estados não nos permite concluir esteja atribuindo a eles a titularidade desses bens; podemos dizer somente que a União ou os Estados (dependendo do bem) são seus gestores. Assim, toda vez que alguém quiser explorar algum dos aludidos bens, deverá estar autorizado pelo ente federado responsável por sua “administração”.

Abordamos essa questão mais detalhadamente no item a seguir.

2.7. A Propriedade em Face dos Direitos e Deveres Fundamentais: o patrimônio arqueológico como um *bem difuso e adéspota*

A civilização burguesa desvinculou da propriedade a dimensão religiosa que a civilização grego-romana⁴³ lhe atribuía e passou a dar-lhe um sentido de “mera utilidade econômica”, além de estabelecer, via constitucionalismo, uma nítida separação entre o Estado e a sociedade civil, entre o homem privado (indivíduo) e o cidadão (sujeito da sociedade política).

Essa dicotomia foi alvo da crítica socialista de Marx, que considerava a separação entre as esferas pública e privada da vida social como simples discurso ideológico, uma vez que o Estado acabaria sendo também apropriado pela classe proprietária. Perdido o sentido religioso das origens, os documentos políticos⁴⁴ do final do século XVIII e a nova ordem ética do direito moderno passaram a vincular a propriedade à liberdade e à

⁴³ “A idéia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antiguidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então, desalojado. A casa, o campo que a cercava e a sepultura nela localizada eram bens próprios de uma gens ou de uma família, no sentido mais íntimo, ou seja, como algo ligado aos laços de sangue que unem um grupo humano.”

⁴⁴ Podemos citar como exemplo o *Bill of Rights de Virgínia*, de 12 de junho de 1776, em seu parágrafo 1º: “That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity, namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”.

segurança.⁴⁵ Comparato diz que, “sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida constitucionalmente, em sua dupla natureza de direito subjetivo e de instituto jurídico”. Segundo o jurista, não se tratava, “[...] apenas, de reconhecer o direito individual dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial”.

Nessa perspectiva institucional, inseriu-se no constitucionalismo liberal o direito à aquisição de bens indispensáveis à subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. A ordem jurídica, garantidora última da liberdade individual, deveria proteger não apenas os atuais proprietários, mas também os futuros. Assim, conclui Comparato, a propriedade adquiria, insofismavelmente, o caráter de direito fundamental da pessoa humana.⁴⁶

Não obstante os paradigmas modernos, com a evolução socioeconômica do século XX, o objeto de garantia constitucional veio a ser alterado. Sucessivas guerras, com destruição de cidades inteiras, rápida e maciça concentração urbana, esgotamento de recursos naturais, entre outros fatos, obrigaram a uma intervenção legislativa dos Estados nos sistemas jurídicos. Os direitos patrimoniais indispensáveis à subsistência individual começavam a merecer a mesma proteção constitucional dispensada tradicionalmente à propriedade. Justifica-se essa nova tutela constitucional, conforme nos ensina Comparato, “quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma

⁴⁵ Segundo Comparato, “Sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida constitucionalmente, em sua dupla natureza de direito subjetivo e de instituto jurídico. Não se trata, apenas, de reconhecer o direito individual dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigura-lo completamente, em seu conteúdo essencial.”

⁴⁶ Comparato cita o exemplo da Constituição Italiana de 1947, que reconheceu esse direito fundamental ao dispor que a lei regulará a propriedade com a finalidade de torná-la acessível a todos (art. 42, segunda alínea).

garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem”.⁴⁷

No exemplo brasileiro, a Constituição Federal de 1988, à luz dessas novas considerações da propriedade como fonte de direitos e deveres fundamentais, declara que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º). Com efeito, verificamos que a Constituição brasileira é explícita quando liga, ao direito de propriedade, o dever fundamental de atendimento às necessidades sociais. O velho instituto ganha, assim, novas finalidades. A propriedade não é garantia em si mesma, mas um instrumento de proteção de valores fundamentais.

Tendo em vista essa nova compreensão da propriedade, Fiorillo (2004a, p. 56) chama a atenção para a existência de uma possível antinomia legal quando a “Constituição Federal em diversos artigos determina serem da União ou dos Estados os bens tipicamente ambientais” (art. 20, III, IV, V e VI; art. 26, I, II e III), entre os quais podemos citar os sítios arqueológicos e as cavidades subterrâneas (inciso X do art. 20). A antinomia, porém, é só aparente. É o próprio Fiorillo quem a refuta como uma falsa percepção, observando que até a instituição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990,⁴⁸ todos os bens relacionados nos incisos do artigos 20 e 26 da Constituição Federal, além do bem previsto no art. 225, eram considerados públicos. Isso se dava unicamente porque cabia ao Código Civil a responsabilidade pela classificação dos bens em nosso ordenamento jurídico, e esse diploma somente reconhecia a existência de duas espécies de bens: os públicos e os privados.⁴⁹ Assim, a leitura do art. 66, I, do

⁴⁷ Comparato cita o exemplo da intervenção legislativa que os Estados, no pós-guerra, realizaram nas relações de inquilinato, reforçando os direitos dos locatários e limitando a autonomia negocial dos locadores. Ao direito tradicional dos locadores proprietários, opôs-se o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar. Assim, os inquilinos passaram a gozar de uma proteção constitucional semelhante à dos proprietários: “[...] um autônomo direito fundamental à habitação, tal como preconizado na II Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos, realizada em Istambul em junho de 1996”.

⁴⁸ O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8079, de 11 de setembro de 1990, entrou em vigor em 11 de março de 1991.

⁴⁹ José Afonso da Silva (2001, p. 153) afirma que o código civil biparte os bens, quanto à titularidade, em bens públicos e privados, sendo da primeira espécie os bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Segundo o jurista, podem-se adicionar à lista o Distrito Federal e as autarquias. A seu ver, na forma prescrita no art. 65 do novo Código Civil, todos os outros bens são particulares, seja qual for a pessoa a que pertençam.

Código Civil de 1916 determinava a leitura dos termos do art. 225 da CF, de modo que se compreendia que o meio ambiente, como um bem de uso comum do povo, seria um bem público. Por isso, destaca Fiorillo, a forma de expressão do artigo constitucional era equivalente à do Código Civil, como evidenciam os excertos a seguir:

Art. 66, I do Código Civil Brasileiro de 1916:

Os **bens públicos** são:

I - **de uso comum do povo**, tais como mares, rios, estradas, ruas e praças; [...]

Art. 225 da Constituição Federal de 1988:

Todos têm direito ao **meio ambiente** ecologicamente equilibrado, **bem de uso comum do povo** e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à Coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [...] (Grifo nosso)

Entretanto, a necessidade de tomar o meio ambiente como um bem público se desfaz com a instituição do Código de Defesa do Consumidor. Conforme já afirmamos aqui mais de uma vez, esse ordenamento, ao estabelecer o que são bens difusos e coletivos, em consonância com a CF/88, revoga tacitamente o inciso I do art. 66 do Código Civil de 1916. Além dos bens públicos e privados, o nosso ordenamento jurídico passa, então, a contemplar uma terceira categoria de bens: a dos bens difusos. Como frisamos anteriormente, em face da congruidade das molduras normativas inseridas na Constituição Federal, houve tratamento diferenciado “[...] despendido ao bem público e ao difuso, na medida em que foi ressaltado, mais uma vez, que meio ambiente não é patrimônio público, até mesmo porque conclusão contrária a esta obrigar-nos-ia a acreditar na redundância do legislador constituinte” (FIORILLO, 2004a, p. 56).

Tal afirmação é confirmada, segundo Fiorillo (2004a), pelo art. 129, III, da Constituição Federal, o qual dispõe que:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Da mesma maneira, o art. 5º, LXXIII, preceitua: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]”.

De acordo com Fiorillo, com esses dispositivos,

[...] observamos que o legislador constituinte distinguiu os bens pertencentes ao patrimônio público dos pertencentes a toda a coletividade. Isso se torna mais evidente ao constatarmos que ele tratou de forma diversa patrimônio público e meio ambiente, numa clara alusão ao fato de que este não constitui aquele. (FIORILLO, 2004a, p. 53)

Podemos concluir, portanto, que os bens que possuem as características de bem ambiental (de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida) não são de propriedade de qualquer dos entes federados; em outras palavras, os rios, os lagos (inciso III), as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos (incisos X), por exemplo, dos quais trata o art. 20 da Constituição Federal, não são bens de propriedade da União.

É importante frisar, contudo, que,

[...] ao fazer-se distinção entre bem público e bem de natureza difusa⁵⁰, não se colocam em cheque o princípio da legalidade e o poder-dever de a Administração agir conforme os ditames legais e em benefício da coletividade. Concebe-se, efetivamente, em nosso ordenamento jurídico positivado, uma terceira categoria de bem, que é difuso, cuja titularidade difere daquela própria do bem público. (FIORILLO, 2004a, p. 53)

Com efeito, o poder público deve atuar como administrador do bem que pertence à coletividade, gerindo-o sempre com a participação direta da sociedade.

⁵⁰ Segundo Fiorillo (2004a, p. 53), “não se pode olvidar, como critério diferenciador, que o bem público tem como titular o Estado (ainda que deva geri-lo em função e em nome da coletividade), ao passo que o bem de natureza difusa repousa sua titularidade no próprio povo. Como isso, eventuais condenações ao ressarcimento do dano a um bem de natureza pública e a outro de natureza difusa possuirão destinos diferentes. No primeiro caso, o objeto da arrecadação será destinado ao Estado, enquanto no segundo, em princípio, destinar-se-á ao fundo criado pela Lei 7347/85 — Fundo de Defesa de Direitos Difusos (Lei 9.008/95) — ou mesmo aos Fundos Estaduais”.

Plenamente fundamentadas, embora fortemente provocativas àqueles que resistem a novos paradigmas, as idéias de Fiorillo e seus discípulos enquadram com pertinência os bens arqueológicos — segmento dos bens ambientais culturais — na categoria dos bens difusos. Esse enquadramento encontra sustentação não apenas no espírito da letra constitucional, mas também no contexto social em que se ampara o assunto e nas próprias tendências da práxis da arqueologia, hoje plenamente imbuída do princípio da inclusão e da devolução social. O patrimônio arqueológico também é condição de qualidade e desfrute de uma vida digna,⁵¹ e entendido como bem difuso, é de uso comum do povo brasileiro. A União, sua gestora, fixará as regras para sua melhor fruição, mediante a consolidação de estrutura híbrida que garanta a participação direta da sociedade.⁵² Deve-se considerar, porém, que, resguardadas as prerrogativas de inserção nacional, o segmento social mais interessado na sua fruição é a comunidade local que o detém em seu território.⁵³ Assim, cabe ao poder público federal, com o apoio dos poderes estaduais e em parceria com os profissionais da arqueologia, esclarecer seus propósitos junto à comunidade e ao poder público local, em linguagem adequada, estimulando a inclusão social pelo reconhecimento e pela valorização dos bens arqueológicos, em ações de educação patrimonial.

⁵¹ Lúcia Reisewitz (2004, p. 99-100) faz as seguintes afirmações: “Como procuramos demonstrar, ao descrevermos o bem jurídico ambiental, é preciso distingui-lo dos recursos ambientais. O meio ambiente ambiental é algo incorpóreo, abstrato, composto por bens culturais materiais e imateriais que são relevantes para o direito, uma vez que a norma constitucional prescreve a importância e necessidade de preservação do patrimônio cultural brasileiro (art. 216 da Constituição). O bem jurídico tutelado é o direito à preservação do patrimônio cultural. Este é o meio para garantia da qualidade e manutenção da vida humana e os recursos que o compõem são objetos do direito à preservação” [...] “o patrimônio cultural brasileiro é o conjunto de bens de valor cultural sobre os quais recaem um interesse difuso. A preservação, por exemplo, de um acervo cultural pode interessar a um número indeterminado de pessoas, esteja ele sob gerenciamento público ou privado”.

⁵² De acordo com Durval Salge Jr. (2003), a criação de mecanismos para controle e defesa dos bens ambientais seria liderada pela União, mediante estrutura híbrida entre entidades públicas e entidades não governamentais e privadas. O item 6 da parte II de sua dissertação de mestrado aborda com detalhe essa estratégia.

⁵³ O assunto encontra respaldo na letra constitucional, que delega aos municípios a prerrogativa de cuidar dos interesses locais. Nesse sentido, chamamos a atenção para o art. 30, I, II e IX, da Carta da República.

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema

Consuelo Yoshida (2006, p. 136) ressalta a relevante contribuição do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 300244-9, quando considera a importância da proteção da Mata Atlântica como patrimônio nacional.⁵⁴

⁵⁴ A respeito desse julgamento, ver rodapé 11, item 1.2.

CAPÍTULO 3

O Neoliberalismo e a Participação da Sociedade Civil na Defesa dos Interesses Difusos no Estado Democrático de Direito

No final do século passado, bem dizendo, na década de 1980, “o receituário neoliberal se fez sentir”, principalmente após “o esfacelamento dos regimes socialistas, as experiências do *tatchrismo* na Inglaterra e da *reaganomics* nos Estados Unidos” (ADELAIDE; GROTTI, 2003, p. 371).

Distinguindo-se pela pluralidade e pela globalização de interesses¹, o liberalismo contemporâneo suprime o controle do Estado, que perde sua exclusividade na guarda dos interesses públicos.² Ganham dimensão as premissas liberais que pregam a reforma do Estado, conferindo primazia à iniciativa privada sobre a iniciativa estatal. Tal primazia, denominada “princípio da subsidiariedade estatal”, fundamenta-se, segundo Adelaide e Grotti, na idéia de que cabe ao Estado:

[...] respeitar os direitos individuais pelo reconhecimento da primazia da iniciativa privada sobre a iniciativa estatal; [...] deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de desempenhar por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; [...] deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de sorte a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. (ADELAIDE; GROTTI, 2003, p. 362)

De acordo com Adelaide e Grotti (2003, p. 362),

a nova ordem jurídica liberal reflete o pluralismo político, econômico e social da sociedade contemporânea, devolvendo-lhe a prerrogativa de decidir sobre qualquer que seja o seu interesse, até mesmo o interesse público, que deixa de ser monopólio do Estado para ser compartilhado por crescente número de entidades intermédias, que se legitimam até mesmo para atuar em representação da sociedade como um todo, como no caso dos interesses coletivos e difusos ou da própria guarda da Constituição.

Essa mudança de perspectiva tem duas implicações importantes:

¹ “O interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa” (MANCUSO, 2004, p. 19).

² Mancuso (2004, p. 31), definindo a expressão “interesse público”, afirma que, quando lemos ou ouvimos a expressão, “a presença do Estado se nos afigura em primeiro plano”, é como se ao Estado coubesse não só a ordenação normativa do “interesse público”, mas também a soberana indicação de seu conteúdo. Adelaide e Grotti (2003, p. 362), por sua vez, analisando os movimentos sociais desde o ressurgimento do liberalismo, alertam para o que entendem como falácia “[...] da exclusividade do Estado sobre o chamado interesse público e o erro de fazer dele um tutor da Sociedade, quando deveria ser seu instrumento”.

a) no plano interno, difundiu-se a convicção da incapacidade e ineficiência do Estado para responder às suas funções em diversas áreas;³

b) no plano externo, com a globalização, as organizações multilaterais e o sistema financeiro internacional sugerem políticas econômicas e planos de reforma que constituem estímulo ao fluxo oportunista de capitais, indústrias e serviços entre países.

Concluindo, Adelaide e Grotti (2003, p. 37) observam que, na defesa de alternativas à atuação do Estado, o Terceiro Setor e as organizações supranacionais “[...] são propostas que ganharam força no plano internacional e, no Brasil, encontram terreno fértil para germinar, sendo de diversas ordens os argumentos invocados para justificá-las”. Amandino Teixeira Nunes Jr., na mesma ótica, discorre sobre o que denomina “Estado Ambiental de Direito”, reforçando a idéia de que

a edificação e a estruturação deste Estado constituem uma tarefa árdua, em face da complexidade dos problemas emergentes de degradação ambiental, da incapacidade (política e regulatória) do Estado de resolvê-los e da necessidade de mudanças (profundas) nas estruturas da sociedade organizada. (NUNES JR., 2005, [s.p.])⁴

Quando se discutem as premissas liberais, que pregam a reforma do Estado mediante a transferência de prerrogativas à sociedade civil, é importante ressaltar também que é consenso nas doutrinas jurídicas, sociológicas e políticas que o modelo representativo de democracia (hoje capitaneado pelas democracias modernas, inclusive a brasileira) não implica um estado de coisas efetivamente democrático, em que o poder se origina do povo e o exercício direto desse poder se legitima. Todavia, o modelo representativo não é a única escolha ou possibilidade democrática; há, sem dúvida, como enfatiza Paulo Modesto (2002), uma reivindicação veemente de “superação dialética da

³ No Brasil, o *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*, 1995, cujos parâmetros foram adotados pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, parte da premissa de que o aparato burocrático do Estado brasileiro é, por excelência, ineficiente.

⁴ Segundo Amandino Teixeira Nunes Jr. (2005, [s.p.]), o Estado Ambiental de Direito estaria “[...] assentado nos princípios da prevenção, da participação e da responsabilização e incumbido da proteção do meio ambiente e da promoção da qualidade de vida, sob os auspícios do desenvolvimento sustentável e pressupõe a realização de novos direitos e valores, como a educação ambiental, a democracia ambiental, a cidadania participativa e solidária e a tutela jurisdicional ambiental adequada”.

democracia representativa pela democracia participativa, encarecedora da participação direta dos cidadãos na tomada das decisões coletivas”. Paulo Haus Martins (2006, [s.p.]), por sua vez, analisando a crise do sistema representativo e o redimensionamento do espaço público, destaca que “[...] o conceito de Sociedade Civil está tão vinculado ao de Estado quanto ao de Democracia, ou da forma de ocupação e superação do Estado por via da democracia participativa”.

Devemos considerar, porém, que, historicamente, a árdua busca por espaços pela definição de papéis não é novidade nos movimentos sociais e políticos mundiais. Rodrigo Xavier Leonardo destaca, por exemplo,

[...] entre vários acontecimentos, o posicionamento da Igreja Católica — especialmente por intermédio da Encíclica *Rerum Novarum* (1891)⁵ — os movimentos sociais europeus e latino-americanos ao final do século XIX e início do século XX, a doutrina marxista e a Revolução Russa de 1917, sem prejuízo da grande crise do capitalismo em 1929 e das duas grandes guerras. (LEONARDO, 2004, [s.p.])

Quanto à realidade política brasileira, em que pese a mudança de orientação de princípios democráticos, ainda se observa a notória e contumaz falta de ação concreta do Poder Público Estatal em relação aos novos paradigmas. Com efeito, o Estado brasileiro insiste em não romper com o intervencionismo, assumindo uma configuração impositiva e burocratizada (nos termos de Sílvio Luís Rocha (2003, p. 16), um “mecanismo clássico de coerção”), pautada na falta de visão social, além de desencontrada com respeito aos ramos da ciência jurídica. O ápice dessa inaptidão, para grande parte dos pesquisadores, está no patente fracasso da “metáfora paterna”, da idéia de Estado-pai, auto-suficiente e

⁵ Por meio da encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, a Igreja Católica manifestou-se expressamente contra o socialismo como remédio para as mazelas sociais, consagrando a propriedade como um direito natural que, todavia, deve ser destinado ao benefício de todos. A importância da *Rerum Novarum* advém de um posicionamento da Igreja, em busca de um *tertium genus* entre o culto ao liberalismo puro e o socialismo. Consta na Pequena Enciclopédia de Doutrina Social da Igreja que “Leão XIII, há 100 anos, alertava para as graves consequências dos dois sistemas que já, como correntes ideológicas, assediavam a consciência católica: o liberalismo capitalista exaltava a liberdade ao preço de uma imensa iniquidade social; o coletivismo socialista reivindicava a igualdade ao preço de um sacrifício intolerável da Igreja” (verbete *Rerum Novarum*, 1992, p. 320-391 *passim*).

protetor, ao qual tudo se pede e do qual tudo se espera.⁶ Somem-se a esses problemas os inverossímeis e quase sempre inatingíveis princípios que norteiam a ação estatal na abordagem do patrimônio ambiental e cultural, além da falta de recursos humanos capacitados (organizados e em sinergia constante, orientados e atualizados pelas melhores academias e com a necessária exposição às tecnologias disponíveis no mundo).⁷

Trata-se da “crise de eficiência do Estado”, a qual, embora não seja privilégio do Brasil, aqui se manifesta com gravidade singular.⁸ Sobre essa crise, Emerson Gabardo (2003, p. 164) diz o seguinte: “o Estado hoje não quer nada dos cidadãos a não ser contribuições materiais. Não exige devotamento nem entusiasmo. O Estado recorre à sociedade (em geral de forma demagógica) justamente para que esta atue fora dele, ou seja, a fim de que constitua o “espaço público não estatal”.

Por sua vez, a sociedade civil⁹ brasileira, apesar da sua também notória acomodação e até desconhecimento da triste realidade do abandono e da degradação ambiental, parece estar atenta a todas essas crises, assim como ao surgimento de novos paradigmas.¹⁰ Há a percepção de que os direitos e interesses individuais estão dando lugar às aspirações próprias das sociedades democráticas, pluralistas e inclusivas,

⁶ Simone Coelho (2000, p. 29) utiliza o termo *Welfare State* para caracterizar “a crise mundial de uma concepção de Estado na qual se configuram governos centralizados e burocratizados, com política social expressiva e serviços padronizados que têm por meta suprir as necessidades sociais da população”.

⁷ Para um estudo aprofundado das linhas teóricas da *crise* do Direito Administrativo, ver Perez (2004, p. 49).

⁸ Segundo Norberto Bobbio (1997, p. 210), “A contraposição entre Sociedade Civil e Estado tem sido freqüentemente utilizada com finalidades polêmicas, para afirmar, por exemplo, que a Sociedade Civil move-se mais rapidamente do que o Estado, que o Estado não tem sensibilidade suficiente para detectar todos os fermentos que provêm da Sociedade Civil, que na Sociedade Civil forma-se continuamente um processo de deterioração da legitimidade que o Estado nem sempre tem condições de deter. Uma velha formulação desta mesma antítese é a que contrapõe o poder real ao poder legal. Daí a freqüente afirmação de que a solução das crises que ameaçam a sobrevivência de um Estado deve buscar-se, antes de tudo, na Sociedade Civil, onde é possível a formação de novas fontes de legitimidade e, portanto, novas áreas de consenso”.

⁹ Termo extraído do texto constitucional e que, sociologicamente, quer dizer coletividade.

¹⁰ Thomas Kuhn (2003, p. 13) considera os “paradigmas” como “as realizações científicas universalmente conhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

privilegiando-se os denominados direitos difusos e coletivos (entre os quais incluem-se o meio ambiente e o patrimônio cultural).¹¹

A aparente apatia social teria uma explicação dentro de uma lógica histórica e paradigmática, que, no Brasil, se traduziu por décadas de governos ditatoriais, onde tínhamos uma administração pública exclusivamente formal, baseada em princípios racional-burocráticos, patrimonialista, clientelista e adepta do nepotismo dentre outros vícios que precisam ainda ser extirpados.¹²

Assim, não há dúvida quanto ao fato de sofrermos uma crise de eficiência estatal, incessantemente confrontada e redimensionada pelo corpo constitucional democrático.¹³ No entanto, ainda hoje podemos encontrar ortodoxos doutrinadores que continuam tomando o Estado como o grande proprietário¹⁴ do patrimônio ambiental e cultural, além de tutor e agente ativo dos processos políticos derivados. Segundos esses doutrinadores, o Estado teria o direito e o dever de continuar assumindo as diversas questões de interesse público da população, tal como assume hoje o patrimônio arqueológico. A sociedade civil seria, desse modo, mera coadjuvante dos processos derivados.

Os limites do Estado e a participação civil são o tema dos debates que se seguem, os quais interessarão de modo especial àqueles adeptos que encontram nos movimentos de defesa da liberdade da sociedade civil — no exercício da cidadania — os fundamentos para interpretar a aplicação do direito positivo¹⁵ brasileiro em vigor. Referimo-nos a quem acredita, como nós, na contribuição do debate e na efetiva

¹¹ Podemos afirmar que, no mundo contemporâneo, quase a totalidade dos ramos do saber humano se volta para as questões relativas à defesa do meio ambiente, e, assim, também à defesa do patrimônio cultural arqueológico.

¹² Fonte: *Plano Diretor da reforma do Aparelho do Estado*, Câmara de Reforma do Estado, 1995.

¹³ Diz-se que a Constituição é a lei fundamental e suprema de um Estado, porquanto ela contém normas respeitantes à formação dos poderes públicos, à forma de governo, à distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos etc. As leis e outras normas que se seguem, ditas infraconstitucionais, apenas normatizam e seguem os princípios traçados pela Constituição. Por isso, Fiorillo (2004b, p. 1) diz que o Brasil, “[...] a partir de 1988, veio a se constituir em Estado Democrático de Direito, adotando como alicerces a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa assim como o pluralismo político (art. 1º, I a V)”.

¹⁴ Segundo Guilherme Figueiredo (2004, p. 35), “A propriedade é um instituto que sofreu (e continua a sofrer) profundas mudanças ao longo do tempo, todas elas destinadas a adequá-lo às necessidades históricas da civilização, ajustando-o às novas realidades econômicas em constante mutação”.

¹⁵ Direito normativo.

construção da atuação civil na vida política e social do país, rechaçando sempre a intervenção dos políticos de ocasião e mesmo a do próprio Estado, quando ele faz uso do complexo e burocrático aparato legislativo¹⁶ com o único intuito de “asfixiar o surgimento e a sustentação de organizações da sociedade civil”.¹⁷

3.1. A Formulação do Estado Ambiental de Direito e os Novos Paradigmas: o princípio da participação como um dos princípios ordenadores da Política Global do Meio Ambiente

3.1.1. Progênie da Democracia Participativa

O Estado Democrático, tal qual o entendemos hoje, surgiu com as revoluções liberais do século XVIII. Mas ao século XIX deve-se o aperfeiçoamento da “teoria da democracia” como forma de governo. Segundo Marcos Augusto Perez (2004, p. 27), “mediante o labor de seus principais ideólogos, como Rousseau, Madison, Bentham, Mill”, se consagrou o modelo democrático da era moderna, a democracia representativa¹⁸, que se idealizou como regime necessário para a proteção da liberdade em face do arbítrio do

¹⁶ O princípio da separação de poderes tem raízes históricas, pois foi elaborado e alcançou expansão numa época em que se buscava preservar os direitos individuais, mediante a limitação do poder político, que, ao se abster, concorria para o exercício da liberdade: a um mínimo de Estado corresponderia um máximo de liberdade. Se, contudo, aceitarmos a tese de que o poder do Estado é uno, não podemos falar em separação de poderes. Devemos aceitar o fenômeno, isto sim, da separação ou distribuição de funções desse poder uno. É que, na realidade, a cada órgão ou complexo de órgãos corresponde uma função estatal materialmente definida. A função legislativa cria e modifica o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas, e que inovam esse ordenamento; a função executiva ou administrativa é aquela pela qual o Estado realiza os seus objetivos, atuando concretamente mediante decisões e atos materiais em respeito às normas jurídicas; a função jurisdicional visa à conservação e à tutela do ordenamento jurídico mediante decisões individuais e concretas extraídas das normas gerais, declarando a conformidade ou não dos fatos com as normas e determinando as eventuais consequências jurídicas (CARVALHO, 2002).

¹⁷ Raul Silva Telles do Valle, assessor jurídico do Instituto Socioambiental, em texto comentando o PL 07/2003. Disponível em: <<http://www.institutosocioambiental.org.br>>.

¹⁸ O governo democrático estaria “submetido à lei e legitimado pela realização periódica de eleições, momento em que o ‘povo’ exprimiria sua ‘vontade suprema’ e delegaria aos seus mandatários o poder de governá-lo por determinado período” (PEREZ, 2004, p. 28).

Estado. Não obstante todos os debates, pressões e conflitos advindos da adoção do novo regime, principalmente por parte dos defensores das monarquias, cujo poder fora confiscado, mas também do proletariado não votante e mesmo da burguesia liberal e autocrática, o Estado Democrático se desenvolveu e atingiu seu ápice entre o final do século XIX e o início do século XX.¹⁹

Apesar de hoje se prenunciar uma crise sem precedentes²⁰, a Democracia representativa liberal, desde o início, vivenciando sempre a pressão contínua dos eleitores, impulsionou o exercício das liberdades públicas e consagrou os direitos sociais fundamentais de terceira geração.²¹ Sob esse regime, o Estado interviu em todo o tecido social, regulando amplamente várias relações, principalmente no plano socioeconômico (PEREZ, 2004).

Devemos notar que nos planos jurídico e político o receituário liberal prevaleceu, permanecendo impassíveis seus instrumentos de redução e sofreamento do arbítrio do Estado, que teria somente a incumbência de realizar políticas sociais e impulsionar a economia.

¹⁹ Perez (2004, p. 28) observa que não foi nada fácil a afirmação do modelo liberal de Democracia diante dos “inúmeros regimes autocráticos da primeira metade do século XX (com destaque para os genocidas nazista, fascista e stalinista) e o advento de duas grandes guerras mundiais”.

²⁰ Os problemas da *democracia representativa*, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1992) citado por Perez (2004, p. 30), foram diagnosticados pela ciência política: “(1) oligarquização dos partidos políticos; (2) excessiva profissionalização da política; (3) desinteresse dos eleitores pela participação política; (4) incapacidade dos parlamentares para identificar e resolver os complexos problemas inerentes à atuação estatal no domínio social e econômico; (5) falta de educação política dos eleitores, levando-os a optar mais emotiva do que racionalmente, no momento de escolha dos governantes; (6) dificuldade de contenção do abuso de poder econômico nas eleições; (7) influência nociva dos meios de comunicação de massas; (8) personalização excessiva do processo eleitoral; (9) desprestígio da lei enquanto instrumento normativo; (10) concentração de poderes nas mãos da burocracia do Executivo; (11) cerceamento do debate parlamentar mediante a edição de atos normativos com força de lei pelo executivo”.

²¹ Juliana Santilli (2005, p. 57), discorrendo sobre o contexto histórico da Assembléia Nacional Constituinte brasileira dos anos 80 e os “novos” direitos socioambientais, transcreve pensamento de Habermas e Antônio Carlos Wolkmer para confirmar que, hodiernamente, “os ‘novos’ direitos, conquistados por meio de lutas sociopolíticas democráticas, têm natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, e impõem novos desafios à ciência jurídica, tanto do ponto de vista conceitual e doutrinário quanto do ponto de vista de sua concretização. São direitos ‘históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes’, e não se enquadram nos estreitos limites do dualismo público-privado, inserindo-se dentro de um espaço público não-estatal. Doutrinariamente, são classificados como direitos de ‘terceira dimensão’ por serem de titularidade coletiva, e não individual”.

Para Bobbio²², segundo Perez (2004), a democracia participativa, para a qual voltaremos nosso foco, surge em face dos problemas enfrentados pela democracia representativa e para reforçar os controles sobre a atuação estatal. Além disso, hoje os institutos da democracia representativa estão sendo acompanhados e, em alguns aspectos, até mesmo substituídos por instrumentos participativos ou de democracia semidireta.

Perez (2004, p. 31), porém, diz que, apesar de a democracia participativa estar sendo revisitada pelos ordenamentos constitucionais contemporâneos, em decorrência dos problemas enfrentados pela democracia representativa, ela não se afigura como algo novo. A democracia participativa representaria uma tradição de movimentos muito mais antigos, que remontam à Comuna de Paris, ao anarquismo, ao socialismo utópico e até mesmo à democracia ateniense, guardadas as devidas proporções (PEREZ, 2004, p. 32).

Citando também Giovanni Sartori²³, Perez (2004) afirma que a participação do cidadão é oriunda de uma vontade ativa, predeterminada, consciente. Outros renomados autores confirmam essa assertiva, como John Rawls, um liberal que percebe a participação como um dos fundamentos da liberdade; a partir dela, os cidadãos interviriam na criação das instituições sociais em nome de seus interesses superiores (interesses públicos) e de seus fins últimos. Segundo Rawls²⁴, os cidadãos são “fontes autônomas de reivindicações fundadas”, devendo ser participantes ativos da vida política para que se preserve a continuidade da democracia.

A emancipação dos súditos, que se tornam cidadãos, com interesses próprios, é um dos pressupostos da construção teórica do Estado Moderno, ressaltando-se, porém, que o movimento para a fusão e a articulação dos interesses comuns deverá se dar na esfera pública (MARQUES NETO, 2002, p. 115). Paulo Bonavides, discorrendo sobre a ascendência da legítima soberania popular, chama atenção para uma classe política

²² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 151.

²³ SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. v. 1. São Paulo: Ática, 1994. p. 159.

²⁴ RAWLS, John. *Justice et démocratie*. Paris: Seuil, 1996. p. 112, citado por Perez (2004).

[...] desenhando-se nos horizontes, ao alvorecer do Terceiro Milênio: a do cidadão partícipe, vocacionada de imediato, para a democracia direta; aquela que entra em substituição dos corpos representativos, cuja pravedade e degenerescência os aliena da vontade popular, até então pedestal de uma legitimidade perdida. (BONAVIDES, 2003, p. 344)

Assim se desenhavam os paradigmas que, conforme veremos, referenciam a adoção da democracia participativa.

Apesar de a democracia implicar o mais alto grau de representação popular, o povo ainda não legisla diretamente, como lhe cumpre na práxis e na doutrina. Segundo Jorge Miranda,

efetivamente, não é difícil constatar que, hoje, o exercício democrático pelo só meio dos mandatários políticos é insuficiente, seja pela extrema variedade de anseios populares, seja pela rapidez com que eles apresentam e se modificam, seja no caso dos interesses difusos, pela própria fluidez do seu conteúdo. Por isso, hoje se reclama uma democracia participativa, aberta e liberal, compreendendo todo um conjunto de formas e instâncias de participação permanente, ou convocação de permanência, umas ligadas a direitos políticos dos cidadãos, outras, a organização diversificadas de interesses setoriais da sociedade civil. (MIRANDA²⁵ *apud* MANCUSO, 2004, p. 111)

3.2. O Princípio da Participação como um dos Princípios Ordenadores da Política Global do Meio Ambiente

Diante da incapacidade política e regulatória dos Estados para resolver os graves problemas de degradação e esgotamento dos recursos naturais, a qual deflagrou uma

²⁵ MIRANDA, Jorge. Democracia participativa. *A Constituição de 1988*. Lisboa, 1978. p. 459.

crise ambiental global²⁶, foram formulados — primeiramente na Conferência de Estocolmo, em 1972 e, depois, na ECO-92 — princípios genéricos e diretores de proteção do meio ambiente. Após os encontros mencionados e outros que se seguiram²⁷, pôde-se identificar o nascimento de um novo paradigma ético nos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, que pressupõe, indubitavelmente, o surgimento de um *novo Estado* — cujas atribuições vão muito além daquelas do Estado Liberal e do Estado Social²⁸ — e, nessa esteira também de uma *nova cidadania*.

Quanto aos Estados, que vêm implementando, desde aqueles primeiros encontros, os princípios gerais norteadores da Política Global do Meio Ambiente²⁹, adaptando-os às suas realidades culturais e sociais, vemos emergir um reequacionamento do seu papel em relação à sociedade, particularmente com respeito à tutela³⁰ e à fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado e à promoção da sadia qualidade de vida (NUNES JR., 2005). Esse movimento dos Estados contemporâneos consagra a atuação conjunta do Estado e da sociedade civil na proteção do meio ambiente³¹, que assumem o dever de sua proteção e preservação. A participação da sociedade civil torna-se um princípio diretor do direito ambiental, inclusive do brasileiro, e

²⁶ Segundo Amandino Nunes Jr. (2005, [s.p.]), “[...] a crise ambiental contemporânea configura-se, essencialmente, nos modelos desenvolvimentistas levados a efeito nas últimas décadas, nomeadamente as de 60 e 70, que, a despeito dos benefícios científicos e tecnológicos daí decorrentes, trouxeram, no seu bojo, a devastação do meio ambiente e a escassez dos recursos naturais em nível planetário, manifestadas principalmente por acontecimentos globais como o efeito estufa, a chuva ácida, a perda da biodiversidade, o desmatamento, a poluição do ar, a exaustão do solo, a erosão e morte dos rios e lagos”.

²⁷ Pode-se citar, por exemplo, no domínio do meio ambiente, a previsão inserta no artigo 174, n. 4, do tratado CE, segundo a qual a Comunidade Européia e seus Estados-membros cooperarão, no âmbito das respectivas atribuições, com países terceiros e as organizações internacionais competentes.

²⁸ Amandino Nunes Jr. (2005) fala da função repressora típica do Estado Liberal que cede lugar à função promotora do Estado Social e que deve ser ampliada no Estado Ambiental.

²⁹ Os princípios da Política Global do Meio Ambiente, previstos no art. 225 da Constituição Federal de 1988, são os seguintes: 1) Princípio do desenvolvimento sustentável; 2) Princípio do poluidor-pagador; 3) Princípio da prevenção; 4) Princípio da participação; 5) Princípio da ubiquidade. (A descrição detalhada desses princípios encontra-se em Fiorillo, 2004a, p. 24-42).

³⁰ José Afonso da Silva (2000, p. 28 e 67) assevera que “O problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano [...] O que é importante é que se tenha consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio-ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações com as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade e com as de iniciativa privada”.

³¹ A preocupação, segundo Amandino Nunes Jr. (2005, [s.p.]), “[...] há de ser com a proteção do patrimônio ambiental global, isto é, considerado em todas as suas manifestações (meio ambiente artificial, meio ambiente cultural, meio ambiente natural e meio ambiente social)”.

constitui um dos elementos do *Estado Pós-social* ou *Estado Ambiental de Direito* (*Umweltssat*) ou ainda, como prefere Fiorillo, do *Estado Social de Direito*.³²

O *princípio da participação*, característico do Estado Ambiental de Direito, surge, segundo Amandino Nunes Jr. (2005), como uma necessidade de cooperação entre Estado e Sociedade na formulação, na execução e na resolução da política ambiental. Nessa esteira, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, favorável à qualidade de vida, passa a ser considerado pela doutrina da ciência jurídica como um direito fundamental de terceira geração³³, que deixa de pertencer ao domínio exclusivamente público-Estatal e passa a ser compartilhado pela coletividade. É o que se depreende, por exemplo, da leitura de nosso texto Constitucional, *ex vi* dos arts. 37, § 3º, art. 5º, incisos XXXIII e LXXIII, art. 225, *caput* e art. 216, § 1º.

Não podemos olvidar, porém, que a participação conjunta deve estar em relação de complementariedade com os outros princípios ordenadores do Estado Ambiental de Direito. José Rubens Morato Leite, referindo-se ao *princípio da responsabilização*³⁴, nos lembra, por exemplo, de que nada adiantariam ações preventivas e participativas se eventuais responsáveis por danos ao meio ambiente não fossem chamados a responder por seus atos. As funções do Estado Ambiental de Direito são, portanto, mais abrangentes do que as do Estado liberal e as do Estado Social, uma vez que ele

³² Fiorillo (2004a) utiliza a expressão “Estado Social de Direito” como sinônimo de Estado Ambiental de Direito, fazendo referência ao Princípio n. 17 da Conferência de Estocolmo, cujo enunciado é o seguinte: “Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”.

³³ Paulo Bonavides (2001, p. 253) discorre sobre os direitos fundamentais da terceira geração: “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses do indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano, mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade correta. Os publicistas e os juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-se o caráter fascinante do coroamento de uma evolução de trezentos anos dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento à paz, ao meio ambiente, à comunicação ao patrimônio comum da humanidade”. Para Bobbio (1997, p. 6), “ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos da segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração [...] O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.

³⁴ No Brasil, o princípio da responsabilização encontra-se inserto nos dizeres do art. 225, § 3º da CF/88, o qual preceitua que “as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

incorpora novos valores: a defesa do meio ambiente, a promoção da qualidade de vida humana, a ética e a educação ambiental, a gestão ambiental participativa e a democracia.³⁵

3.3. O Princípio da Participação como Princípio do Direito Ambiental na Constituição Federal Brasileira de 1988

Miranda (2006, p. 21) diz que os princípios são “[...] cânones interpretativos que assumem função fundamentadora, interpretativa, diretiva e limitativa”. Além disso, ao contrário das regras — que vigem —, os princípios valem. No caso do patrimônio cultural, os princípios insertos na Constituição Federal assumem, segundo Miranda (2006), importância vital, em razão de as normas do sistema de proteção ao patrimônio cultural encontrarem-se dispersas em inúmeros diplomas de variadas épocas.³⁶

Fiorillo (2004a, p. 24), a seu turno, analisando os princípios diretores do Direito Ambiental brasileiro, que contemplam o meio ambiente em seus diversos aspectos, inclusive o cultural, afirma que eles constituem pedras basais dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, “[...] sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental, em conformidade com a realidade social e os valores culturais de

³⁵ José Manuel Pureza (*Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1997, p. 8-9), citado por Amandino Nunes Jr. (2005, [s.p.]), observa que “O Estado Ambiental é um quadro de mais sociedade, mais direitos e deveres individuais e mais direitos e deveres coletivos e menos Estado e menos mercantilização. Neste novo contexto, não é prioritário o doseamento entre o público e privado, mas sim o reforço da autonomia (logo, dos direitos e das responsabilidades) individual e social frente à mercantilização e à burocratização”.

³⁶ Na visão de Miranda (2006, p. 21-47 *passim*), além do *princípio da participação*, os princípios que regem a *proteção do patrimônio cultural* são os seguintes: 1) da proteção; 2) da função sociocultural da propriedade; 3) da fruição coletiva; 4) da prevenção de danos; 5) da responsabilização; 6) da vinculação dos bens culturais; 7) da educação patrimonial; 8) da solidariedade intergeracional; 9) da cooperação internacional; 10) do equilíbrio.

cada Estado". Quanto ao *princípio da participação*, que aqui nos interessa particularmente, Fiorillo (2004a, p. 38) afirma que "constitui um dos elementos do Estado Social de Direito (Estado Ambiental de Direito), de forma que todos os direitos sociais são a estrutura essencial de uma saudável qualidade de vida, um dos pontos cardeais da tutela ambiental".

O *princípio da participação* foi adotado também no Brasil, pelo Direito Constitucional, que ultrapassou a mera enunciação dos princípios jus-políticos da Democracia e do Estado de Direito. Um exemplo é o art. 216, § 1º da Constituição Federal de 1988, que atribui ao Estado e à Sociedade Civil o dever de promover e proteger o patrimônio cultural, consagrando a participação conjunta da comunidade e do Poder Público. Outro exemplo emblemático é a previsão constitucional inserta no art. 225, *caput*, que, visando à organização da sociedade na defesa do meio ambiente, prevê a tutela tanto de pessoas físicas quanto de pessoas jurídicas (FIORILLO, 2004a, p. 39).

Contudo, em que se pauta efetivamente a atuação conjunta do Estado e da sociedade civil? Segundo Fiorillo (2004a, p. 39), essa atuação consiste na informação e na educação ambiental, mecanismos que se encontram em uma relação de complementariedade. Assim, examinemos a seguir *a informação* e *a educação ambiental* como elementos fundamentais para a efetivação do *princípio da participação* no Direito Ambiental.

Segundo Fiorillo (2004a, p. 39), a informação ambiental encontra respaldo legal nos arts. 6º, § 3º e 10º da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). Lembrando que há interpenetração dos princípios ambientais³⁷, o professor observa ainda que a educação ambiental é contemplada no art. 225, § 1º, VI, da CF/88, *in verbis*:

³⁷ A interpenetração dos cânones constitucionais está presente em vários "Capítulos" da Carta. Vejamos os exemplos relativos ao tema em análise: a) Diz o art. 205 da CR/88: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"; e o art. 225 reza, no seu *caput*, "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" e, no seu § 1º, inciso VI, estabelece que

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Mecanismo de tutela do meio ambiente, a educação ambiental, segundo Fiorillo, pressupõe

a) reduzir os custos ambientais, à medida que a população atuará como guardião do meio ambiente; b) efetivar o princípio da prevenção; c) fixar a idéia de consciência ecológica, que buscará sempre a utilização de tecnologias limpas; d) incentivar a realização do princípio da solidariedade, no exato sentido que perceberá que meio ambiente é único, indivisível e de titulares indetermináveis, devendo ser justa e distributivamente a todos; e) efetivar o princípio da participação, entre outras finalidades. (FIORILLO, 2004a, p. 41)

Por fim, Fiorillo (2004a) cita exemplos de implementação, pelo Legislativo, do princípio da educação ambiental: art. 35 da Lei de Proteção à fauna; art. 4º, V, da Lei n. 6.938/81; art. 42 do Código Florestal (Lei n. 4.771/65).³⁸

Devemos ressaltar, entretanto, a Lei 9.795, de 27 de abril de 1999 (art. 6º)³⁹, que estabelece a Política Nacional de Educação Ambiental. De acordo com Fiorillo, essa política tem em vista

os processos pelos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas

incumbe ao Poder Público "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente". b) A lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 6º, diz que "Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito federal, dos Territórios e Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental constituirão o SISNAMA". Alguns desses órgãos são os *Conselhos de Meio Ambiente*, em níveis Federal, Estadual e Municipal, as *Comissões* do âmbito legislativo federal, estadual ou municipal, voltadas total ou parcialmente para o meio ambiente, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). A respeito dessa interpenetração dos princípios constitucionais, ver também Bulos (2001, p. 2) e Bonavides (2001, p. 27).

³⁸ "Art. 42. Dois anos depois da promulgação desta Lei, nenhuma autoridade poderá permitir a adoção de livros escolares de leitura que não contenham textos de educação florestal, previamente aprovados pelo Conselho Federal de Educação, ouvido o órgão florestal competente. § 1º - As estações de rádio e televisão incluirão, obrigatoriamente, em suas programações, textos e dispositivos de interesse florestal, aprovados pelo órgão competente no limite mínimo de 5 (cinco) minutos semanais, distribuídos ou não em diferentes dias. § 2º - Nos mapas e cartas oficiais serão obrigatoriamente assinalados os Parques e Florestas Públicas. § 3º - A União e os Estados promoverão a criação e o desenvolvimento de escolas para o ensino florestal, em seus diferentes níveis" (FIORILLO, 2004a, p. 41).

³⁹ Lei 9.795, de 27 de abril de 1999: "Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA) e dá outras providências".

para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade, sendo ainda um componente essencial e permanente da educação nacional que deve estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades de processo educativo, em caráter formal e não formal⁴⁰, conforme estabelecido nos arts. 1º e 2º da aludida lei. (FIORILLO, 2004a, p. 42)

A lei diz também que é princípio básico da Educação Ambiental “a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade”; isso nas escalas local, regional, nacional e global (art. 4º).

Sírio Velasco (2000, [s.p.]), discorrendo sobre os fundamentos da Lei 9.795, definiu a educação ambiental “a partir da concepção freiriana da educação e do horizonte utópico rumo ao qual [...] a humanidade deve orientar a sua caminhada na História”.⁴¹ Segundo Velasco, se na “abordagem socioambiental” adotássemos a perspectiva de Freire, para quem “educar-se é conscientizar-se”,

então poderíamos estender o desvelamento crítico ao conjunto das instâncias de dominação e devastação, e a ordem socioambiental visada seria aquela na qual os seres humanos pudessem se reconciliar fraternalmente entre si e também com o restante da natureza, mediante a prática de um intercâmbio que permitiria a preservação ou a permanente regeneração da natureza não-humana. (VELASCO, 2000, [s.p.])⁴²

⁴⁰ Fiorillo (2004a, p. 42) diz que, de acordo com os preceitos da Lei 9795/99, em vigor, “a educação ambiental deverá ser implementada no *ensino formal*, sendo desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, englobando a educação básica, a superior, a especial, a profissional e a de jovens e adultos. Todavia, preceitua-se a sua *não-implementação como disciplina específica* no currículo de ensino (art. 10, § 1º), facultando-se apenas nos cursos de pós-graduação, extensão e nas áreas voltadas ao aspecto metodológico da educação ambiental, quando esta se fizer necessário. A educação ambiental será implementada ainda através de ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente. A esse processo deu-se o nome de *educação ambiental não formal*, porquanto realizada fora do âmbito escolar e acadêmico, o que, todavia, não exclui a participação das escolas e universidades na formulação e execução de programas e atividades vinculadas a esse fim (art. 13, parágrafo único, II). Dessa feita, temos que as instituições de ensino estão comprometidas com a educação ambiental tanto no ensino formal como não formal”.

⁴¹ Para Paulo Freire (1970, 1982), educar-se é conscientizar-se, e *conscientização* significa desvelamento crítico das instâncias de dominação existentes na realidade e transformação dessa mesma realidade rumo a uma sociedade sem opressores nem oprimidos.

⁴² “A reconciliação fraternal entre os seres humanos significa a constituição histórico-real do gênero humano, que deixa assim de ser uma simples figura lógico-lingüística, para designar uma única família composta de diversidades, onde os membros cooperam entre si com vistas à plena realização de cada um; isto significa que cada ser humano deve receber do esforço conjunto da família humana tudo aquilo que supra as suas necessidades; o limite destas necessidades é marcado pelo acordo consensual entre os seres humanos e pela exigência de um intercâmbio produtivo sustentável com o restante da natureza. Este último é sinônimo de uma economia preferencialmente baseada em recursos renováveis a escala humana (como no plano

Desse modo, finaliza o professor, “a educação ambiental consiste num mútuo conscientizar-se, feito de reflexão e ação, visando à construção dessa ordem sócio-ambiental sustentável de reconciliação planetária” (VELASCO, 2000, [s.p.]).

Fiorillo, por seu turno, conclui que a Política Nacional de Educação Ambiental reitera a compreensão de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de

[...] uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida, devendo ser *defendido* e *preservado* pelo Poder Público e pela coletividade (o que importa dizer que é um dever de todos, pessoas físicas e jurídicas), por intermédio da construção de valores sociais, de conhecimentos, habilidades e atitudes voltadas à preservação desse bem pela implementação da educação ambiental. (FIORILLO, 2004a, p. 42)

3.4. O Princípio da Participação da Perspectiva do Direito Administrativo

Assumindo a ótica do Direito Administrativo contemporâneo, Perez (2004, p. 215) nos ensina que a participação popular é também “um princípio de estruturação da Administração Pública”. Ela implica um “diálogo horizontal” com a sociedade e, assim, aumenta o grau de eficiência do Estado, que não tem de recorrer aos mecanismos tradicionais de coerção, injunção e constrangimento. A Administração Pública deve se posicionar de modo a favorecer o trabalho da sociedade em função de si mesma, mediante a utilização de métodos como o da “cultura do diálogo” e o da “oitiva das divergências sociais”, que visam a uma relação baseada em orientação, persuasão e ajuda (PEREZ, 2004, p. 215).

energético o são as fontes solar e eólica), capaz de zelar pela permanente redução, reutilização e reciclagem dos resíduos (as ‘três R’) até os limites últimos da tecnologia e da física; além da prática das ‘três R’, é bom frisar que os resíduos, já reduzidos em quantidade, terão que ter ao máximo caráter biodegradável e/ou passar pelos processos de tratamento capazes de eliminar ou pelo menos minimizar os seus efeitos poluentes” (VELASCO, 2000, [s.p.]).

Podemos dizer que, ao prever a atuação conjunta do Estado e da sociedade civil na defesa do meio ambiente (incluído aí o patrimônio cultural), a Constituição Federal brasileira de 1988 está, em outros termos, prevendo uma interação entre Administração Pública e sociedade.⁴³ Em consonância com essa interação, a legislação

infraconstitucional estabelece ou inspira a adoção de institutos participativos da sociedade junto à Administração Pública e por que não, uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação. (FIORILLO, 2004a, p. 38)

Com efeito, Perez constata na Constituição Federal a existência de várias normas que respaldam a adoção de *institutos participativos* na Administração Pública:

1) art. 10 da CR/88: determina estar assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Segundo Perez,

essa regra é completada pelo art. 194, VII, que, ao dispor sobre a organização do sistema estatal de previdência social, assegura o caráter democrático e descentralizado de sua gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. (PEREZ, 2004, p. 216)

Completa o autor, ainda, que esta participação em

atividades de seguridade social desenvolvidas pela Administração Pública, é elemento da própria definição dessa função administrativa, conforme se depreende da redação do caput do art. 194, que define como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade” (PEREZ, 2004, p. 216);

2) art. 129, X, da CR/88: ao tratar das normas básicas de organização dos municípios, “prevê expressamente a cooperação das associações representativas no planejamento

⁴³ Fiorillo (2004a, p. 38) explica essa interação observando que participar é “tomar parte em alguma coisa, agir em conjunto”. De outro lado, a omissão participativa “[...] é um prejuízo a ser suportado pela própria coletividade, porquanto o direito ao meio ambiente possui natureza difusa”. Além disso, “[...] o fato de a administração desse bem ficar sob a custódia do Poder Público não elide o dever de o povo atuar na conservação e preservação do direito do qual é titular”.

municipal, ou seja, direciona genericamente a adoção de institutos de participação popular pela Administração Pública dos municípios” (PEREZ, 2004, p. 216);

3) art. 187 da CR/88: estabelece que a atividade administrativa de planejamento da política agrícola “será executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes” (PEREZ, 2004, p. 216);

4) art. 198, III, da CR/88: “determina que as políticas, ações e serviços públicos de saúde devem ser organizados tendo como diretriz a ‘participação da comunidade’” (PEREZ, 2004, p. 216);

5) art. 204, II, da CR/88: “estabelece que os serviços públicos de assistência social devem ser organizados e executados mediante participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação da políticas e no controle das ações em todos os níveis” (PEREZ, 2004, p. 216);

6) art. 205 da CR/88: “estatui que a educação é atividade que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade; complementarmente, dispõe o art. 206, VI, que o serviço público de ensino contará com ‘gestão democrática’, na forma da lei” (PEREZ, 2004, p. 217);

7) art. 60 do ADCT: “estabelece que o poder público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental” (PEREZ, 2004, p. 217);

8) art. 216, §1º, da CR/88: “determina que a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro devem ser organizadas mediante a colaboração do poder público com a comunidade” (PEREZ, 2004, p. 217);

9) art. 225 da CR/88: “impõe a conjugação de esforços do poder público e da coletividade na defesa do meio ambiente” (PEREZ, 2004, p. 217);

10) art. 227, §1º, da CR/88: “estabelece que o Estado admitirá a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente” (PEREZ, 2004, p. 217);

11) art. 37, § 3º da CR/88: “fruto da Emenda Constitucional nº 19 (conhecida como emenda da reforma administrativa), introduziu uma forma geral sobre participação popular na Administração Pública” (PEREZ, 2004, p. 217), ao estabelecer que:

A Lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. Tanto a regulamentação das atividades da Administração Federal, por sua vez, quanto a legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios têm notabilizado os institutos de participação. Conselhos, comissões e comitês participativos; a audiência pública; a consulta pública, o orçamento participativo, o referendo e o plebiscito são importantes referências entre nós de instrumentos concretos para a implementação do diálogo entre a Administração e a sociedade. (PEREZ, 2004, p. 217-218)

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema⁴⁴

O entendimento dos tribunais brasileiros acerca dos princípios informadores da proteção do patrimônio cultural evidencia a sua importância e a necessidade de seu conhecimento por parte dos operadores do direito. Trata-se de premissas básicas, pontos de partida, pois

⁴⁴ Miranda (2006, p. 22-23).

constituem uma norma de hierarquia superior que deve prevalecer sobre as demais, orientando-nos acerca da preservação dos bens culturais:

O confronto entre o direito ao desenvolvimento e aos princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade de que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações. (STJ - REsp 588022/SC; Recurso Especial 2003/0159754-5 - Rel. Min. José Delgado - J. 17.2.2004 - DJ 5.4.2004 - p. 217 - LEXSTJ- v. 178 - p.174)

A preocupação com o meio ambiente, reputado bem de uso comum do povo, representativo de direito subjetivo e vinculado, essencialmente, ao direito à vida, encontra guarita na Constituição Federal de 1988, seja no prelúdio, com a referência a bem-estar, seja no corpo propriamente dito do Texto Constitucional (arts. 23, VI, e 225), sobrelevando a preocupação com a atribuição de responsabilidade a todos os entes da Federação e, mais que isso, à sociedade. O desenvolvimento desse cuidado deu ensejo ao Direito Ambiental, como novo ramo jurídico, sustentado em sólida base de princípios. Os princípios têm avultado como verdadeiras normas de conduta, e não meramente como diretrizes hermenêuticas, realçando-se, hodiernamente, a distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos, sendo ambos normas jurídicas (processo de juridicização). Despertou-se, por assim dizer, para o fato de que os princípios jurídicos — escritos ou implícitos — representam as bases sobre as quais o direito se constrói e das quais ele deriva (as regras jurídicas, inclusive, seriam concreção dos princípios), ou, dito de outro modo, os elementos fundamentais que inspiram o sistema jurídico e que, portanto, devem funcionar como orientadores preferenciais da interpretação, da aplicação e da integração normativa, com o conseqüente afastamento de uma postura mais legalista. (TRF 5ª R. - SL 2005.05.00.004825-2 TP - PE - Rel. Juiz Francisco Cavalcanti - DJU 3.10.2005 - p.845).

► O direito comparado

No Direito Português, o *princípio da participação* encontra guarida nos fundamentos do art. 66, n. 2, da Constituição Portuguesa, que prescreve que o Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos Cidadãos, deve assegurar o direito ao

meio ambiente, de acordo com o modelo de desenvolvimento sustentável (NUNES JR., 2005).

A participação da sociedade civil organizada, através de associações civis e fundações, encontra guarida também nas legislações francesa e norte-americana (vide o item 5.4).

3.5. O Direito Ambiental e o Principio da Participação como Informador da Proteção ao Patrimônio Cultural Arqueológico

Álvaro Mirra (2005, p. 38) observa que a proteção do meio ambiente, “apesar de ser um interesse supra-individual, não tem, e não pode ter no Estado o titular único e exclusivo da persecução da sua satisfação”. O jurista explica tal assertiva recorrendo ao pensamento de Herman Benjamin, para quem o Estado desempenha papel duplo e até mesmo contraditório em relação ao meio ambiente. Segundo Benjamin, ele figura não apenas como promotor da defesa do meio ambiente na sociedade (elaborando e executando políticas ambientais, exercendo o controle e a fiscalização de atividades potencialmente degradadoras), mas também

[...] como responsável direto e indireto pela degradação da qualidade ambiental, ao elaborar e executar outras políticas públicas, ao prestar diretamente ou por meio de delegação serviços públicos e ao omitir-se no dever que tem de fiscalizar as atividades causadoras de danos ao meio ambiente e de adotar as medidas administrativas necessárias à preservação da qualidade ambiental. (BENJAMIN⁴⁵ *apud* MIRRA, 2005, p. 38)

Podemos concluir que, devido ao fato de o Estado freqüentemente ser “responsável pela degradação da qualidade ambiental, não há como atribuir aos entes

⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. *A principiologia do estudo prévio de impacto ambiental e o controle da discricionariedade administrativa: estudo prévio de impacto ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.p. 61.

governamentais o monopólio da proteção do meio ambiente, impondo-se permitir e estimular a participação popular na defesa desse bem” (MIRRA, 2005, p. 38). Segundo Mirra (2005, p. 38), tal participação, “no ordenamento jurídico brasileiro, está prevista, como regra geral, no art. 1º, parágrafo único, da CF, e, como regra específica em matéria ambiental, no art. 225, *caput*, também da Constituição”.

De forma genérica, o art. 1º, parágrafo único, da CF/88 diz que “todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Citando Fábio Comparato⁴⁶, Mirra (2005, p. 38) diz que

definiu o constituinte, com tal fórmula, de uma parte, quem é o titular da soberania no Brasil, como poder supremo na sociedade brasileira — o povo —, e, de outra parte, de que forma a soberania deve ser exercida entre nós — por meio de representantes eleitos ou diretamente —, instituindo-se no País um regime de *democracia semidireta*.

Mirra completa seu pensamento fazendo referência aos dizeres do art. 225, *caput*, da CF, que consagra o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tomando esse meio como um bem de uso comum do povo, pertencente à coletividade e insuscetível de apropriação por quem quer que seja.

A tradução desses artigos, segundo o jurista, nos leva a crer que

existe uma relação direta entre a consagração e a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado — como direito fundamental de terceira geração — e a democracia participativa, como regime democrático em que se permite uma maior e mais efetiva participação da sociedade no exercício e no controle do poder — seja dos órgãos e agentes públicos, seja dos particulares detentores do poder econômico —, não se podendo garantir integralmente o direito ao meio ambiente sem o correspondente fortalecimento do regime democrático participativo. A participação popular em geral e especificamente em matéria de proteção ambiental, portanto, é da própria essência do regime democrático que se pretende seja instaurado no País, garantida e estimulada constitucionalmente. (MIRRA, 2005, p. 144)⁴⁷

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Texto não publicado de defesa de emenda popular, apresentada por ocasião da discussão do Projeto de Lei Orgânica do Município de São Paulo, em 1990.

⁴⁷ A respeito da relação entre o estabelecimento do estado democrático-participativo e a garantia de direitos fundamentais de terceira geração, ver: BONAVIDES (2001, p. 20).

Segundo Miranda, o princípio de participação da comunidade na proteção do patrimônio cultural encontra suporte tanto no *caput* do art. 225 quanto nos termos do parágrafo 1º do art. 216 da CF/88, os quais, conjugados, expressam a

[...] idéia de que para a resolução dos problemas atinentes a tal área deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, por meio da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política de preservação dos bens culturais. (MIRANDA, 2006, p. 39)

Essa é a indicação expressa nos termos do art. 10 da Declaração do Rio de Janeiro, da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992: “O melhor modo de tratar as questões do meio ambiente é assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente”.

Miranda (2006, p. 39) refere-se, ainda, às *Normas de Quito*, sobre a conservação e utilização de monumentos e lugares de interesse histórico e artístico, editadas em 1967, após reunião da Organização dos Estados Americanos:

Do seio de cada comunidade pode e deve surgir a voz de alarme e ação vigilante e preventiva. O estímulo a agrupamentos cívicos de defesa do patrimônio, qualquer que seja sua denominação e composição, tem dado excelentes resultados, especialmente em localidades que não dispõem ainda de diretrizes urbanísticas e onde a ação protetora em nível nacional é débil ou nem sempre eficaz.

Ao analisar, em sua primorosa obra, os principais instrumentos de preservação do patrimônio cultural, Miranda reservou um capítulo específico para a abordagem da participação popular, que, segundo ele, constitui um verdadeiro dever de cidadania previsto no texto Maior. Dessa perspectiva, os cidadãos (isoladamente ou em associações) seriam convocados pela Constituição Federal a agir como co-responsáveis na gestão dos interesses da coletividade, entre os quais situa-se a preservação de nosso

patrimônio cultural (MIRRA, 2006, p. 202). Miranda enumera, então, as várias formas de atuação que os cidadãos têm ao seu alcance, destacando as seguintes:⁴⁸

- a) Participação popular no processo legislativo, desde a fase de discussões até a aprovação final do projeto (audiências públicas);
- b) Iniciativa popular de lei (CF/88 - art. 61, § 2º);
- c) Referendo e plebiscito;
- d) Direito de acesso a informações públicas (CF/88 - art. 5º, XXXIII);
- e) Direito de petição (CF/88 - art. 5º, XXXIV);
- f) Ação Popular (CF/88, art. 5º, LXXIII);
- g) Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 5º);
- h) Atuação direta do Terceiro Setor (ações desenvolvidas por organizações não governamentais voltadas para a proteção do patrimônio cultural);
- i) Instituição de Reservas Particulares do Patrimônio Natural para o desenvolvimento de atividades de cunho científico, cultural, recreativo e de lazer (Decreto 1.922, de 5 de junho de 1996);
- j) Participação nos Conselhos Deliberativos do Patrimônio Cultural e demais órgãos colegiados dotados de poder normativo. (MIRANDA, 2006, p. 40)

Quanto à última forma de participação, a forma j, Miranda nos remete a um trecho da *Carta de Santos*:

Em obediência ao disposto no art. 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal, os Conselhos de Defesa do Patrimônio Cultural devem incluir em suas composições um maior número de representantes da sociedade civil, que não apenas representem categorias profissionais, mas movimentos sociais e associações afins e representativas das diversas regiões do município, do estado e do país". (MIRANDA, 2006, p. 40)

No presente trabalho, voltaremos a apontar outros instrumentos disponíveis de efetivação da participação popular na promoção e na proteção do patrimônio cultural arqueológico. Daremos relevo especial à participação do terceiro setor, tendo em vista que a Constituição, ao incentivar a participação na defesa do meio ambiente cultural, também prescreveu, em nosso entender, que essa participação fosse efetivada através das entidades associativas da sociedade civil — a maneira mais plena e eficaz de cumprir os princípios do Direito Ambiental aplicáveis à temática patrimonial.

⁴⁸ Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 911), em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, destaca apenas dois meios de promoção e proteção do patrimônio cultural: o registro e o tombamento.

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema⁴⁹

Mandado de Segurança. Membro do Conselho Municipal do Patrimônio Cultural. Mandato. Prazo de duração ainda não escoado. Destituição imotivada. Ilegalidade. 1. Se o decreto municipal que regulamentou a lei criadora do conselho previu mandato de dois anos e situações específicas de substituições dos seus membros, por evidente que o senhor prefeito municipal não pode efetuar-las ao seu alvedrio. 2. Comprovado nos autos que o mandato exercido pela impetrante encontrava-se em pleno vigor e que as situações em que poderia haver substituição não se faziam presentes, ilegal e arbitrário foi o ato que a exonerou. Sentença mantida sob reexame necessário. (TJPR – Proc. 073534400 – 3ª Câm. Cív. – Relatora Rosene Arão de Cristo Pereira – J. 14.4.1999).

Separação de poderes e democracia representativa. A participação da comunidade na elaboração legislativa deve ocorrer mediante iniciativa popular, nos termos do art. 29, XIII, da Constituição da República. Afeta, indevidamente, a separação de poderes e a iniciativa reservada do Prefeito, que a Câmara Municipal faça depender de audiência pública atos governamentais, em matéria de meio ambiente, além dos casos da Lei Orgânica do Município. (TJMG – ADI 000.254.954-1/00 – Medida Cautelar – Rel. Des. Almeida Melo – J. 14.11.2001).

⁴⁹ MIRANDA (2006, p. 40).

CAPÍTULO 4

**A Participação Social e as Pessoas Físicas Organizadas: o direito de
agir de forma organizada na CF/88 e as associações civis**

4.1. Democracia, Fragmentação Social e Associativismo

Celso Campilongo¹, citado por Marques Neto (2002), ressalta o fato de que, em sociedades capitalistas complexas (como a brasileira), devido à estratificação social, à diferenciação cultural, regional e ideológica, há uma gradativa e inevitável nuclearização e *fragmentação de interesses*, o que provoca uma “crise de racionalidade” do modelo jurídico assentado na soberania da maioria. Podemos constatar, por outro lado, que os interesses se aglutinam e passam a ser representados por *grupos, movimentos, corporações* ou *associações*, transcendendo o âmbito do indivíduo e assumindo um *caráter coletivo* (por exemplo, de todos os membros de um grupo ou de todos aqueles pertencentes a uma dada categoria social) (MARQUES NETO, 2002, p. 121-122).

Segundo Floriano Peixoto Marques Neto, o processo de estratificação e parcelamento da esfera privada, ou seja, a fragmentação social, é um desígnio típico da modernidade, quando os atores sociais e políticos procuram se esquivar da institucionalidade estatal e dos mecanismos de representação política.² Para o jurista, esse já seria o prenúncio da crise do Estado Social liberal, em que as demandas sociais crescem de maneira inversamente proporcional à capacidade do sistema político de atendê-las. Inicia-se, então, um movimento de organização dos indivíduos cujo propósito é pressionar o Estado a suprir suas expectativas (MARQUES NETO, 2002, p. 116). Com efeito, assistimos, hodiernamente, em todo o mundo contemporâneo, a uma tendência generalizada de formação de grupos que tomam para si o encargo de atender interesses coletivos. Trata-se de um importante modo de responder à insuficiência dos aparatos do

¹ CAMPILONGO, Celso Campilongo. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 53.

² Floriano Peixoto Marques Neto (2002, p. 116) afirma que, no decorrer do desenvolvimento do capitalismo moderno, há o surgimento “no âmbito social, de nuclearizações de interesses, em torno dos quais criam-se estruturas associativas, formais ou informais, e que passam a atuar como corpos autônomos e, como tais, se relacionar tanto com a esfera pública como com os demais grupos de interesse”.

Estado no provimento das necessidades sociais. É a semente de vida, segundo o jurista, das denominadas “organizações não governamentais”.

Esse novo quadro tem ressonância nas melhores doutrinas jurídicas. Habermas, por exemplo, observa que o núcleo institucional da sociedade civil é, hoje

[...] formado por associações e organizações livres, não-estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. (HABERMAS³ *apud* MARQUES NETO, 2002, p. 116, nota 58)

Essas entidades, como veremos a seguir, passam a assumir funções concretas (de natureza social, de proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural, por exemplo), “que eram antes a cargo do aparato estatal ou que por ele nunca foram integralmente assumidas, em que pese a sua relevância pública” (MARQUES NETO, 2002, p. 116).

4.2. A Participação Social, as Pessoas Físicas Organizadas na CF/88 e as Associações Cívicas

A Carta Política brasileira de 1988 prevê, entre várias outras prescrições dos princípios democráticos, que não só ao Poder Público — até então visto como mero garantidor das posições de igualdade formal (liberdade e igualdade) — mas também a toda a coletividade cabe o dever de defender⁴ e de preservar a pessoa humana, a flora, a

³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 2, 1997. p. 99.

⁴ “A tutela jurídica da pessoa humana em face de suas inter-relações com o ambiente, assim como a tutela jurídica da fauna e flora em face dos princípios fundamentais constitucionais e demais dispositivos aplicáveis mereceram por parte de nossa Constituição Federal importantes garantias, não só materiais como processuais.” (FIORILLO, 2004b, p. 46)

fauna (art. 225, CF) e também o patrimônio cultural. Assim, o dever de preservar e defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado não se limitaria ao Poder Público, mas alcançaria a sociedade civil “enquanto esfera de relações entre os indivíduos, entre os grupos, entre as classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições sociais” (FIORILLO, 2004b, p. 46).

Além disso, como observa Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2004b, p. 80), nosso sistema constitucional adotou “[...] duas orientações fundamentais no que se refere à possibilidade de o povo agir em proveito da defesa dos bens ambientais diante do que estabelece o devido processo legal: o direito de agir individual (pessoa física) e o direito de agir de forma organizada (pessoas físicas organizadas)”. Desse modo, através de atuação individual⁵ ou organizada, na forma dos “legitimados ativos definidos pela Carta Magna”⁶, encontra-se garantida a participação da sociedade civil na tutela dos interesses difusos de coletivos, notadamente para acessar o Poder Judiciário.⁷

Especialmente sobre o direito constitucional de agir de forma organizada, a que daremos prioridade neste trabalho, Fiorillo afirma que

⁵ Fiorillo (2004b, p. 84) lembra que “a propositura de qualquer ação ambiental deverá observar os pressupostos processuais de existência da relação processual ambiental, de validade da relação processual ambiental e negativos”. O jurista observa ainda que “o povo, para ingressar com uma ação ambiental individual (o que será realizado mediante a hipótese estabelecida no art. 5º LXXIII, da Constituição Federal, em que o cidadão, pessoa física, tem legitimidade ativa visando a apreciação de lesão ou ameaça a bens ambientais por parte do Poder Judiciário), deverá observar o art. 133 da Constituição Federal [...]” (FIORILLO, 2004b, p. 84).

⁶ Os legitimados ativos, segundo Fiorillo (2004b, p. 85), são o Ministério Público e terceiros concebidos na condição de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado e na própria instituição da família. Além disso, Fiorillo (2004b, p. 85) salienta “[...] que foi a própria Constituição Federal que possibilitou uma nova construção dogmática acerca da legitimidade ativa para a defesa do direito ambiental, sendo descabido analisar referido fenômeno à luz do ortodoxo subsistema processual civil (Lei 5.869/73), que trata, em seu art. 6º, da legitimação ordinária e extraordinária, resolvendo a questão na seara de conflitos chamados privados concebidos fundamentalmente em relações jurídicas disciplinadas a partir das necessidades observadas na sociedade européia nos séculos XVIII/XIX”. Daí a importância, segundo o professor, “[...] de firmar a idéia de que em se tratando de conflitos ambientais é correto que os entes legitimados para a propositura de ações ambientais sejam responsáveis pela condução do processo, não desempenhando a figura jurídica que alguns chamam de substituto processual” (FIORILLO, 2004b, p. 85). Desse modo, Fiorillo (2004b, p. 85) conclui: “[...] constatamos uma superação da dicotomia legitimação ordinária/legitimação extraordinária, passando-se a conceituar o fenômeno como uma legitimação autônoma para a condução do processo, que é, por força da orientação constitucional, concorrente e disjuntiva, o que possibilita que cada um dos co-legitimados possa, sozinho, promover a ação ambiental sem que seja necessária anuência ou autorização dos demais”. Fiorillo (2004b, p. 85) afirma que o povo, “[...] sob o ponto de vista jurídico, estaria defendendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, através e conforme as ações ambientais ajuizadas pelos legitimados ativos”.

⁷ O Poder Judiciário é a principal via de acesso destinada no Estado Democrático de Direito àqueles que buscam reparar lesão ou ameaça a direito (ver art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal de 1988).

[...] veio a ser estabelecido não só a partir das novas atribuições constitucionais delegadas às funções essenciais à Justiça (Capítulo IV - arts. 127 a 135 da Carta Magna), mas particularmente pelo reconhecimento no plano da Carta Maior da proteção aos interesses difusos e coletivos (art. 129, III) a ser efetivados não só pelo Ministério Público como função institucional (art. 129, *caput*, e III) através da possibilidade de promover a ação civil pública, *como pelos chamados terceiros regradados no parágrafo 1º do art. 129, que passaram a ter no plano constitucional a mesma legitimação do Ministério Público*⁸ para a defesa organizada do Meio Ambiente. (FIORILLO, 2004b, p. 82, grifo nosso)

Devemos notar que o legislador constituinte, confirmando sua intenção de respeitar a interseção fundamental entre os princípios democráticos (aliás, plenamente realizada no conjunto de artigos da Carta Magna) e atento à nova proteção dos interesses rotulados de difusos e coletivos e à realidade de sua massificação, bem como ao fato de que esses interesses, “[...] para serem exercidos como tal, tendem a aglutinar-se nos grupos sociais mais definidos e *organizados*, como a família, os partidos políticos, os sindicatos, as associações” (MANCUSO, 2004, p. 74), deu guarida especial ao denominado *associativismo voluntário*.⁹ Em consonância com esse procedimento, as normas infraconstitucionais derivadas indicam diferentes possibilidades de organização desses *terceiros* em proveito da defesa dos direitos difusos e coletivos.¹⁰

⁸ O Ministério Público, segundo o conceito *lato* do termo, é uma magistratura especial ou órgão constitucional representante da sociedade na administração da justiça, incumbido, sobretudo, de exercer a ação penal, de defender o direito de pessoas e instituições às quais a lei concede assistência e tutela especiais e de fiscalizar a execução da lei.

⁹ Simone Coelho (2000) diz que o associativismo voluntário brasileiro tem origem em uma soma de fatores: do processo de democratização; da influência de um processo mundial em que essas organizações passaram a ser valorizadas como atores políticos; do surgimento de organizações fundadas com base na defesa de valores democráticos que acabaram influenciando o setor como um todo.

¹⁰ Segundo Bulos (2001, p. 138), “com o advento do século XX, aflora o fenômeno da massificação de interesses (direitos), os quais foram rotulados de coletivos e difusos. Mais tarde surgiram os individuais homogêneos, provocando uma mudança de mentalidade em relação à tradicional dicotomia, que apenas salientava o binômio interesse público versus privado. Nesse passo, foi também instituída pela Carta Magna a categoria da legitimação extraordinária que veio a possibilitar uma pessoa agir em nome de outra que esteja filiada a uma entidade associativa a fim de representá-la judicial ou extrajudicialmente, mediante autorização expressa”.

Com efeito, não temos dúvida da congruidade das noções de coletividade e comunidade¹¹ — presentes, por exemplo, no art. 225 e no parágrafo 1º do art. 216, ambos da CF/88 — com a idéia de associativismo voluntário, que passou ao plano constitucional como um dos terceiros regradados no parágrafo 1º do art. 129, dos quais trata Fiorillo, e como um dos responsáveis, junto com o Poder Público, por promover e proteger os bens ambientais. Essa congruidade é confirmada pelas seguintes razões, de fato e de direito:

- a) os termos “coletividade” e “comunidade” têm referência genérica, advinda do fato, abordado por Mancuso (2004, p. 74), de que a sociedade civil, para fazer suas ações valerem, tende a aglutiná-las em grupos sociais mais definidos e organizados;
- b) os interesses desses grupos transcendem os interesses individuais, assumindo caráter coletivo, não podendo ser dissociados da parcela social que os titulariza (MARQUES NETO, 2002, p. 122);
- c) esses grupos estão alheios à competitividade própria do universo do mercado, mostrando-se aptos, portanto, a propor e implementar ações desinteressadas junto a comunidades locais (MORAIS, 2005, p. 113);
- d) esses grupos podem apresentar projetos sociais “relacionados com o uso turístico de bens culturais locais ou, mesmo, o restauro e revitalização desses bens” (MORAIS, 2005, p. 113);
- e) esses grupos têm aptidão para se consolidarem como núcleo de referência no universo das relações com os diferentes órgãos dos três níveis do sistema federativo

¹¹ Os termos *coletividade* e *comunidade*, usados nos arts. 225 e 216, § 1º, da Constituição Federal, possuem, no nosso entender, identidade semântica, tanto jurídica quanto sociológica, porquanto se referem ao corpo social, à sociedade como um todo. O primeiro, por exemplo, é comumente utilizado pela doutrina e pela legislação para indicar o grupo social que não pertence à máquina Estatal. Fiorillo (2004b, p. 79), da mesma forma, exalta a abrangência do termo coletividade “enquanto esfera de relações entre os indivíduos, entre os grupos, entre as classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições sociais”. E, mais além, afirmam que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem como destinatário o povo, enfatizando a visão constitucional brasileira que caracteriza o povo “enquanto conjunto de indivíduos que falam a mesma língua, têm costumes e hábitos assemelhados, afinidade de interesses em princípio, história e tradições fundamentalmente comuns [...]” (FIORILLO, 2004b, p. 79). Assim, de acordo com a lógica paradigmática do texto constitucional, que tem em seu bojo a preocupação maior com os valores fundamentais do homem, não há como ter outra apreensão dos termos.

brasileiro, em razão de possuírem cunho social e atuarem diretamente em favor, por exemplo, da valorização do meio ambiente, do patrimônio cultural, da evolução e inclusão social, alinhando-se, portanto, com preceitos constitucionais como o art. 225 e o art. 216, parágrafo 1º, da CF/88” (MORAIS, 2005, p. 115);

f) organizada em entidades associativas, a sociedade civil assume, na defesa dos interesses difusos, uma posição desveladora, consultiva, reflexiva e de permanente diálogo, tanto com a Administração Pública como com o mercado, afastando o espírito subsidiário imposto pelas administrações públicas burocráticas e dogmáticas que vêem e pensam o Estado brasileiro como monopólio do público;

g) esses grupos (associações civis e fundações), em razão de sua especial formatação jurídica (art. 53 a 69 do CCB), têm as mais plenas e eficazes condições de cumprir os princípios do Direito Ambiental relativos ao patrimônio cultural;

h) mediante a realização de parcerias, convênios e contratos com a Administração Pública (de acordo com, por exemplo, a Lei 8.666/93, art. 24, XIII, XX e XXIV, a Lei 9.637/98 e a Lei 9.790/99), visando à promoção e à proteção do meio ambiente, esses grupos podem oferecer determinados serviços (sociais, educacionais, jurídicos, técnicos etc.) que, até então, eram da responsabilidade exclusiva do Estado;

i) esses grupos, visando à apreciação de toda e qualquer ameaça aos bens ambientais, podem requerer tutela por meio de ações coletivas, conforme previsto, por exemplo, pelo parágrafo 1º do art. 129 da CF, pelo art. 5º, XXI e LXX da CF e pelo art. 5º, I e II, da Lei 7.347/85.

Sobre o acesso ao Poder Judiciário, devemos observar ainda que ao contrário do que ocorre com as associações e fundações, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não conferem às *sociedades civis* (art. 981 e segs. do CCB)¹² legitimidade ativa para a tutela judicial dos bens ambientais. Em razão de sua lógica de

¹² “CCB - Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

mercado (baseada nas *atividades lucrativas*, em que há a distribuição de excedentes ou lucros), as *sociedades* têm realidade jurídica no denominado *Segundo Setor* (o mercado) e não buscam desenvolver atividades de interesse público e social, função que acaba por ser atribuída ao Estado e ao Terceiro Setor.

Quanto às razões aqui expostas, lembramos que são validadas por mandamento constitucional direto e específico da matéria, o que podemos verificar na CF/88, no que dispõem o art. 5º, incisos XVII a XXI e inciso LXX, b, e art. 129, parágrafo 1º. Em suas orientações fundamentais, esses artigos se referem igualmente à *possibilidade de se reunir e de agir de forma organizada* (pessoas físicas organizadas) em defesa, por exemplo, dos bens ambientais, e especialmente de ingressar com *ação ambiental coletiva, tal qual aquela proposta pelo Ministério Público*, para a apreciação de lesão ou ameaça a bens ambientais (legitimidade ativa *ad causam*).¹³

Todas as molduras normativas abordadas neste item têm, de fato, vital congruência entre si, estando de acordo com a idéia de que a constituição é como “[...] um organismo vivo, um documento aberto no tempo, devendo amoldar-se ao influxo do fato social cambiante, às necessidades de um novo dia e de uma nova época” (MANCUSO, 2004, p. 205). Confirmando esse ponto de vista, Bulos (2001, p. 2) observa que as noções que foram inseridas no texto constitucional têm “[...] íntimo vínculo dialético com o meio circundante, com as forças presentes na sociedade, como as crenças, as convicções, as aspirações, os anseios populares, a burocracia etc.”

Com relação aos efeitos das orientações constitucionais abordadas, não é sem razão que cresceu no país o número de entidades intermédias, que tiveram sua

¹³ Rodolfo Mancuso (2004), considerando o posicionamento de Mauro Cappelletti a respeito da legitimidade ativa das associações para a tutela judicial de interesses difusos, confirma nossa intenção neste trabalho de destacar a possibilidade do “agir organizado”. Não que a ação individual seja menos importante, mas porque “[...] a ação das associações pode superar os inconvenientes derivados da natural debilidade do litigante solitário, cujos recursos pode multiplicar” (MANCUSO, 2004, p. 205)

participação e legitimidade ampliadas¹⁴, inclusive pelo regramento infraconstitucional¹⁵, passando a representar inúmeros interesses coletivos¹⁶ (entenda-se, direitos) no denominado espaço público não-estatal.

Concluimos, portanto, que as orientações que se depreendem da leitura que aqui fazemos dos artigos 5º e 129 da CF/88 são importantes, por um lado, devido a seu caráter prescritivo (decorrente de sua natureza de orientações constitucionais) e, de outro, devido a suas implicações jurídicas e políticas. De fato, com essas orientações criou-se um espaço legal para a atuação de entidades intermédias ao qual corresponde um espaço político que vem sendo concretamente ocupado por associações e fundações com a necessária legitimidade para agir na defesa de interesses coletivos. Devemos lembrar que, além de seguir os princípios fundamentais estruturantes postos pela Constituição Federal brasileira, nossa leitura se faz segundo a lógica geral desse documento, ou seja, de acordo com o pressuposto de que nele todos os dispositivos se articulam uns com os outros, dialogando entre si e com a realidade político-social do país.¹⁷

Veremos mais adiante que o ordenamento jurídico infraconstitucional criou inúmeros “canais de participação” destinados ao tecido associativo da sociedade civil, com o fim de consolidar as prerrogativas coletivas em proveito da defesa, da promoção e da preservação do meio ambiente. Mostraremos que esses canais são, sobretudo, uma

¹⁴ Segundo pesquisa de Takeshy Tachizawa (2002, p. 25), “praticamente 60% dessas entidades foram legalmente fundadas a partir de 1985. E 15,4% são novíssimas, tendo sido criadas a partir dos anos 90”.

¹⁵ É importante ressaltar que a legitimação dessas entidades para a propositura de ações coletivas ocorreu antes mesmo do regramento constitucional da matéria. É o que se depreende dos ditames do artigo 5º da Lei 7347, de 24 de julho de 1985 - Ação Civil Pública, que estendeu às associações civis, além do Ministério Público, a legitimidade ativa nas ações ambientais e que foi, posteriormente, recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

¹⁶ Simone Coelho (2000) informa que todas as organizações que oferecem algum tipo de serviço e que contribuem para melhorar a vida em sociedade respondem às necessidades coletivas.

¹⁷ “Entende-se por princípios fundamentais estruturantes aqueles princípios que organizam a ordem estatal e o poder político” (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2004, p. 88).

conquista democrática que nos pertence, pois constituem modos de concretização de nossos direitos fundamentais¹⁸ e de ampliação de nosso poder de ação.¹⁹

4.3. O Setor Sem Fins Lucrativos: o Terceiro Setor e o formato institucional das associações civis no direito brasileiro

A expressão Terceiro Setor²⁰ é constantemente utilizada para referir-se às organizações da sociedade civil sem fins lucrativos de uma forma geral. Trata-se de setor social, constituído pela vontade autônoma de mulheres e homens que se reúnem com a finalidade de defender interesses comuns, característico de segmentos da sociedade civil organizada que, ao lado do Estado e do setor empresarial, expressam os conflitos e as contradições existentes em nossa sociedade.²¹

A CF/88, segundo os postulados do Estado Democrático, assegura a *liberdade associativa*, proíbe a interferência estatal no funcionamento das entidades associativas (art. 5º, inciso XVIII) e garante-lhes o acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXI c/c § 1º do art. 129) *para a preservação e garantia das liberdades, casos de lesão ou ameaça a direitos*,

¹⁸ Explicando o que são Direitos Fundamentais, Celso Fiorillo (2004b, p. 66) diz que “[...] o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil preceitua que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. No tocante ao Brasil ser um Estado de Direito, continua o professor, a “aludida afirmativa significa a existência de um Estado que se subordina ou submete-se à legalidade, ao regime constitucional. Por sua vez, o Estado Democrático caracteriza-se pela existência de um ente Constitucional baseado em fundamentos democráticos (incisos I a V do art. 1º da CF)” (FIORILLO, 2004b, p. 66).

¹⁹ Segundo Bobbio (1997, p. 933), em seu significado mais geral o poder é “a capacidade ou possibilidade de agir, de produzir efeitos”.

²⁰ Tomás de Aquino Resende (2003, p. 19-20) fornecendo a classificação usualmente utilizada, diz que o Primeiro Setor é configurado pelo Estado, “ente com personalidade jurídica de direito público, encarregado de funções públicas essenciais e indelegáveis ao particular (justiça, segurança, fiscalização, políticas públicas, etc.); e o Segundo Setor é constituído pelas “organizações do mercado: pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, encarregadas da produção e comercialização de bens e serviços, tendo como escopo o lucro e o enriquecimento do empreendedor”.

²¹ A expressão *Terceiro Setor* tem sua gênese no sistema capitalista americano, que, além de gerar riquezas, deve devolvê-las de forma solidária e produtiva à sociedade através da *filantropia*. Quanto ao significado de filantropia, o Anexo 2, excerto de um artigo de *Veja*, fornece as devidas explicações.

ilegalidades ou abuso de poder, além de lhe garantir o contraditório e a ampla defesa de seus direitos (art. 5º, incisos XXXIV, XXXV e LV). Assim, a CF traça as *regras gerais* de legitimação dos corpos intermediários da sociedade civil, com destaque para as espécies associativas civis (de que as ONGs são um exemplo típico²²). As *regras específicas*, referentes à classificação, à constituição jurídica, à atuação e à finalidade das entidades, são definidas no domínio infraconstitucional²³, por meio, por exemplo, da Lei 10.406, de 10/01/2003 (Código Civil Brasileiro) e da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos).

Temos, portanto, no Código Civil a definição dos cinco formatos de pessoas jurídicas existentes no direito brasileiro: as associações e fundações (que normalmente são os formatos jurídicos das ONGs), organizações religiosas, partidos políticos e as sociedades. As sociedades, caracterizadas pelos fins econômicos e partilha dos lucros entre os sócios, podem assumir diversos formatos, como sociedades cooperativas, sociedades limitadas e sociedades anônimas.

²² A sigla ONG corresponde a *organização não-governamental*: uma expressão que admite muitas interpretações. A definição textual (ou seja, aquilo que não é do governo) é tão ampla que abrange qualquer organização de natureza não estatal. Em âmbito mundial, a expressão surgiu pela primeira vez na Organização das Nações Unidas (ONU), após a Segunda Guerra Mundial, com o uso da denominação em inglês “*non-governmental Organizations*”, para designar organizações supranacionais e internacionais que não foram estabelecidas por acordos governamentais [...]. Entre clubes recreativos, hospitais e universidades privadas, asilos, associações de bairro, creches, fundações e institutos empresariais, associações de produtores rurais, associações comerciais, clubes de futebol, associações civis de benefício mútuo etc. e ONGs, temos objetivos e atuações bastante distintos, às vezes até opostos. No Brasil, a expressão era habitualmente relacionada a um universo de organizações que surgiu, em grande parte, nas décadas de 1970 e 1980, apoiando organizações populares, com objetivos de promoção da cidadania, defesa de direitos e luta pela democracia política e social. As primeiras ONGs nasceram em sintonia com as demandas e dinâmicas dos movimentos sociais, com ênfase nos trabalhos de educação popular e de atuação na elaboração e controle social das políticas públicas. Ao longo da década de 1980, com o surgimento de novas organizações privadas sem fins lucrativos trazendo perfis e perspectivas de atuação social muito diversas, o termo ONG acabou sendo utilizado por um conjunto grande de organizações, que muitas vezes não guardam semelhanças entre si. Como afirma a antropóloga Leilah Landim “O nome ONG não é mais revelador, como ele era, de um segmento dentro das organizações da sociedade civil brasileira”. De acordo com estudo realizado pela Consultoria do Senado Federal em 1999, “ONG seria um grupo social organizado, sem fins lucrativos, constituído formal e autonomamente, caracterizado por ações de solidariedade no campo das políticas públicas e pelo legítimo exercício de pressões políticas em proveito de populações excluídas das condições da cidadania”. Segundo Herbet de Souza, o Betinho, “Uma ONG se define por sua vocação política, por sua positividade política: uma entidade sem fins de lucro cujo objetivo fundamental é desenvolver uma sociedade democrática, isto é, uma sociedade fundada nos valores da democracia, liberdade, igualdade, diversidade, participação e solidariedade [...] As ONGs são comitês da cidadania e surgiram para ajudar a construir a sociedade democrática com que todos sonham”. (Disponível em: <<http://www2.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=18034>>).

²³ “O ordenamento jurídico brasileiro pode ser visto de forma escalonada (forma piramidal), situando-se as normas em patamares mais inferiores ou mais superiores de acordo com o menor ou maior grau de generalidade e abstração. No topo dessa pirâmide, encontra-se a Constituição de 1988” (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2004, p. 87).

Quanto às associações e fundações²⁴, que aqui nos interessam de modo especial, em razão da gênese de pessoas jurídicas de direito privado, *sem fins lucrativos*, o fato que lhes dá origem é a vontade humana. Porém, sob o ponto de vista da ciência jurídica, essas entidades só alcançam *status* jurídico quando preenchem os *requisitos ou formalidades legais*, mediante a inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro (art. 45 do CCB). Cumprida tal exigência, elas se tornam civilmente responsáveis por seus atos, podendo desempenhar *livremente* suas atribuições, suas atividades (*que não podem ser lucrativas*) de natureza moral, jurídica, técnica, social etc. Assim, o “nascimento” da pessoa jurídica de direito privado tem duas fases: 1) a do ato jurídico, que deve ser escrito; 2) a do registro público.

A primeira fase de constituição de uma associação é a do ato jurídico bilateral ou plurilateral *inter vivos*.²⁵ No caso das fundações, a primeira fase de sua constituição ocorre por ato jurídico unilateral *inter vivos* ou *causa mortis*. Segundo a doutrina, nessa primeira fase a constituição tanto das associações como das fundações depende de dois elementos, a saber: 1) elemento material, que abrange os atos da associação, ou o fim a que se destina o conjunto de bens; 2) elemento formal, uma vez que a constituição deve ser por escrito. A declaração de vontade pode revestir-se de forma pública ou particular, no caso das associações. As fundações, por expressa disposição legal, estão sujeitas a requisito formal específico, ou seja, a escritura pública ou a testamento (art. 62, do CCB).

²⁴ A doutrina admite a existência de três formatos institucionais para a constituição de uma organização sem fins lucrativos que tenha a finalidade de promover objetivos comuns, acrescentando, aos formatos indicados na lei civil (art. 44, I e III do CCB), as *organizações religiosas*. No Anexo 3, apresentamos uma relação das diversas modalidades de organização da sociedade civil sem fins lucrativos segundo o *site* da Rits.

²⁵ O CCB (arts. 45 e 46) e a Lei de Registros Públicos (lei 6.015 de 03/12/1973), além do rito formal para a realização de inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, estabelecem todos os procedimentos e elementos necessários à criação de uma entidade sem fins lucrativos (associação ou fundação), tais como: fundação; denominação; fundo social (quando houver); fins e sede, tempo de duração; modo como se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; condições de extinção e destino do patrimônio; nomes dos fundadores ou instituidores e dos membros da diretoria etc. Além disso, as entidades devem providenciar: a) a inscrição na Receita Federal no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); b) antes do Registro, em caso de fundações, autorização prévia do Ministério Público para provação de seus atos constitutivos; c) cadastro junto à Prefeitura (Cadastro de Registros Imobiliários) para estabelecer-se fisicamente.

A segunda fase de constituição das associações e das fundações é a do registro. Com efeito, para que a pessoa jurídica de direito privado exista legalmente, é necessário inscrever seus atos constitutivos, seus contratos e/ou estatutos. Faz-se imprescindível, também, averbar o registro de todas as alterações por que passar o ato constitutivo (art. 45, *in fine*, do CCB). Quanto à averbação do registro das fundações, o art. 62 do CCB prevê a elaboração de estatuto pelo instituidor ou por aqueles a quem ele destinar o uso do patrimônio. Além disso, para que o registro se efetue, é necessária a aprovação da autoridade competente (Ministério Público), com recurso ao juiz.

Observadas essas fases de constituição e realizada a inscrição do contrato ou do estatuto no registro competente,

a pessoa jurídica começa a existir, passando a ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, a ter capacidade patrimonial, constituindo seu patrimônio, que não tem nenhuma relação com os dos sócios, adquirindo vida própria e autônoma, não se confundindo com os seus membros, por ser uma nova unidade orgânica. (OLIVA, 2001, p. 37)

No caso das associações e fundações, o registro é feito em Cartório de Títulos e Documentos. As associações devem apresentar a ata de fundação e os estatutos, devidamente registrados em Cartório, à Delegacia da Receita Federal, para obter o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), e à Prefeitura, para obter Alvará de funcionamento. Há, ainda, as obrigações junto aos órgãos públicos, tais como a Declaração de Informações da Pessoa Jurídica (DIPJ), a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), além da atualização das alterações estatutárias, a eleição de dirigentes etc., a serem cumpridas em Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.²⁶

Dependendo do *livre interesse da entidade* (art. 5º, inciso XVII, da CF/88), ela pode obter *títulos, certificados e qualificações* fornecidos pelo Poder Público, entre os

²⁶ DIPJ: informações que devem ser prestadas anualmente à Receita Federal sobre o balanço contábil e patrimonial da organização, assim como sobre as fontes de recursos recebidos, distribuídas em categorias: contribuições associativas, venda de bens e prestação de serviços, rendimentos de aplicações financeiras, doações e subvenções. RAIS: deve ser entregue anualmente ao Ministério do Trabalho com informações e o perfil de cada empregado. Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas: obrigação de informação atualizada das alterações estatutárias da entidade.

quais 1) Registro no Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS); 2) Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS); 3) Utilidade Pública Federal, Estadual e Municipal; 4) Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e 5) qualificação como Organização social.²⁷

Há, ainda, a possibilidade de se entabularem *ajustes* com a Administração Pública²⁸, desde que não haja finalidade lucrativa. Nesse caso, visa-se à transferência de recursos públicos para a entidade e, em tese, a viabilização da sua plena gestão, principalmente porque o seu regime estatutário, conforme regra geral (art. 53 do CCB), não admite o exercício de atividade econômica com fins de distribuição de excedentes.²⁹ Com efeito, algumas associações e fundações desenvolvem atividades econômicas buscando recursos, embora não possam almejar o lucro. Todavia, inúmeras entidades, em razão de seu estatuto, não exercem nem pretendem exercer qualquer tipo de

²⁷ *Utilidade Pública Federal*: Lei 91/35, regulamentada pelo Decreto 50.517/61; Lei 6.639/79, regulamentada pelo decreto 60.931/67. *Utilidade Pública Estadual* (ref. Estado de S. Paulo): Lei 3.198/55; Lei 2.574/80. *Utilidade Pública Municipal* (ref. Município de S. Paulo): Lei 4.819/55; Lei 11.295/92; Decreto 16.619/80; Lei 12.520/97. *Registro no Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS)*: Decreto 2.536 de 6/4/98; Decreto 3.504 de 13/06/2000; Resoluções CNAS: n. 31 de 24 /02/99; n. 32 de 24/02/99; n. 177 de 10/08/2000, n. 178 de 10/08/2000; n. 02 de 04/01/2001. *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)*: Lei 9.790 de 23/03/1999, regulamentada pelo Decreto 3.100 de 30/06/1999. Qualificação como *Organização Social*: Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, DOU de 15/05/98: “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências: Art. 1º: O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta lei”.

²⁸ Os ajustes possíveis entre o poder público e as entidades sem fins lucrativos são os *contratos*, os *convênios* e as *parcerias*. Os contratos com entidades sem fins lucrativos, via de regra, devem ser precedidos de licitação (Lei 8.666/93). Segundo Maria Nazaré Barbosa e Carolina de Oliveira (2002, p. 128), “Discute-se que critérios devem presidir a escolha de uma entidade sem fins lucrativos para a celebração de um convênio”. Já para a obtenção do *termo de parceria*, segundo preceito do Decreto 3.100/99, a escolha da entidade *parceira* pode ser feita mediante *concurso* entre as entidades interessadas e já qualificadas como OSCIP's. Há, porém, exceção à regra geral. A própria Lei 8.666/93 dispensa a licitação quando se trata de entidade sem fins lucrativos, podendo o poder público escolher *discricionariamente* a entidade a ser contratada. São aquelas hipóteses enumeradas na Lei 8.666/93, art. 24, incisos XIII, XX e XXIV, este último acrescido da Lei 9.648 de 27/05/1998.

²⁹ Segundo Paulo Haus Martins (2006, [s.p.]), “o lucro, em Direito, é tudo que excede o custo de uma operação, o resultado positivo de uma atividade. É possível, e até comum, que uma entidade sem fins lucrativos obtenha lucro [...] A venda realizada por meio de intermediação é atividade comercial e o resultado positivo obtido entre o custo de compra e produção, e a venda, é lucro. Até aí, nada mais óbvio. Contudo a finalidade lucrativa não depende da existência eventual de lucro, mas de sua destinação. A caracterização de finalidade lucrativa depende de quem se beneficia do lucro. Uma organização que tem o objetivo de alcançar este resultado positivo — o lucro — e distribuí-lo entre seus sócios e dirigentes é uma empresa com fins lucrativos. Por ser uma entidade sem fins lucrativos, uma organização deve investir seu eventual lucro diretamente em sua missão institucional, em seu objeto social, a própria razão de sua existência”.

atividade econômica. Sem a possibilidade de captar recursos utilizando as regras típicas do capitalismo³⁰, elas recorrem aos auxílios e às subvenções.³¹

Vale lembrar, por fim, que qualquer suspensão das atividades das associações e das fundações, e a própria possibilidade de desaparecimento compulsório do mundo jurídico, só poderá ocorrer mediante decisão judicial irrecorrível (art. 5º, XIX, CF/88).³²

³⁰ O Direito brasileiro tem como fonte a lei escrita e caracteriza-se, ainda, pela filosofia e ideologia e pelo método de sua captação. Levando em conta que a legislação brasileira tem muitos exemplos da vinculação entre finalidade não-lucrativa e proibição de distribuição de lucros, aliado ao fato de que a nossa economia é capitalista, onde sistema econômico e social é baseado na propriedade privada dos meios de produção e na organização da produção visando o lucro, a impossibilidade de participar interativamente das regras deste sistema, por imposição do ordenamento jurídico pátrio, torna-se o grande problema dogmático das entidades do Terceiro Setor, que irão depender, sobremaneira, da captação de recursos externos, principalmente os de origem pública estatal.

³¹ A instrução normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n. 1, de 15/01/1997, assim definiu esses institutos: *Subvenção social*: transferência de recursos que independe de lei específica a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa, com o objetivo de cobrir despesas de custeio (Instrução Normativa STN n. 1/97, art. 1º); *Auxílio*: transferência de capital estabelecida por lei orçamentária, destinada a atender ônus ou encargo assumido pela União e concedida exclusivamente à entidade sem fins lucrativos. Há outras legislações que também merecem consulta: *Subvenções sociais*: Lei 4.320, art. 12, § 3º, inciso I, e Lei das diretrizes orçamentárias 10.266 de 24/07/2001, art. 29; *Auxílios*: Lei 4.320/64, art. 12, § 6º (BARBOSA; OLIVEIRA, 2002, p. 141). Para maiores informações sobre a legislação que diz respeito ao Terceiro Setor, ver Anexo 4.

³² O fim de uma associação ou de uma fundação poderá ocorrer: a) pelo decurso de prazo de sua duração, se constituída por prazo determinado; b) por determinação legal, quando configurada qualquer uma das causas previstas normativamente; c) por outras causas previstas no contrato ou estatuto; d) por medida de dissolução judicial, quando houver fundado requerimento da parte legitimada a requerê-la, dentre outros. Salientamos que a extinção da pessoa jurídica não se verifica de modo instantâneo. Qualquer que seja o seu fator extintivo (convencional, legal, judicial ou natural), opera-se o fim da entidade; porém, se houver bens de seu patrimônio e dívidas a resgatar, ela continuará em fase de liquidação, durante a qual subsiste para a realização do ativo e pagamento de débitos, cessando, de uma vez, quando se der ao acervo econômico o destino próprio. Segundo previsão do art. 61 do CCB, no caso de extinção de uma associação, inexistindo no estatuto disposição quanto ao destino dos bens, e não tendo os associados deliberado nada a respeito, devolver-se-á o patrimônio social a um estabelecimento municipal, estadual ou federal, de fins iguais ou semelhantes. Na hipótese de inexistir estabelecimento nessas condições no Município, Estado, Distrito Federal ou Território, os bens da associação finda irão aos cofres da Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União (art. 61, § 2º, do CCB). Quando houver extinção de uma fundação, seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo ou estatuto, será incorporado ao de outras fundações designadas pelo juiz, que visem objetivos idênticos ou similares (art. 69, *in fine*, do CCB). Tal como ocorre com a sua constituição, a dissolução destas pessoas jurídicas deve ser averbada em cartório, em seu registro respectivo, o mesmo valendo para a sua liquidação. Finda a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica (art. 51, § 3º, do CCB). Ocorrendo, então, o cancelamento do registro, configurada estará a extinção da pessoa jurídica, produzindo efeitos *ex nunc*, ou seja, mantidos estarão os atos negociais por ela praticados até o instante de seu desaparecimento, respeitando-se o direito de terceiros. (Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?4480>>.)

Diagrama Ilustrativo do Terceiro Setor brasileiro

► O direito comparado

Selecionamos, na Lei Francesa das Associações, algumas características das associações que se encontram também na legislação brasileira:

Lei francesa de associações³³

Legislação

As associações são regidas pela **lei de 1º de julho de 1901**, relativa ao contrato de associação, e seu **decreto de aplicação** é de 16 de agosto de 1901.

Esses textos são aplicáveis:

- na França metropolitana, salvo nos departamentos do Haut-Rhin, do Bas-Rhin e da Moselle, onde as associações seguem os artigos 21 a 79 do código civil local;
- nos departamentos de além-mar;
- nos territórios de além-mar;
- na Nouvelle-Calédonie;
- na coletividade departamental de Mayotte e em Saint-Pierre-et-Miquelon.

As associações cujo campo de atividades ultrapassa as fronteiras são às vezes chamadas “internacionais”. Trata-se, na realidade, de associações francesas, visto que sua sede está situada na França.

Observação: A proposta de regulamento de dezembro 1991, tratando do estatuto da associação européia, não chegou a um término, no momento.

Liberdade de associação

A lei de 1901 instaurou um regime de liberdade de associação classificado pelo Conselho constitucional (decisão de 16 de julho de 1971) no número dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Em consequência, essa liberdade só pode ser regulamentada pelo legislador.

³³ Disponível em: <<http://www.perso.wanadoo.fr/association.1901/HTLM/main/index.htm>>. Traduzido por Cleonice Paes Barreto Mourão. (O texto original em francês se encontra, na íntegra, no Anexo 5).

Ver **resposta do Ministro do interior**

A liberdade de associação está igualmente reconhecida pelo **artigo 11 da convenção europeia** de garantia dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e pelo **artigo 20 da Declaração universal dos direitos do homem**.

Estatuto

A redação dos estatutos é livre e entregue à iniciativa dos fundadores e dos membros.

Administração

A lei não impõe nenhuma modalidade particular de administração. Foi o uso que instaurou a constituição de uma assembléia geral, de um conselho de administração e de um escritório.

Militares

Os militares em atividade de serviço podem constituir livremente uma associação e a ela aderir, salvo se ela tiver um caráter político ou sindical.

Eles podem tornar-se membros de qualquer outra associação, mas devem dar conta à autoridade militar das funções de responsabilidade que exercem nela (artigo 10 da lei 72-662 de 13-7-1972).

Estrangeiros

Estrangeiros podem constituir uma associação, sozinhos ou com franceses, com a condição de serem capazes, sua capacidade sendo apreciada em função de sua lei nacional e não da lei francesa.

Definição da associação

Segundo o **artigo 1** da lei de 1º de julho 1901, três elementos caracterizam uma associação:

Uma convenção

A associação é um contrato entre, no mínimo, duas pessoas: pessoas físicas ou pessoas morais (sociedades comerciais, comuna, região, departamento etc.). Essas pessoas podem ser de nacionalidade francesa ou **estrangeira**. Não há número máximo de sócios.

Esse contrato é regido, “quanto à sua validade, pelos princípios gerais do direito aplicável aos contratos e obrigações.” Ele deve, pois, respeitar os artigos **1108 e seguintes do Código Civil**: consentimento, validade do consentimento etc.

Capacidade para contratar

- Um menor emancipado pode contratar livremente
- Um maior em curatela pode constituir livremente uma associação, mas a assistência de seu curador é necessária se ele tiver de executar atos de disposição (doações, cotização)
- Um maior sob tutela está na mesma situação que o menor não emancipado
- **Caso de menores não emancipados**
- Uma pessoa destituída de seus direitos cívicos pode constituir ou aderir a uma associação
- Um pessoa destituída do direito de dirigir uma pessoa moral pode constituir ou aderir a uma associação.

Uma duração

A associação se caracteriza por sua permanência. Ela é, pois, formada por certa duração fixada pelos membros. Ela existe mesmo quando eles não estão coletivamente reunidos.

Uma finalidade

Os membros da associação disponibilizam em comum seus conhecimentos ou sua atividade. Sua participação pode assumir formas diversas: participação material, intelectual etc. Essa participação deve responder a três condições:

1. ela deve ser efetuada de maneira permanente: uma pessoa que adere por um período limitado (diário, semanal etc.) não é considerada um membro da associação;
2. ela não deve ser efetuada em estado de subordinação em relação à associação (característica de um contrato de trabalho);
3. ela não deve ser objeto de uma remuneração sob qualquer forma que seja.

A associação não tem como objetivo repartir benefícios entre seus membros. Se ela obtém excedentes, eles devem ser utilizados para realizar o objetivo desinteressado da associação. Uma associação que repartir seus benefícios entre seus membros será requalificada pelos tribunais de sociedade criada de fato com conseqüências importantes:

perda da personalidade jurídica, responsabilidade dos associados de fato em relação a terceiros etc.).

Em caso de **dissolução**, os societários não podem repartir entre si os bônus de liquidação.

Além disso, o objetivo da associação, assim como a atividade realmente exercida, deve ser lícito (**art. L 3**). Do contrário, a associação deve ser dissolvida (**art. L 7**).

Os diferentes tipos de associações

- Associação não declarada
- **Fundação**
- **Associação de utilidade pública**
- Federação
- Regras de bairros
- Associação intermediária
- Associação de serviços às pessoas
- Associações agregadas
- **ONG**
- Associação “de família”
- Associações estrangeiras

Fundação

É igualmente uma pessoa moral de interesse geral e com fim não lucrativo, mas resulta da afetação irrevogável de bens. Portanto, não tem membros e não recebe cotizações, seu financiamento sendo assegurado pela dotação constitutiva.

Fundação de utilidade pública

Não há número mínimo ou máximo de fundadores. A dotação, no mínimo 750,000 E. deve assegurar à fundação lucros estáveis e regulares, permitindo-lhe cumprir seu objetivo de interesse geral de maneira durável. Ela deve adotar estatutos-tipos. O reconhecimento de utilidade pública é objeto de um decreto que se segue a parecer do Conselho de Estado.

Fundação de empresa

A fundação de empresa só pode ser criada por sociedades civis ou comerciais, estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial, cooperativas ou mutualidades,

tendo em vista a realização de um objetivo social. Ela é criada para uma duração determinada, a duração inicial não podendo ser inferior a cinco anos.

No momento da sua constituição, os fundadores não são obrigados a realizar uma dotação inicial, mas devem comprometer-se a efetuar depósitos correspondentes ao programa de ação pluri-anual definido pelos estatutos e cujo montante não pode ser inferior a 150.000E.

A fundação goza de capacidade jurídica a contar da publicação no Jornal Oficial da autorização da prefeitura que lhe confere esse estatuto.

Associação reconhecida de utilidade pública

Uma associação pode ser reconhecida como de **utilidade pública**; ela é, então, dotada de uma capacidade jurídica mais extensa que a de uma associação simplesmente declarada e publicada. Para obter o reconhecimento, a associação deve respeitar certo número de obrigações (finalidade de interesse geral; irradiação que excede o quadro local, chegando a 200 membros pelo menos; recursos financeiros importantes; prazo de existência de pelo menos 3 anos; adoção de estatutos-tipos) e se submeter ao controle dos poderes públicos.

O reconhecimento de utilidade pública não é concedido automaticamente. O governo, segundo parecer do Conselho de Estado, dispõe de poder de apreciar a conveniência de conceder esse reconhecimento.

As associações declaradas podem receber dádivas manuais, mas não doações ou legados, salvo se elas tiverem como fim exclusivo a assistência, a beneficência, a pesquisa científica ou medicinal.

As associações reconhecidas como de utilidade pública podem receber doações ou legados.

A aceitação dessas liberalidades está subordinada a uma autorização municipal. Os imóveis compreendidos num ato de doação ou num testamento que não são necessários ao funcionamento da associação devem ser vendidos.

Organizações internacionais não governamentais (ONG)

A França ratificou (lei 98-166 de 18 de dezembro 1998) a Convenção europeia sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais não governamentais (ONG). Essa Convenção entrou em vigor em março de 2.000.

Para valer-se dessa Convenção, uma associação deve preencher as quatro condições seguintes:

1. ter um fim não lucrativo de utilidade internacional; presume-se que as ONGs preenchem essa condição, beneficiando-se de um estatuto do sistema das Nações Unidas, ou ainda de um estatuto de observador junto aos comitês diretores da cooperação intergovernamental do Conselho da Europa.
2. ter sido criada por um ato previsto no direito interno de um Estado signatário da Convenção.
3. exercer uma atividade efetiva em pelo menos dois Estados; presume-se que as organizações privadas de fim não lucrativo preenchem essa condição, exercendo atividades em pelo menos dois países e tendo se beneficiado de um processo de reconhecimento de sua utilidade pública segundo o direito interno de um dos estados participantes do acordo no qual elas exercem suas atividades.
4. ter sua sede em território de um Estado pertencente à Convenção.

Quanto ao Direito Norte-Americano, é importante considerarmos o que se estabelece sobre as organizações sem fins lucrativos: uma organização sem fins lucrativos é formada por um grupo organizado que não tem o lucro como propósito e cuja receita não é distribuída entre seus membros, diretores ou funcionários. As organizações sem fins lucrativos são chamadas também de *sociedades privadas não-lucrativas*. Elas podem assumir a forma de uma corporação, uma empresa individual (por exemplo, alguém que faz contribuições filantrópicas), uma sociedade limitada, um instituto, uma fundação (que, em virtude da distinção feita pelo seu fundador, assume a forma de curadoria), ou um condomínio (direito proprietário sobre área comum, detido por proprietários adjacentes de unidades incorporadas legalmente). As organizações sem fins lucrativos são designadas como tais por sua constituição e seus objetivos serem norteados pelas disposições do estatuto que rege organizações sem fins lucrativos. Dentre as organizações sem fins lucrativos, podemos citar igrejas, escolas públicas, entidades filantrópicas, clínicas e hospitais públicos, organizações políticas, associações de classe, institutos de pesquisa, museus e algumas agências governamentais.

As entidades sem fins lucrativos são regidas por lei estadual. Alguns estados da federação adotam a Lei Uniforme de Associações sem Fins Lucrativos (ver Colorado, §§ 7-30-101 to 7-30-119, disponível em: http://www.state.co.us/gov_dir/leg_dir/olls/sl1994/sl.222.htm). Alguns estados concedem às organizações sem fins lucrativos o direito à imunidade de responsabilidade por ato ilícito extracontratual (ver Massachusetts law, disponível em:

<http://www.state.ma.us/legis/laws/mgl/231%2D85w.htm>, que concede imunidade a um grupo reduzido de organizações sem fins lucrativos), ao passo que outros estados limitam a responsabilidade por ato ilícito extracontratual, outorgando um teto de responsabilidade por perdas e danos. As leis estaduais determinam quais entidades sem fins lucrativos podem fazer solicitações de doações e as exigências de certos privilégios, como licenças e permissões. Cada estado tem autonomia para definir o perfil de uma entidade sem fins lucrativos. Para determinar quais privilégios legais podem ser concedidos, alguns estados fazem distinção entre empresas que não visam ao lucro, mas que não têm fins filantrópicos (por exemplo, clubes esportivos e associações de profissionais) e associações de caridade. Uma organização pode ficar isenta da obrigação do pagamento de impostos federais se dessa obrigação se for constituída com a finalidade exclusiva de servir como entidade religiosa, de caridade, de segurança pública, literária, educacional, de prevenção ao abuso de crianças e animais, bem como se for entidade dedicada ao desenvolvimento de esportes nacionais ou internacionais. Atualmente, o pagamento de imposto previdenciário é opcional, embora oitenta por cento dessas organizações decidam contribuir.³⁴

³⁴ Disponível em: http://www.law.cornell.edu/wex/index.php/Non-profit_organizations. (Tradução do autor).

CAPÍTULO 5

**Os Canais de Participação da Sociedade Civil no Controle e Defesa do
Bem Ambiental em Face da Clausura e do Dogmatismo da
Administração Pública Brasileira**

A administração pública¹ tipicamente burocrática, cuja origem data da metade do século XIX, encontrou seu contraponto no desenvolvimento do capitalismo e da democracia e, portanto, no fortalecimento da sociedade civil. Conforme vimos anteriormente, o Brasil segue trabalhando os argumentos neoliberais que justificam a redefinição das atividades do Estado². Buscando essa redefinição, por imposição constitucional,

[...] passa a promover o princípio da subsidiariedade³, que possibilita o aprofundamento da relação entre Estado e Sociedade, na medida em que acomete aos corpos sociais, devidamente legitimados, uma participação ativa na realização do interesse público. Tal comportamento segundo Diogo de Figueiredo⁴ é traduzido por uma espécie de delegação social, efetuado por meio de “entidades de colaboração e de cooperação.

¹ A Administração Pública “pode ser conceituada, em sentido amplo, como o conjunto de entidades e de órgãos incumbidos de realizar a atividade administrativa visando a satisfação das necessidades coletivas e segundo os fins desejados pelo Estado. Sob o enfoque material, o conceito de administração leva em conta a natureza da atividade exercida (função administrativa) e, sob o subjetivo ou orgânico, as pessoas físicas ou jurídicas incumbidas da realização daquela função” (ROSA, 2005, p. 26). A Administração Pública está subordinada, ainda, aos princípios básicos instituídos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

² Sílvio Luís Rocha (2003, p. 33) afirma que os argumentos que justificam a redefinição do Estado são financeiros, jurídicos e políticos e baseiam-se na premissa, não comprovada, “de que haveria, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender às demandas sociais”.

³ Sílvio Luís Rocha (2003, p. 16) diz que o *princípio da subsidiariedade* “surge como algo novo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado”. Historicamente, foi “com a Doutrina Social da Igreja Católica que nasceu a concepção moderna do princípio. O princípio da subsidiariedade já estaria implícito na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891), quando eleva a dignidade da pessoa humana à peça chave de toda a Doutrina Social da Igreja e defende a propriedade privada da ira socialista e o operário da exploração do liberalismo econômico. Entretanto, o princípio da subsidiariedade encontra seu melhor enunciado na Encíclica *Quadragesimo Anno* e se baseia numa estrutura hierarquizada da sociedade que permite identificar entidades organizadas em tamanhos e funções diferentes: família, associações, sindicatos, Estado. Seu conteúdo precípua está em que uma entidade superior não deve realizar os interesses da coletividade inferior quando esta puder supri-los por si mesma de maneira mais eficaz; ou, sob uma perspectiva positiva, em que somente cabe ao ente maior atuar nas matérias que não possam ser assumidas, ou não o possam ser de maneira mais adequada, pelos grupos sociais menores”. Sílvio Faber Torres, segundo Rocha (2003, p. 46), observa que “no direito público o princípio da subsidiariedade serve para fundamentar uma nova concepção de Estado, onde o papel do Poder Público deve ser delineado ao fito de se resguardar a liberdade, a autonomia e dignidade humana. Ressurge como justificativa de um Estado subsidiário — alternativo ao Estado do Bem-Estar Social ou Providencial — que restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social; e, de outro, quando a sociedade se mostrar incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, se estenda além da necessidade averiguada”. Torres, ainda de acordo com Rocha (2003, p. 16), acrescenta que “A grande virtude do princípio está em que a partir dele se dá primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução à sociedade civil de matérias de interesse geral que possam ser eficazmente por ela realizadas. A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral a partir, também, da idéia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal a grupos menores”.

⁴ Sílvio Luís Rocha citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Organizações sociais de colaboração: descentralização social e administração pública não-estatal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, p. 183-195, 1997.

Assim, à sociedade civil, organizada e legitimada⁵, é atribuído o papel de prestação e execução direta de serviços e atividades de caráter público, restando ao Estado assumir a função de regular, induzir e mobilizar os agentes econômicos e sociais. Avigora-se, portanto, o espaço público não estatal. Nesse contexto democrático de mobilização política, que Emerson Gabardo (2003, p. 167) chama de *prática cultural*, constata-se uma pequena mas latente demanda por estudos que abordem prioritariamente o tecido associativo da sociedade civil como maneira de reduzir a participação do Estado na prestação de serviços públicos, incrementando-se, desse modo, os princípios constitucionais democráticos. Com efeito, o espaço público não estatal se desenvolve em consonância com os princípios democráticos e do Estado de Direito⁶, que se contrapõem à intervenção pública injustificada, prescrevendo a atuação diferenciada do Estado. Abolindo o mecanismo clássico de coerção, o Estado, “de forma mediata e indireta, faz-se substituir no exercício da prestação de serviços relevantes à população por particulares, em regime de colaboração, mediante a adoção de serviços jurídicos diversos”.⁷

Passamos a constatar, então, segmentos da população buscando alcançar finalidades sociais relevantes, segundo arbítrio próprio, atuando “[...] tanto no viés da mobilização política no plano das mentalidades, com ênfase na prática eminentemente cultural, *quanto no sentido propriamente de atuação no Estado e, obviamente, fora dele, no espaço público não-estatal*” (GABARDO, 2003, p. 168, grifo nosso).

⁵ “Na linguagem política, entende-se por legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas. Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre legalidade e legitimidade, costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis”. (BOBBIO, 1997, p. 674).

⁶ Segundo Fiorillo, “A expressão Estado de Direito provém originariamente da doutrina alemã do século XIX, adotando significado de Estado subordinado à legalidade constitucional, ou seja, o conceito de Estado enquanto forma de ordenamento político passa a estar submetido ao império da lei, da norma jurídica” (Fiorillo, 2004b, p. 2).

⁷ Silvio Luís Rocha (2003) caracteriza essas atividades estatais como de fomento ou ação administrativa de fomento do Estado, que obedecem a um princípio denominado “função subsidiária do Estado”. Segundo o autor, “O princípio da subsidiariedade surge como algo novo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado” (ROCHA, 2003, p. 16).

Assim, esses segmentos buscam a construção de novas identidades, opondo-se ao *status quo* dominante, criando novos paradigmas, revendo conceitos e procedimentos estabelecidos. Essa atuação, entretanto, deve ser organizada e legalizada⁸, seja de acordo com regime de autonomia *uti civis*⁹, seja por meio da ação administrativa de fomento¹⁰, cujos fundamentos estão prescritos no que Rocha chama de *princípio de subsidiariedade*. Com efeito, Paulo Modesto (2002) nos alerta para o fato de a esta participação da sociedade civil está subordinada à legalidade constitucional, notadamente quando os particulares pretendem fomentar vínculo jurídico com o Poder Público. Neste último caso, há *instrumentos processuais* aptos a serem empregados junto à administração pública com maior ou menor grau de autenticidade e integração social.

Entretanto, esses instrumentos de participação ativa na realização do interesse público são pouco utilizados e mesmo pouco conhecidos pela sociedade civil. Esse é um motivo por que passaremos a examiná-los em sua real faticidade jurídica. É sabido, por exemplo, que a *desestatização*, a *privatização*, a *terceirização*, as *concessões*¹¹ e a desregulamentação são figuras típicas do neoliberalismo, que recorre a elas com a finalidade de reduzir a participação do Estado na atividade econômica e, “[...] sobretudo, na prestação de serviços públicos” (ROCHA, 2003, p. 32). Acontece, porém, que essas não são as únicas possibilidades de participação da sociedade civil e, muito menos, com toda convicção, de uma administração pública que se legitime¹² pela participação,

⁸ Tanto no regime de colaboração com a máquina estatal, quanto na *ut civis*, a legislação brasileira prevê uma forma rígida de organização dos terceiros para sua ação no mundo jurídico: é a organização social sob o império da lei.

⁹ A participação *ut civis*, segundo Paulo Modesto (2002), é aquela em que os agentes privados estão aptos a interferir, sob várias formas, no desenvolvimento de funções estatais, idealmente com vistas ao interesse geral e sem vínculo jurídico com o Poder público (ver art. 5º, incisos XVII a XXIV).

¹⁰ A ação administrativa de fomento encontra fundamentos prescritos no *princípio da subsidiariedade* (ROCHA, 2003, p. 16).

¹¹ A respeito do regime de *concessão* e *permissão* da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, ver os termos da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

¹² Segundo Bobbio (1997, p. 674), “Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até mesmo no uso técnico, entre legalidade e legitimidade, costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é o poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente”.

mostrando-se preocupada com a concretização dos princípios constitucionais que regem direitos e interesses coletivos.

Tomemos como exemplo as premissas básicas da reforma do Estado brasileiro de 1995.¹³ Leonardo Bento percebeu que o seu maior desafio seria o de implementar uma nova governabilidade democrática, com participação direta da sociedade civil e mediante a

[...] transferência da responsabilidade pela prestação de serviços públicos para entidades sem fins lucrativos vale dizer, organismos que não pertencem à estrutura administrativa do Estado, nem podem, pela lógica com que operam e por seus objetivos ser considerados como agentes econômicos de mercado (BENTO, 2003, p. 235).

A proposta de reforma do Estado brasileiro, a nosso ver, além de ter bebido na fonte do receituário liberal, valeu-se de premissas da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado¹⁴ que têm por base, sobretudo, segundo Reis Friede (2002, p. 38), o pensamento de Alexandre Groppali¹⁵ e Oreste Ranelletti¹⁶, para os quais “A razão última da existência do Estado [...] se encontra intimamente associada aos fins (ou funções) que o mesmo se propõe, através do exercício legítimo do poder político, a cumprir ou desempenhar”.

Contudo, Friede observa que,

além destes fins fundamentais (essenciais, posto que associados à própria sobrevivência e concreção da sociedade política organizada), também merecem ser consignados outros fins que — não obstante a sua incontestável importância para o atingimento da finalidade maior do Estado, ou seja, a realização do bem comum — não se encontram necessariamente associados à sobrevivência última do Estado e que por esta razão são denominados não essenciais. (FRIEDE, 2002, p. 6)

¹³ A reforma administrativa do aparelho do Estado deste último governo foi iniciada pelo governo Collor e levada adiante pelo governo Fernando Henrique Cardoso. Segundo o Plano Diretor, as funções do Estado são quatro: de governo, administrativa, legislativa e judiciária, “[...] a partir de critérios retirados da ciência da Administração, e não da Ciência do Direito” (ROCHA, 2003, p. 33).

¹⁴ “[...] o objeto da *Ciência Política* é o estudo da *convivência humana em coletividade* — especialmente a mais complexa delas, que é o *Estado* — ao passo que o objeto da *Teoria Geral do Estado* limitar-se-ia ao Estado em si mesmo, ainda que de forma abrangente a incluir o exame de sua totalidade material, formal e teleológica”. (FRIEDE, 2002, p. 6).

¹⁵ GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1962.

¹⁶ RANELLETTI, Oreste. *Istituzioni di diritto*. Milão: Giuffrè, 1995.

Segundo Friede (2002, p. 37), “[...] os *fins* do Estado, em termos efetivos, se subdividem em *jurídicos* (fundamentais ou essenciais) e em *sociais* (ou não essenciais).” O quadro a seguir constitui uma adaptação nossa de diagrama elaborado pelo autor para apresentar didaticamente esses fins:

Fins do Estado Democrático (Em termos efetivos) 1	Essenciais (jurídicos) Realizados de forma exclusiva pela iniciativa estatal	>	Garantia da ordem interna (Exercício do poder de polícia)
		>	Defesa da soberania na esfera internacional
		>	Criação de leis (Capacidade legislativa)
		>	Prestação da tutela jurisdicional (Capacidade judiciária)
	Não essenciais (sociais) Realizados de forma concorrente entre a iniciativa estatal e a privada 2	>	Saúde
		>	Educação
		>	Previdência social
		>	Transporte
		>	Cultura (art. 216, §1º, CF)
		>	Assist. social (art. 204, I, CF)
		>	Meio ambiente (art. 225, CF)
		>	Outros

Fonte: FRIEDE, 2002, p. 38

1 – Há “[...] certas correntes evolucionistas que simplesmente negam a possibilidade de *identificação de uma finalidade* precípua do Estado, em termos objetivos (teorias organicista e mecanicista)” (FRIEDE, 2002, p. 38).

2 – Os fins não essenciais “[...] de nenhuma forma deixam de possuir notável importância”. A atividade essencial implica a “[...] existência de substrato jurídico, no sentido de traduzir as finalidades que só podem ser desempenhadas pelo Estado, sob risco de efetiva e sinérgica sucumbência” (FRIEDE, 2002, p. 37).

Como evidencia o quadro, os fins jurídicos (essenciais) do Estado são basicamente quatro:

a) garantia da ordem interna (exercício do poder de polícia);

- b) defesa da soberania na esfera internacional (exercida preponderantemente através das forças armadas e da diplomacia);
- c) criação de leis (capacidade legislativa);
- d) distribuição e exercício da justiça ou prestação da tutela jurisdicional (capacidade judiciária).

Quanto aos fins não essenciais (fins sociais), que aqui nos interessam de modo especial, seriam

[...] todos aqueles que correspondem à atividade concernente ao Estado em parceria com a iniciativa privada (atividades realizadas de *forma concorrente*). Nesse sentido, são diversos os *fins sociais* do Estado, como por exemplo: a saúde, a educação, a previdência social [...] entre outros. (FRIEDE, 2002, p. 37)

Em vários instrumentos normativos pátrios, bem como na doutrina sociojurídica, da qual são exemplo os trabalhos de publicistas como os mentores do Plano Diretor de Reforma do Estado Brasileiro (1995), encontramos a indicação de que as atividades públicas *não essenciais* devem ser realizadas por *entidades sem fins lucrativos*.

Segundo Leonardo Bento, Bresser Pereira (um dos mentores da reforma do aparelho do Estado Brasileiro, que traduziu, a seu modo, a posição doutrinária acima mencionada), diz que no Estado de Bem-estar social democrata há quatro áreas de atuação:

(1) o núcleo estratégico do Estado, compreendendo o governo, seus ministérios, sua equipe econômica; (2) as atividades exclusivas do Estado, compreendendo aquelas que envolvem seu poder de império, os poderes legislativo e judiciário, as atividades de fiscalização, a defesa interna e externa; (3) a prestação de serviços sociais e científicos, tais como saúde, educação, previdência, assistência social, pesquisa etc.; e (4) a produção de bens e serviços para o mercado, através de empresas estatais. (BENTO, 2003, p. 238)

Posto isso, Bresser Pereira, citado por Bento (2003, p. 238) defende que o núcleo estratégico e as atividades exclusivas do Estado sejam mantidas “[...] sob o regime de monopólio estatal”, enquanto a produção de bens e serviços seja “[...] deixada a cargo do

mercado em virtude de sua superioridade notória na alocação e gestão de recursos quando o que está em jogo não é a distribuição nem a transferência de renda e, sim, a troca de equivalentes”. O ex-ministro, por fim, afirma que, no tocante à prestação de serviços sociais e científicos — em que se situam perfeitamente o estudo e a pesquisa da arqueologia —, deve-se “[...] transferir essas funções para o tecido associativo, financiado pelo Estado em troca do cumprimento de determinadas metas e indicadores de desempenho fixados em contratos de gestão” (BENTO, 2003, p. 238).

Paulo Modesto, por sua vez, entende que a participação social junto ao Estado, a qual ele denomina *participação no âmbito da administração*, poderá ser realizada de maneira mais ampla e “[...] corresponde a todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado” (2002, [s.p.]). Mas o jurista ressalva que a

[...] participação popular na administração pública é conceito necessariamente mais restrito, tratando-se da interferência¹⁷ no processo de realização da função administrativa do Estado, implementado em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo. (MODESTO, 2002, [s.p.])

A fim de elucidar seu ponto de vista, o jurista propõe a seguinte “tipologia da participação popular na administração pública”:

A participação popular **quanto à eficácia de sua ação** [...] pode ser:

(a) vinculante;

(a.1.) decisória (ex. co-gestão);

(a.2.) condicionatória (ex. conselhos administrativos, que limitam discricionariedade da autoridade superior, exigindo motivação extensa em pronunciamentos divergentes);

(b) não vinculante (ex. conselhos meramente consultivos);

A participação popular, ainda, quanto à **matéria e a estrutura de sua intervenção** pode ser:

(a) consultiva;

(a.1.) individual (ex. colaboração especializada);

(a.2.) colegial (ex. conselheiros consultivos);

(a.3.) coletiva (ex. audiências públicas);

(b) executiva;

(b.1.) co-gestão (ex. conselho de gestão);

¹⁷ “Em sentido amplo, participar significa intervir num processo decisório qualquer” (MODESTO, 2002, [s.p.]).

(b.2.) autônoma (ex. organizações sociais, ongs, entidades de utilidade pública). (MODESTO, 2002, [s.p.]).

Paulo Modesto menciona também outras classificações de formas de participação na administração pública. A que se segue é de Eduardo Garcia de Enterría:

- a) participação orgânica: inserção dos cidadãos, enquanto tais (não como funcionários ou políticos), em órgãos da estrutura do Poder Público; ex. as corporações públicas; administração não corporativa; técnicas de representação de interesses e técnica de colaboração de especialistas.
- b) participação funcional: atuação cidadã fora do aparato administrativo, mas em atividades materialmente públicas, com auxílio ou concordância da Administração; ex. consultas públicas; denúncias; exercício de ações populares; petições e propostas;
- c) participação cooperativa: atuação do cidadão como sujeito privado, sem exercer função materialmente pública, mas em atividades de interesse geral, com apoio do Poder público; ex. atividades de entidades de utilidade pública, entre outras. (MODESTO, 2002, [s.p.])

Segundo Paulo Modesto, Sylvia Zanella Di Pietro sugere uma classificação dicotômica:

- a) participação direta: a realizada sem a presença de intermediários eleitos; exemplifica com o direito de ser ouvido e a enquete (consulta à opinião pública sobre assunto de interesse geral);
- b) participação indireta: a realizada através de intermediários, eleitos ou indicados; exemplifica com a participação popular em órgão de consulta, a participação por meio do *ombudsman* por via do Poder judiciário. (MODESTO, 2002, [s.p.])

A partir dessas tipologias, Paulo Modesto propõe uma classificação a que chama de “instrumentos processuais de participação na administração pública”. Segundo ele, entre os instrumentos empregados na tutela de interesses sociais, podem ser destacados os seguintes:

- a) consulta pública (abertura de prazo para manifestação por escrito de terceiros, antes de decisão, em matéria de interesse geral);
- b) audiência pública (sessão de discussão, aberta ao público, sobre tema ainda passível de decisão);
- c) colegiados públicos (reconhecimento a cidadãos, ou a entidades representativas, do direito de integrar órgão de consulta ou de deliberação colegial no Poder Público);
- d) assessoria externa (convocação da colaboração de especialistas para formulação de projetos, relatórios ou diagnósticos sobre questões a serem decididas);

- e) denúncia pública (instrumento de formalização de denúncias quanto ao mau funcionamento ou responsabilidade especial de agente público; ex.: representação administrativa);
- f) reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos (difere da representação administrativa, pois fundamenta-se em relação jurídica entre o Estado ou concessionário do Estado e o particular-usuário);
- g) **colaboração executiva (organizações que desenvolvam, sem intuito lucrativo, com alcance amplo ou comunitário, atividades de colaboração em áreas de atendimento social direto)**;
- h) *ombudsman* (ouvidor);
- i) **participação ou “controle social” mediante ações judiciais (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entre outras)**;
- j) fiscalização orgânica (obrigatoriedade, por exemplo, de participação de entidades representativas em bancas de concursos públicos, v.g. OAB). (MODESTO, 2002, [s.p.], grifo nosso)

Os fundamentos jurídicos desses instrumentos participativos são fornecidos pela Constituição Federal (por exemplo, art. 5º, XXXIII, XXXIV, “a”, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXVII; art. 10º; art. 37, § 3º; art. 58, II; art. 74, § 2º; art. 132; art. 216, § 1º e art. 225) e pela regulação infraconstitucional (por exemplo, a Lei de Normas Gerais de Processo Administrativo — Lei 9.784/99 —, que prevê consulta pública e cujos artigos 31 a 34 prevêem abertura de consulta pública quando a matéria do processo administrativo envolver assunto de interesse geral).

A consideração dos instrumentos disponíveis para a tutela dos interesses sociais leva Paulo Modesto à conclusão de que a participação popular na administração pública ainda é escassa, embora a ordem jurídica brasileira não seja carente de instrumentos normativos. Segundo o jurista, falta “[...] clara percepção de suas dimensões normativas e a exploração mais atenta das normas existentes” (MODESTO, 2002, [s.p.]).

5.1. Os Instrumentos de Controle e Proteção do Patrimônio Cultural e o Exercício das Funções Estatais no Estado Democrático Contemporâneo

É fato que o Estado de Direito contemporâneo¹⁸ serve-se de um direito renovado por instrumentos de atuação que aproximam a sociedade do Estado e que conferem mobilidade ao cidadão, além de contribuírem na promoção da igualdade e impedirem a “juridicização” total da vida e a “rigidificação” das relações econômicas. Ressalta Perez (2004), a esse respeito, que um Estado com tais características deve intervir na promoção dos direitos humanos ou na sua efetivação, entretanto sem fazê-lo unilateralmente, de cima para baixo, mas mediante a consideração de todas as forças sociais, em meio a elas ou com sua colaboração.

De acordo com Perez (2004), em consonância com essa visão do Estado, “administrativistas” como Gerard Timsit apregoam a utilização pela nova Administração pública (uma administração leve, flexível e fluida)¹⁹ de institutos de delegação de atividades públicas a particulares, com o fito de aumentar o controle global da coletividade sobre essas atividades. Nesse particular, a *participação popular* se articula perfeitamente com os elementos do denominado *Estado de Direito substancial ou material* em favor da efetivação dos direitos fundamentais e do controle dos desvios e abusos cometidos principalmente pela Administração Pública.²⁰

Acontece, porém, que no Estado de Direito Contemporâneo o ordenamento jurídico inspira a participação dos cidadãos no exercício de todas as funções estatais (de

¹⁸ Denominado por Perez (2004, p. 61) também como Estado de Direito Material ou Substancial, “O Estado de Direito é aquele que possui sua atuação pautada pelo Direito (pela Constituição, pelos princípios gerais de Direito, pelas leis e regulamentos”.

¹⁹ Perez (2004) utiliza esses adjetivos para caracterizar o “novo Direito Público”, que privilegia a via convencional em detrimento dos mecanismos coercitivos, sem, no entanto, abandoná-los.

²⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 69) destaca “que a participação popular no Estado de Direito contemporâneo não se dá somente na Administração pública, mas no exercício de todas as funções estatais. Há participação na atuação legislativa, na função jurisdicional e no desempenho da função administrativa”.

legislação, jurisdição e administração). Relacionamos a seguir alguns dos *institutos de participação* que, segundo Perez (2004, p. 27), podem ser assimilados por nosso sistema jurídico:

a) Na atuação *legislativa*:

- 1) sufrágio universal;
- 2) grupos de pressão;
- 3) comissões, que realizam audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, parágrafo 2º, II, da CF) recebendo petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;
- 4) iniciativa popular;
- 5) plebiscito e referendo.

Buscando explicar esses institutos de participação, Perez afirma que:

Na função legislativa, a participação dos cidadãos se dá, primordialmente, através da escolha dos legisladores pelo sufrágio universal, “participação na atribuição do poder”, mas também a veremos na atuação dos chamados grupos de pressão e, particularmente no caso brasileiro, no funcionamento das Comissões que realizam audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, §2º, II, da CF), recebem petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (art. 58, §2º, IV, da CF) e, ainda, na possibilidade de iniciativa popular do processo legislativo (art. 61, caput e §2º da CF) para matérias que não sejam da competência reservada de determinado titular, plebiscito e referendo (art. 14, incisos I e II, da CF). (PEREZ, 2004. p. 63-64)

b) Na função *jurisdicional*:

Perez (2004, p. 64) e outros “administrativistas” advogam que “a efetivação do Estado de Direito obriga que também o judiciário seja participativo, impondo-se a superação do mito da neutralidade do juiz e de seu apoliticismo”. Dinamarco²¹, segundo

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 114-127.

Perez (2004, p. 64), afirma que com essa participação, é possível reconhecer “que o processo (instrumento primordial de atuação do judiciário) nitidamente político, está voltado à consagração do acesso à justiça”.

A participação popular no judiciário se dá por meio de

- 1) instituição do Júri;
- 2) notícia de crime, queixa, representação e formação de conselhos de comunidade;
- 3) acionamento do Poder Judiciário (a ação popular, a ação civil pública, os mandados de segurança individual e coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade).

Perez observa que são muitos os instrumentos de participação popular no Judiciário:

Vão desde a instituição do Júri e de institutos como a notícia do crime, a queixa, a representação e os conselhos de comunidade atuantes na fase de execução criminal, até instrumentos de acionamento do Poder Judiciário, visando à fiscalização da atuação da Administração Pública e do Legislativo, tais como: a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade. (PEREZ, 2004, p. 64-65).

c) Na *Administração Pública*:

Apesar da notória clausura e do tecnicismo de suas decisões, evidentes “na pretensa onisciência dos burocratas e na suposição de que a supremacia do interesse público lhe importaria certo afastamento do interesse dos administrados” (PEREZ, 2004, p. 65), a Administração Pública brasileira consente na participação popular. Nesse caso, os institutos disponíveis são os seguintes:

- 1) petição do administrado;
- 2) criação de conselhos consultivos ou deliberativos;
- 3) enquête;
- 4) audiências e consultas;
- 5) orçamento participativo.

A seu turno, Álvaro Mirra evidencia os mecanismos possíveis da *participação popular* no exercício das funções públicas em geral e, portanto, na defesa do meio ambiente:

(a) *participação popular nos processos de criação do direito ambiental* — que se dá por intermédio da iniciativa popular nos procedimentos legislativos, pela realização de referendos sobre leis e pela atuação de representantes da sociedade civil em órgãos dotados de poderes normativos ou regulamentares, como o Conama (Conselho Nacional do Meio Ambiente); (b) *participação popular na formulação e na execução de políticas públicas ambientais* — que se dá pela atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados incumbidos da formulação de diretrizes e do acompanhamento da execução de políticas públicas ou por ocasião da realização de plebiscitos sobre temas ambientais específicos e de audiências públicas, como aquelas destinadas à discussão de estudos de impacto ambiental; e (c) *participação judicial*, que se concretiza na participação popular por intermédio do Poder Judiciário. (MIRRA, 2005, p. 39)

Tendo em vista o exame dos *instrumentos* de controle e proteção do patrimônio, relembremos os dizeres do art. 216, parágrafo 1º, da CF/88: “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”. Miranda (2006, p. 101) enfatiza que o legislador constituinte “ao fazer ressalvas a outras formas de acautelamento e preservação deixou claro que a enumeração do dispositivo é meramente exemplificativa e trata apenas de alguns dos principais instrumentos vocacionados à tutela do patrimônio cultural brasileiro”.

Os principais instrumentos administrativos, judiciais e legais de preservação do patrimônio cultural, segundo Miranda, são os seguintes:

1) os inventários; 2) os registros; 3) a Vigilância; 4) o tombamento; 5) a desapropriação; 6) a gestão documental; 7) a Ação popular; 8) a Ação Civil Pública; 9) os incentivos e benefícios fiscais; 10) a legislação urbanística; 11) a educação patrimonial; 12) a Participação popular; 12) a legislação urbanística; 13) o mandado de segurança; 14) a educação patrimonial. (MIRANDA, 2006, p. 102)

Devemos observar que, entre as inúmeras alternativas de preservação e proteção, somente o *tombamento* é percebido pela população brasileira como meio “capaz de proteger eficazmente o nosso patrimônio cultural” (MIRANDA, 2006, p. 101). Isso ocorre, segundo Miranda, em razão, talvez, de mau entendimento por parte da população do significado das palavras *preservação* e *tombamento*. Aproveitamos, então, para transcrever aqui os esclarecimentos fornecidos pela administrativista Sônia Rabello de Castro:

Comumente costuma-se entender e usar como se sinônimos fossem os conceitos de preservação e de tombamento. Porém é importante distingui-los, já que diferem quanto aos seus efeitos no mundo jurídico, mormente para apreensão mais rigorosa do que seja o ato de tombamento. Preservação é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação. É importante acentuar este aspecto já que, do ponto de vista normativo, existem várias possibilidades de formas legais de preservação. A par da legislação, há também as atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, caracterizam-se como ações de fomento que têm como consequência a preservação da memória. Portanto, o conceito de preservação é genérico, não se restringindo a uma única lei, ou forma de preservação específica. (CASTRO²² *apud* MIRANDA, 2006, p. 101-102).

5.2. O Espaço Público Não-estatal, as Entidades Civis sem Fins Lucrativos e a Publicização: o plano de reforma do Estado Brasileiro de 1995

No início de 1994, foi criada a Câmara da Reforma do Estado, presidida pelo Ministro Chefe da Casa Civil do Governo Fernando Henrique Cardoso. Pouco depois, já em 1995, foi aprovado o denominado *Plano da Reforma do Aparelho do Estado*,

²² CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 5.

elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE).²³ Na exposição de motivos do plano, foi mencionada a crise brasileira da década de 1980, vista como uma crise também do Estado, que tinha se desviado de suas funções básicas para atuar no setor produtivo, o que teria gerado a deterioração dos serviços públicos. Para solucionar os problemas da Administração Pública burocrática, formal e pouco eficiente, o plano preconizava o estabelecimento no Brasil de uma *Administração de caráter gerencial*, baseada em conceitos modernos de administração e eficiência, e reservava um papel de especial destaque no processo para as *organizações privadas e sem fins lucrativos*.

O ponto central dessa estratégia foi posto em prática com a edição da Medida Provisória n. 1.591, de 07 de outubro de 1997, posteriormente convertida na Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, que, entre outras providências, criou o *Programa Nacional de Plublicização* (art. 20º) e dispôs sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos denominando-as *organizações sociais* (art. 1º).²⁴

Segundo o administrativista Hely Lopes Meireles,

o objetivo declarado pelos autores da reforma administrativa, com a criação da figura das organizações sociais, foi encontrar um instrumento que permitisse a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo Poder Público e que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão. Trata-se de uma nova forma de parceria, com a valorização do chamado Terceiro Setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais. (MEIRELES, 1999, p. 347)

Segundo o modelo previsto pela Lei 9.637, ao Poder executivo é permitido qualificar e implementar a transferência da gestão de bens e serviços públicos a essas entidades privadas, cujas atividades devem ser dirigidas, prioritariamente, *ao ensino*, à

²³ Criado pelo governo para empreender a reforma administrativa.

²⁴ Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998 (DOU DE 15/05/98): "Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências".

pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º).

As pessoas jurídicas de direito privado de que fala a Lei em seu art. 1º (as *organizações sociais*) são aquelas descritas por nós e cujo formato institucional (associação ou fundação) está previsto no art. 53 e seguintes do Código Civil Brasileiro.²⁵

Sobre essas pessoas jurídicas, Paulo Modesto observa que,

A todo rigor, [...], nenhuma entidade é constituída como organização social. Ser organização social não se pode traduzir em qualidade inata, mas em uma qualidade adquirida, resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Público, facultativo e eventual, semelhante em muitos aspectos à qualificação deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o título de utilidade pública. (MODESTO, 1999, p. 199).

Em razão da sua natureza jurídica, essas entidades deverão ser criadas por iniciativa de particulares, que não podem se esquecer de que, nos estatutos sociais, devem estar explicitados o *interesse social* e a *utilidade pública* das atividades que propõem a desenvolver (art. 11º), além de estar vedado, expressamente, o exercício de atividades lucrativas (art. 2º, I, b). Ainda nos exatos termos da lei, essas entidades não dependem de concessão ou permissão do Poder Executivo para o exercício de suas atividades, mas devem receber dele uma *qualificação especial*, que as torne aptas para celebrar um *contrato de gestão* com o Estado para o desenvolvimento de atividades de relevante valor social, em regime distinto da concessão, permissão ou autorização (art. 5º a 10º).²⁶ Frisamos, além disso, que a partir do momento em que são qualificadas como *organizações sociais*, tais entidades passam a ser reconhecidas, fiscalizadas e

²⁵ Ver mais detalhes no item 4.3 deste trabalho.

²⁶ Essa qualificação, segundo Belarmino José da Silva Neto (2002, [s.p.]), é que torna as entidades civis sem fins lucrativos (associações e fundações) “[...] aptas a celebrarem um contrato de gestão com a Administração, sendo aquela a porta de entrada, o elo ensejador permissivo, que conduz à celebração daquela avença”.

fomentadas pelo Estado,²⁷ e suas atividades, em algum momento, poderão ser aquelas típicas da Administração Pública.

Belarmino da Silva Neto (2002, [s.p.]) observa que o modelo das *organizações sociais* “foi calcado na gestão implementada no Reino Unido, a partir de 1986, por Margareth Thatcher, com a criação pelo governo britânico dos ‘corpos público não-departamentais’, também chamados de *Quangos* — quase *autonomous non governmental organizations*”.

5.2.1. A EC 19/98, o contrato de gestão e a participação das entidades civis sem fins lucrativos na *Administração Pública Gerencial*

A proposta de uma *Administração Pública Gerencial* teve seus princípios básicos lançados no "Plano Diretor da Reforma do Estado brasileiro", cujo mentor, conforme já dissemos, foi o ex-Ministro Bresser Pereira, para quem ela se apresentava como uma

[...] nova forma de gestão da coisa pública mais compatível com os avanços tecnológicos, mais ágil, descentralizada, mais voltada para o controle de resultados do que o controle de procedimentos, e mais compatível com o avanço da democracia em todo o mundo, que exige uma participação cada vez mais direta da sociedade na gestão pública. (LIMA, 2000, [s.p.]).

A Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 1998, conhecida como *Reforma Administrativa*, recepcionou vários fundamentos do Plano Diretor de Reforma do Estado Brasileiro, constituindo um significativo avanço para disciplinar a atividade do Estado, tomando como base a qualidade do serviço prestado e a efetiva *participação do usuário*.

²⁷ Quando falamos em recursos orçamentários, leia-se apoio financeiro através de subvenções públicas, dotações orçamentárias, isenções fiscais etc., o que lhes traz o ônus de passarem a ser fiscalizadas permanentemente.

Com efeito, entre outras modificações, a EC/98 alterou o § 8º do art. 37 da Constituição Federal,²⁸ dispositivo que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, muito embora não fizesse referência expressa ao *contrato de gestão*, é a ele que, na realidade, estava se referindo (LIMA, 2000).

Os contratos de gestão, em sentido *lato*, são aqueles que podem ser realizados com os entes da Administração Pública indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas), com os órgãos da Administração Pública direta e, também, com pessoas jurídicas de direito privado, qualificadas como organizações sociais.²⁹ A Lei 9.637/98, que instituiu o contrato de gestão a ser entabulado com as organizações sociais (art. 5º), previu também que a função primeira desse contrato é permitir que o controle de bens patrimoniais, a cessão de serviços e a obtenção de recursos públicos fiquem à disposição das entidades e aferir as metas alcançadas, em contraponto aos convênios antes entabulados, que condicionavam o repasse de recursos às entidades privadas sem fins lucrativos à execução de determinado objeto.

Jessé Torres Pereira Júnior (1999) afirma que o *contrato de gestão* constitui campo novíssimo na experiência administrativa internacional, conhecida como “regulática”, da qual decorre a abstenção crescente do Estado da execução, que delega

²⁸ “Art. 37. [...] § 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - remuneração do pessoal”.

²⁹ Um dos modelos de *contrato de gestão*, na esfera específica dos entes públicos, segundo Jessé Torres Pereira Júnior, visaria delegar às agências executivas (autarquias e fundações públicas assim reconhecidas) “o poder regulamentar e fiscalizatório do Estado sobre a execução da prestação de serviços públicos essenciais, notadamente em atividades de infra-estrutura ou de exercício das profissões, desvinculando as autarquias e fundações executivas de laços funcionais e hierárquicos com o Estado” (LIMA, 2000, citando Jessé Torres Pereira Júnior. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 47). Ainda a respeito desse tipo de contrato, Lima (2000, [s.p.]) afirma que a sua inserção no texto da atual Carta Magna “veio fornecer respaldo constitucional aos contratos dessa natureza que vinham sendo firmados entre o Poder Público e as autarquias e fundações públicas através de decretos inconstitucionais, ao mesmo tempo em que possibilitou a firmação desses ajustes também entre o Governo central e órgãos da Administração direta”. Concluindo, a autora diz que a Emenda nº19/98 “instrumentalizou a modernização da Administração, através da atenuação da rigidez de tratamento a que se encontrava tradicionalmente submetida, viabilizando, inclusive, a concessão de maior autonomia aos seus entes e órgãos, em troca do cumprimento de diretrizes e metas pré-fixadas” (LIMA, 2000, [s.p.]).

ou entrega a terceiros, mantendo para si apenas a tarefa de fiscalizar e regular. Seria então um claro reflexo da “minimização” do Estado.³⁰

A Emenda Constitucional nº 19/98, segundo Lima (2000, [s.p.]), traduz, em nosso Ordenamento Jurídico, o Estado do próximo milênio idealizado por Massimo Giannini, o qual deverá ser “estruturado no sentido da atenuação dos aspectos mais autoritários da Administração Pública e da extrema valorização da participação, do consenso e da interação entre os mais diversificados centros de decisão individuais e coletivos da sociedade”.

Concluindo, podemos afirmar que, se a Reforma representou apenas mais um passo em direção à concretização do processo de descentralização e privatização pretendido pela política econômica do Governo Fernando Henrique, é indubitável, contudo, que ela trouxe avanços, como a constitucionalização do *princípio da eficiência* na Administração Pública brasileira.³¹

³⁰ Segundo Lima (2000, [s.p.]), “Os contratos administrativos, apesar de suas peculiaridades, devem obediência aos princípios gerais dos contratos de direito privado, inclusive com relação aos seus pressupostos e requisitos”. Orlando Gomes (1992, p. 45-46) distingue requisitos de pressupostos, ao afirmar que “pressupostos são condições para o desenvolvimento do contrato, que devem estar presentes no momento em que o contrato se realiza”. São eles: 1) a capacidade das partes; 2) a idoneidade do objeto e 3) a legitimidade para realizá-lo. Já os requisitos seriam os elementos indispensáveis a validade de qualquer contrato, nos quais se incluem: 1) o consentimento; 2) o objeto e 3) a forma. Com relação à capacidade das partes, Lima lembra que consiste na aptidão para realizar o objeto e cita Caio Mário da Silva Pereira (1970, p. 24), para quem “os contratantes devem estar aptos a emitir validamente a sua vontade”, de modo que só a lei poderá estabelecer restrições à capacidade de contratar, ou de celebrar determinado contrato.

³¹ Os *princípios constitucionais* que norteiam a Administração Pública foram acolhidos pela EC 19/98, mantendo-se intactos os fundamentos do artigo 37, *caput*, da CR/88 (legalidade, moralidade, publicidade, economicidade) com a introdução do *princípio da eficiência*, o qual procura reduzir os gastos públicos, atendendo, em escala mais ampla, os princípios da economicidade e legitimidade dos gastos públicos. Todos esses princípios, segundo previsão expressa do art. 7º da Lei 9.637/98, deverão ser observados quando da elaboração do *contrato de gestão* com as *organizações sociais*.

5.3. A Contribuição da Lei 9.790/99 (Lei das OSCIP's) para o Fortalecimento da Sociedade Civil Organizada na Promoção e Defesa do Bem Ambiental Arqueológico

Conforme já explicitamos neste trabalho, a Constituição Federal coloca em pé de igualdade a proteção do patrimônio histórico e cultural e a do meio ambiente como um todo. Com efeito, há quem entenda que, ao dispor sobre a promoção cultural através de organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP's), a Lei 9.790/99, reforço constitucional das associações, veio compor a legislação brasileira básica³² que visa dar cumprimento aos preceitos constitucionais protetivos (MUKAI, 2002).

Seguindo as orientações do Plano de Reforma do Estado de 1995, essa legislação foi devidamente regulamentada pelo Decreto 3.100/99 e se afigura como um dos mais importantes instrumentos legais do *Terceiro Setor*. Ela rege a relação formal entre a *Administração Pública* e a *sociedade civil organizada e legalizada*, prevendo uma nova qualificação para pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (associações civis ou fundações), a possibilidade de repasse de verbas públicas e o efetivo controle da administração pública através do denominado *contrato de parceria*.³³

Conforme já anotamos, com o crescimento do associativismo voluntário, as entidades que realmente buscavam fins públicos em suas atividades, atuando como representantes de importantes segmentos da sociedade civil, precisavam entabular parcerias com os órgãos governamentais, prestando contas com grande transparência e

³² Ver o esboço geral da legislação sobre o patrimônio cultural arqueológico no item 1.4.1.

³³ Conforme já dissemos no item 4.3, essa relação jurídica, como regra geral das liberdades individuais previstas na lei brasileira, pode ou não ser selada pelas entidades do denominado Terceiro Setor e depende do cumprimento de vários requisitos formais e burocráticos pela entidade. O "título público" ou "Termo de Parceria", conferido pelo governo federal, pode ser obtido por associações civis e fundações privadas mediante requisitos e procedimentos objetivos estabelecidos na Lei. Ele visa facilitar e desburocratizar o acesso das organizações da sociedade civil sem fins lucrativos a fundos públicos. Atualmente, as entidades que não possuem esse título relacionam-se com a Administração Pública através de convênios, instrumento jurídico usado pelo setor público para regular a transferência de recursos para ONGs.

publicidade, mantendo agilidade e efetividade em seus projetos, características marcantes do *Terceiro Setor*.³⁴ Em função disso, contando com a participação de instituições representativas do Terceiro Setor, principalmente a Associação Brasileira de ONG's (Abong) e o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (Gife), entidade que congrega as principais fundações empresariais no Brasil, e após duas amplas rodadas de consulta à sociedade civil e ao Estado, promovidas pelo *Conselho da Comunidade Solidária* entre 1997 e 1998, foi encaminhado um projeto de lei (n. 4.690/98, de 28/07/98)³⁵, que mais tarde deu origem à lei 9.790/99, devidamente regulamentada em 30/06/99 pelo Decreto n. 3.100. Na própria exposição de motivos do projeto de lei, podemos constatar que o fortalecimento do Terceiro Setor, no qual se incluem as entidades da sociedade civil de fins públicos e não-lucrativos, constitui hoje uma orientação estratégica nacional em virtude da sua capacidade de gerar projetos, assumir responsabilidades, empreender iniciativas e mobilizar recursos ao desenvolvimento social de país.

Diferentemente dos títulos de *Utilidade Pública* fornecidos pelos Poderes Públicos em suas várias esferas (Federal, Estadual e Municipal), o de *qualificação como OSCIP* é um direito da pessoa jurídica (associação, fundação), desde que ela cumpra os rigorosos requisitos do Ministério da Justiça e esteja apta a dar publicidade à sua movimentação econômico-financeira.³⁶ Porém, conforme exaltamos no item 4.3, os benefícios advindos

³⁴ Há quem lance críticas à aplicação dos preceitos da Lei 9.790/99, afirmando que, apesar dos seus avanços, o Terceiro Setor ainda carece de uma lei de incentivos fiscais clara e objetiva e o próprio governo necessita "aprender" a trabalhar com as OSCIPs do país através do Termo de Parceria. José Renato Nalini (2001, p. 227) observa que, "Embora seja um avanço, a normatividade vigente não cuida de instrumentos de impulsão do desenvolvimento autônomo dessas pessoas jurídicas. Enquanto em outros países os recursos para o funcionamento das entidades do Terceiro Setor provêm do setor público, aqui existe uma clara resistência da área econômica governamental por dotá-las de meios financeiros".

³⁵ Outra novidade desse período na legislação pátria foi a trazida pela lei nº 9.608, de 10/02/1998, que dispõe sobre o *Serviço Voluntário*, possibilitando à entidade sem fins lucrativos trabalhar com voluntários através de um *Termo de Adesão* específico, evitando riscos inerentes à tipificação do vínculo empregatício entre o voluntário e a entidade na forma prevista no art. 3º da CLT.

³⁶ Outra novidade da Lei das OSCIPs é permitir a remuneração dos dirigentes da entidade, o que implica a perda de isenção de impostos e do direito a alguns benefícios. Por outro lado, as OSCIPs agora podem receber doações dedutíveis no Imposto de Renda de Pessoa Jurídica. A lei nº 9.249/95, que permite a dedução no Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas de até o limite de 2% sobre o lucro operacional das doações efetuadas a entidades civis consideradas de Utilidade Pública, passa a abranger também as entidades qualificadas como OSCIP, de acordo com a Medida Provisória nº 2113-32, de 21 de junho de 2001,

do título de OSCIP não são os mesmos para as entidades filantrópicas, de utilidade pública e as ONGs inscritas no CNAS.

Na visão da Abong, a Lei buscou reconhecer o caráter público de um conjunto de organizações da sociedade civil até então não reconhecidas pelo Estado, criando um novo sistema classificatório para diferenciar as organizações sem fins lucrativos de interesse público daquelas de benefício mútuo e caráter comercial. O maior problema da lei das OSCIP's, segundo a Abong, pode ser constatado na baixa adesão de suas associadas que buscaram o título de qualificação como OSCIP (2,04% - dado de 2001), o que pode indicar

[...] tanto a sua recente instituição, como a falta de uma política concreta de fomento a essas organizações que deveria acompanhar a implantação do Marco Legal. Pode indicar também uma resistência por parte das associadas de se filiarem a uma legislação produzida no contexto de uma conjuntura de governo que vê as ONGs muito mais como executoras/ prestadoras de serviços do que parceiras na elaboração, gestão e monitoramento de políticas públicas.³⁷

A informação animadora para o setor, conforme nos informa Nalini, é que existe hoje um

[...] consenso internacional, envolvendo agências multilaterais muito respeitadas no Brasil — diga-se Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento, União Européia, PNUD, UNICEF, UNESCO, OECD — no sentido de que é fundamental atuar em prol do fortalecimento das entidades da sociedade civil. Muitas dessas instituições já financiam projetos em nosso país e a tendência é o reforço nessa parceria, se os projetos consistentes forem exitosos, pois a cidadania atenta é muito mais confiável do que o governo que, no mundo todo, está sob suspeita. (NALINI, 2001, p. 226)

artigos 59 e 60. O mecanismo tradicional de incentivo à responsabilidade social dos empresários e à filantropia privada é a possibilidade de dedução das doações da base tributável do Imposto de Renda. Da perspectiva das entidades, as doações das pessoas jurídicas constituem hoje uma fonte importante de sustentabilidade financeira. À exceção da isenção do Imposto de Renda, acessível a todas as entidades sem fins lucrativos que obedecem às determinações constantes do art. 15 da Lei 9.532/97, as OSCIPs não tinham, até então, acesso a nenhum incentivo fiscal. A aceitação, pela Secretaria da Receita Federal, da inclusão das OSCIPs no universo das entidades beneficiárias de doações dedutíveis do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas é mais um passo na direção da mudança do marco legal do Terceiro Setor. Ainda falta a possibilidade de dedução das doações no Imposto de Renda das Pessoas Físicas.

³⁷ Disponível em: <<http://www.abong.org.br>>.

5.4. Algumas Considerações

Após a leitura deste capítulo, bem como dos anteriores, podemos concluir que, apesar de encontrarmos no Brasil uma forte presença do Estado, a ineficiência da Administração Pública dá ensejo ao surgimento de alternativas de defesa dos interesses coletivos, como aquelas, por exemplo, que priorizam a atuação do terceiro setor, que comporta “organizações privadas que possuem algum grau de institucionalização organizacional, sem finalidades lucrativas, auto-governadas e que estimulam a participação voluntária” (MORAIS, 2005, p. 114).

Podemos concluir também que, ilimitados e inesgotáveis, os institutos de participação popular são necessários à efetivação dos direitos fundamentais da coletividade, uma vez que são condição de concretização da democracia e do Estado de Direito contemporâneos. Não é por acaso que a Constituição Federal brasileira de 1988 consagra, na promoção e defesa do meio ambiente, *a atuação conjunta do Estado e da sociedade civil* (arts. 225 e 216 § 1º), determinando uma interação entre Administração Pública e Sociedade por meio de variados institutos participativos, conforme vimos neste capítulo. Em consonância com essa determinação, a legislação infraconstitucional derivada prevê ou inspira a criação de *institutos participativos* da sociedade junto à Administração Pública. Conforme diz Fiorillo, o fato de a administração do bem ambiental ficar sob a custódia do Poder Público não exclui o dever do povo de atuar na sua conservação e preservação. Assim, o que a legislação infraconstitucional sugere é, em outros termos, a possibilidade de as organizações ambientalistas, os sindicatos, as indústrias, o comércio, a agricultura e tantos outros organismos sociais representarem os direitos e deveres coletivos, comprometendo-se com a defesa do meio ambiente.

Como já expusemos na introdução deste trabalho, nosso objetivo precípuo é estabelecer a densidade possível dos princípios abstratos que se encontram delineados

na Constituição e, portanto, deverem ser zelados plenamente. Desse modo, queremos evidenciar um instrumental de participação mais eficaz do que a simples ação (que, no entanto, não deixa de ser valiosa) de pedir, exigir e fiscalizar a execução do compromisso político assumido por toda a sociedade brasileira.

Com efeito, não faltam propostas para a efetivação do controle e da defesa dos bens ambientais, mas são poucas as que se aproximam das premissas deste trabalho³⁸, concebendo a participação da sociedade civil organizada nos moldes do Terceiro Setor como o meio mais eficaz para o cumprimento dos cânones constitucionais. Esse setor, de acordo com Sabo Paes, “tem caráter estratégico da maior importância em qualquer sociedade que se preocupe com o desenvolvimento social e a consolidação de valores democráticos pluraristas, comprometidos com a solidariedade humana e o sentido de comunidade” (MORAIS, 2005, p. 114).

Em estudo que dialoga com o nosso, Durval Salge Jr. (2003), por exemplo, sugere a atuação direta das *entidades civis sem fins lucrativos* no controle e na defesa do bem ambiental, mas lembrando que a União possui atualmente a melhor estrutura organizacional do país para isso, enquanto essas entidades não estão aparelhadas para “competir” com a da Federação, embora possuam “certa estrutura” (aspectos materiais e humanos, por exemplo).³⁹ Alinhando seu pensamento com as previsões insertas no art. 225 da Constituição Federal, o professor propõe que o processo de controle e defesa do bem ambiental seja realizado de forma “híbrida” entre o ente Federado e as entidades civis sem fins lucrativos, aproveitando, por exemplo, a estrutura do Ministério Público Federal e a participação da Ordem dos Advogados do Brasil.⁴⁰

³⁸ Ver nossas justificativas no item 4.2.

³⁹ Outras sugestões de controle e defesa do bem ambiental podem ser encontradas em SALGE JR. (2003, p. 131-138).

⁴⁰ Sobre a participação da Ordem dos Advogados do Brasil no controle e na defesa do bem ambiental, Durval Salge Jr. (2003, p. 133) sugere a criação de uma Secretaria especial, “porquanto a OAB tem por finalidade defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (art. 44, inciso I, Lei n. 8.906/1994)”. De acordo com Salge Jr. (2003, p. 134) “A OAB participaria da Agência Nacional para defesa do bem ambiental, com estrutura funcional própria e não manteria qualquer vínculo de subordinação, em atendimento ao parágrafo 1º, do art. 44, da Lei n. 8.906/1994”.

Sobre a participação das entidades civis sem fins lucrativos, Durval defende que, com base em seus estatutos ou regulamentos internos, elas sejam cadastradas previamente por uma organização pública executiva denominada *Agência Nacional*.⁴¹ Ordenando a participação dessas entidades no processo logístico de defesa e controle da sadia qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana, entre outros valores, a *Agência Nacional* recorreria à seguinte classificação:

- I - permanentes – assim consideradas aquelas de auxílio imprescindível à defesa e controle do bem ambiental;
- II - temporárias – assim consideradas aquelas que prestarão colaboração por determinado período de tempo, que poderia variar entre dois a cinco anos com direito a recondução por igual período;
- III - esporádicas – assim consideradas aquelas que prestarão colaboração em algum ato ou intervenção de controle e defesa, convidadas pela Agência. (SALGE JR., 2003, p. 134)

O professor José Luiz de Moraes, por sua vez, nos transmite a sua experiência pioneira com a gestão social do patrimônio arqueológico mediante a atuação do Terceiro Setor. Segundo ele, a participação da sociedade civil pode ser realizada por uma associação que

[...] sem ser universidade ou mesmo empresa especializada pode vir a se consolidar como núcleo de referência, alheia à competitividade própria do universo dos negócios, propondo e investindo em modelos e implementando ações junto a comunidades locais, mormente carentes de assistência técnica para o planejamento e a implantação de projetos de alcance social. (MORAIS, 2005, p. 113)

Esses projetos poderiam ser aqueles “relacionados com o uso turístico de bens culturais locais ou, mesmo, o restauro e revitalização desses bens” (MORAIS, 2005, p. 113).

⁴¹ Durval Salge Jr. (2003, p. 132) sugere a criação da *Agência Nacional* para controle e defesa do bem ambiental a ser concretizada, segundo ele, por um ato governamental ou legislativo. Segundo Durval, essa Agência teria um comitê executivo constituído por: 1) um representante do Ministério do Meio Ambiente; 2) um do Ministério dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; 3) um do Ministério da Saúde; 4) um do Ministério da Ciência e Tecnologia; 5) um do Ministério do Planejamento e Orçamento; 6) um do Ministério da Justiça; 7) um do Ministério da Cultura; 8) um do Ministério Público Federal; 9) um da Ordem dos Advogados do Brasil; 10) membros, em número igualitário, pessoas naturais integrantes de entidades não governamentais e entidades privadas criadas para esse fim.

Como Presidente da Associação ProjPar⁴², Morais atesta que a ação de ONGs é uma experiência nova quando se trata de assuntos de valorização do patrimônio arqueológico. Não obstante, a associação sob seu comando “vem se consolidando como núcleo de referência arqueológica no universo das relações entre as organizações não governamentais e os diferentes órgãos dos três níveis do sistema federativo brasileiro” (MORAIS, 2005, p. 113).⁴³ Isso ocorre, segundo Morais (2005), porque a ProjPar é uma organização de cunho social que atua em favor da valorização do patrimônio arqueológico e da evolução e inclusão social, alinhando-se, portanto, com o preceito inserto no art. 216, parágrafo 1º da CF/88.

Os trabalhos de Salge Jr. e Morais são exemplos de uma abordagem singular e paradigmática do texto constitucional, embora seja possível a adoção de incontáveis outros “modelos” de participação, a partir do tecido associativo, na promoção e tutela do meio ambiente cultural. Isso já está sendo possível porque o sistema jus-político brasileiro vem, há algum tempo, adotando medidas com o fito de conferir um *caráter gerencial* à Administração Pública, tomando como base conceitos modernos de administração e eficiência. Nesse processo, um papel de especial destaque foi reservado às *organizações privadas e sem fins lucrativos*. É o que se sucedeu, como vimos, com a adoção de princípios do inovador Plano de Reforma do Estado Brasileiro de 1995,

⁴² José Luiz de Morais, doutor em Arqueologia Brasileira, é Prof. Titular do Museu de Arqueologia e Etnologia da USP e Presidente da Associação Projeto Paranapanema. “O Projeto Paranapanema foi idealizado por Luciana Pallestrini em 1968, a partir da integralização das escavações dos sítios Fonseca (Itapeva, SP), Jango Luís (Campina do Monte Alegre, SP) e Alves (Piraju, SP). A partir de 1987, sua coordenação ficou a cargo de José Luiz de Morais, que redefiniu seus objetivos pela inserção de projetos de salvamento arqueológico. Desde 1993, o ProjPar vem ampliando seus propósitos, inserindo os princípios do movimento ambientalista relacionados com a valorização do meio ambiente cultural das comunidades da bacia do Rio Paranapanema, que se distribui entre os estados de São Paulo e do Paraná. Em 2000, a partir da aquisição de personalidade jurídica como ONG, o ProjPar definiu como missão criar condições favoráveis para o estudo, proteção e divulgação do patrimônio cultural e ambiental, colaborando para o desenvolvimento da comunidade pelo incentivo à participação coletiva. Os principais eixos temáticos de sua atuação incluem a arqueologia no licenciamento ambiental, as geotecnologias aplicadas à arqueologia, o patrimônio arquitetônico, urbanístico, ambiental e paisagístico e as políticas públicas e a gestão patrimonial” (MORAIS, 2005, p. 115).

⁴³ Morais relaciona alguns trabalhos implementados pelo ProjPar: “Convênio com o Município de Piraju para a execução do projeto Estação da Memória, que inclui o restauro da Estação Ferroviária de Piraju (projeto original de Ramos de Azevedo); termo de cooperação com a Prefeitura do Município de Santa Cruz da Conceição para a execução do estudo de arqueologia preventiva necessário para o licenciamento do distrito industrial; termo de cooperação com o IPHAN – 9ª SR, para o desenvolvimento do projeto Patrimônio e geotecnologias” (MORAIS, 2005, p. 115).

através da edição da EC 19/98, da Lei 9.637/98 e da Lei 9.790/99 e seu Decreto regulamentador n. 3.100.⁴⁴

⁴⁴ Não precisamos ser prescientes para constatar a presença daqueles que se contrapõem aos objetivos do Estado Democrático, buscando impor a sua leitura deturpada dos postulados fundamentais da democracia através de nefastos e anacrônicos *projetos de lei* (alguns transitando hoje no Congresso Nacional), cuja deformidade jurídica e inadequação política acabam por atingir as entidades do Terceiro Setor. Citamos como exemplo o PL 07/2003, representativo do “anacronismo das leis quando regulam fatos sociais sem deles ter origem direta” (MARTINS, 2004, [s.p.]).

CAPÍTULO 6

As Associações Cíveis e a Defesa Judicial do Bem Ambiental

Arqueológico: as ações ambientais de efetivação da participação popular via acesso ao judiciário como componente do Estado

Ambiental de Direito

O Legislador Constituinte de 1988 destinou ao Poder Judiciário

[...] a função preponderante de apreciar lesões ou ameaças a quaisquer direitos de brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5º, XXXV), com finalidade de resolver no plano normativo todo e qualquer litígio (enquanto conflito de interesses) ou mesmo acusação (não só enquanto atribuição de falta, infração ou evidentemente crime, mas também enquanto estigmatização, imputação, qualificação etc.) eventualmente submetida a esse poder. (FIORILLO, 2004b, p. 86)

Nessa proficiente lição de Fiorillo, a função destinada do Poder Judiciário garante

a brasileiros e estrangeiros residentes no País a possibilidade de defender em juízo os direitos materiais ambientais lesados ou ameaçados por meio de todas as espécies de ações ambientais com capacidade de propiciar a adequada e efetiva tutela de aludidos direitos, o que significa desenvolver, no plano das ações, o conteúdo do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (princípio do devido processo legal) como princípio fundamental do processo ambiental. (FIORILLO, 2004b, p. 86)

Amandino Nunes Jr. (2005), na mesma linha de pensamento, explica que a proteção do meio ambiente, um patrimônio comum de todas as forças sociais, deve ser realizada através do *amplo acesso de todos ao Poder Judiciário*, com a garantia do devido processo legal para as questões ambientais. Esse acesso ao judiciário pelo povo¹, como destinatários do direito ambiental, nada mais é do que o indicativo de uma efetiva concretização dos princípios da prevenção, *da participação* e da responsabilização, além de ser um componente indispensável do *Estado Ambiental de Direito*.

A Constituição Federal de 1988 é clara ao afirmar que os bens reputados constitucionalmente essenciais à sadia qualidade de vida pertencem ao povo (brasileiros e estrangeiros residentes no País)², que “[...] tem possibilidade efetiva de requerer a tutela jurisdicional (acesso ao poder Judiciário) visando à apreciação de toda e qualquer

¹ Segundo o conceito político de povo, Fiorillo (2004b, p. 79) diz que os “[...] indivíduos que falam a mesma língua, têm costumes e hábitos assemelhados, afinidade de interesses em princípio, história e tradições fundamentalmente comuns é quem exerce a titularidade em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado dentro de uma nova visão constitucional plenamente adaptada aos interesses de uma “sociedade de massa”.

² Nesse caso, o termo povo compreende “[...] as pessoas humanas apontadas em face de sua condição de cidadania, abarcadas que são pela soberania no plano de nossa Constituição Federal (brasileiros e estrangeiros residentes no País)” (FIORILLO, 2004b, p. 80).

ameaça aos bens ambientais, desde que devidamente informado de seus direitos constitucionais” (FIORILLO, 2004b, p. 79). Assim, segundo Fiorillo, o povo deve conhecer não só seus direitos materiais, mas também as diferentes possibilidades de se organizar em proveito da defesa dos bens ambientais. É este conhecimento, com base na orientação constitucional estabelecida, que o presente trabalho tem em vista.

Com efeito, conforme já explicitamos, o sistema constitucional brasileiro

[...] adotou duas orientações fundamentais no que se refere à possibilidade de o povo agir em proveito da defesa dos bens ambientais diante do que estabelece o devido processo legal: o direito de agir individual (pessoa física) e o direito de agir de forma organizada (pessoas físicas organizadas). (FIORILLO, 2004b, p. 80)

De acordo com a primeira orientação, o povo ingressa com uma *ação ambiental individual*, *Ação Popular*,³ segundo a hipótese estabelecida no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Essa ação pode ser proposta por qualquer cidadão, pessoa física, que tenha *legitimidade ativa*⁴ para solicitar ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a bens ambientais. Além disso, o cidadão deve observar o que dispõe o art. 133 da Constituição Federal: Art. 133 da CF/88: “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

De acordo com a segunda orientação, pode o povo organizar-se por meio dos legitimados ativos definidos pela Constituição Federal (§ 1º do art. 129 da CF/88) para promover o ajuizamento de ações ambientais com o fito de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esses legitimados ativos, que se responsabilizarão pela condução do processo judicial, são, segundo Fiorillo, o Ministério Público e os terceiros

³ Art. 5º, LXXIII – Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (ver também redação da *Lei de Ação Popular: Lei n. 4.717, de 29-6-1965*).

⁴ Fiorillo (2004, p. 84) cita o professor Barbosa Moreira como o pioneiro no sentido de destacar a necessidade de superar a visão de legitimidade ativa para propositura de ações judiciais única e exclusivamente a partir do que estabelece tão-somente o art. 6º do Código de Processo Civil (lei n. 5.869/73).

concebidos na condição de pessoas jurídicas de direito público, de direito privado e na própria instituição da família.⁵

Ressaltamos, entretanto, que a utilização dos mecanismos atuais de instrumentalização da tutela jurisdicional do meio ambiente⁶, a que Fiorillo denomina de *tutela jurisdicional preventiva*, depende do desenvolvimento de uma política de *educação ambiental*. É necessária, como observa o professor, a promoção de:

- a) conhecimento por parte dos brasileiros e estrangeiros residentes no país de seus direitos constitucionais vinculados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;⁷
- b) conhecimento por parte dos brasileiros e estrangeiros residentes no País de seus direitos constitucionais vinculados à possibilidade de se organizarem em associações, sindicatos, etc.;
- c) conhecimento por parte dos brasileiros e estrangeiros residentes no país de seus direitos vinculados a fazer funcionar as funções essenciais à justiça em defesa do meio ambiente (Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública), conforme definido na Carta Magna;
- d) possibilidade real e efetiva de amplo e geral acesso ao Poder Judiciário, de forma individual (ação popular) ou de forma organizada (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, etc.), visando à apreciação de toda e qualquer ameaça ao direito ambiental. (FIORILLO, 2004b, p. 78)

Assumindo um ponto de vista semelhante, Mirra (2005, p. 39) diz que “a participação popular por intermédio do Poder Judiciário constitui mecanismo indispensável à instauração e à efetivação do regime democrático-participativo em defesa do meio ambiente”. O autor ainda nos alerta para o importante fato de que

[...] nas opções legislativas concernentes à legitimidade ativa para as demandas ambientais, não podem ser jamais excluídas soluções que implementem tal modelo participativo judicial. Em matéria ambiental,

⁵ Segundo Fiorillo (2004b, p. 83), a participação dos “[...] legitimados ativos já referidos, terá, por meio das ações ambientais, a finalidade de resguardar os bens ambientais, o que será efetivado a partir das sentenças elaboradas pelos órgãos investidos de poder e, de forma definitiva, com a existência da coisa julgada”.

⁶ Mecanismos processuais similares podem ser encontrados no Direito Americano (a *class action*) e, em Portugal (a *acção popular*) (NUNES JUNIOR, 2005).

⁷ Referindo-se a esse conhecimento, Fiorillo (2004b, p. 78) cita a Lei n. 9.795/99, que, “[...] ao dispor sobre a educação ambiental e instituir a política Nacional de Educação Ambiental, regulamentou o art. 225, VI, da Carta Magna exatamente com a finalidade de promover os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (art.1º)”. Segundo o professor, “Reconhecida no plano normativo como um componente essencial e permanente da educação nacional, a educação ambiental, por força de lei, deve estar presente de forma articulada em todos os níveis e modalidades do processo educativo em caráter formal e não formal (art. 2º)” (FIORILLO, 2004b, p. 78).

portanto, não é qualquer solução para a legitimatio ad causam ativa que pode ser considerada válida; apenas aquela suscetível de assegurar a participação da sociedade na defesa desse bem de uso comum do povo. (MIRRA, 2005, p. 40).⁸

Citando Cândido Rangel Dinamarco, Mirra observa que o

[...] processo efetivo, modernamente, é aquele apto a cumprir não apenas a sua função jurídica, de realizar o direito, como também a sua função social, de eliminar insatisfações com a justiça e servir como meio de educação para o exercício e o respeito aos direitos, e, ainda, a sua função política, de servir, precisamente, de canal para a participação do cidadão comum nos destinos da sociedade. (DINAMARCO⁹ *apud* MIRRA, 2005, p. 40)

Com efeito, seriam “[...] três, na atualidade, os escopos da jurisdição e do sistema processual como um todo: jurídicos, sociais e políticos. E, dentre os escopos políticos a serem atingidos com o exercício da jurisdição, está a canalização da participação democrática na determinação dos destinos da sociedade política” (DINAMARCO¹⁰ *apud* MIRRA, 2003, p. 40).

Mirra registra, ainda, as palavras de Dinamarco a respeito dos modos pelos quais o sistema processual pode atuar politicamente:

São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a função jurisdicional tem a missão

⁸ Explicando essa assertiva, Mirra (2005, p. 40) afirma que “um determinado instrumento processual cuja disciplina legal restringisse a legitimidade ativa em defesa do meio ambiente apenas aos entes estatais e paraestatais acabaria por violar o sistema constitucional pátrio, garantidor da participação popular na preservação da qualidade ambiental igualmente por intermédio do Judiciário”. Segundo o jurista, “a participação judicial na defesa do meio ambiente está inserida no tema da efetividade do processo, tema de grande atualidade na teoria do direito processual” (MIRRA, 2005, p. 40).

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 330.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 331.

institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições. (DINAMARCO²⁶ *apud* MIRRA, 2005, p. 40)

No tocante ao valor *participação*, Mirra (2005), citando Dinamarco (2003), diz que a Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos políticos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.

Na mesma linha de pensamento de Fiorillo, quando ele explicita a possibilidade real e efetiva de amplo e geral acesso ao Poder judiciário, Mirra, ainda segundo Dinamarco, afirma que se tem

participação democrática, portanto e bastante significativamente, na ação popular, onde se vê o cidadão contribuindo para a fiscalização da moralidade pública e podendo criar condições para o anulamento de atos lesivos ao patrimônio público; e também nas demandas relativas ao meio ambiente, com os indivíduos reunidos em associações constitucionalmente permitidas e asseguradas, canalizando ao Estado, através do juiz, a sua denúncia de atos ou atividades lesivas ao patrimônio comum e o pedido da solução socialmente adequada. No processo da ação popular e nos relativos ao meio ambiente, a jurisdição é exercida com os objetivos imediatos de cada um e (sem considerar agora o escopo social de eliminar insatisfações) também com vistas a institucionalizar a participação do indivíduo na determinação dos destinos da sociedade política. Eis outro escopo político da jurisdição e do sistema processual. (DINAMARCO²⁷ *apud* MIRRA, 2005, p. 40)

Mirra observa

[...] que a modalidade de participação política por intermédio do Poder Judiciário tem plena justificativa, atualmente, como forma de assegurar vigilância e controle mais amplos sobre a legitimidade da ação ou omissão do Estado e de outras entidades, estatais ou não, no tocante a valores extremamente sensíveis, como os abarcados pelos interesses e direitos metaindividuais, cuja proteção e sacrifício repercute inevitavelmente sobre toda a sociedade. (MIRRA, 2005, p. 41).

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 204-205.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 208.

Mirra completa seu pensamento com a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: como a sedimentação dos *interesses coletivos* é um processo permanente, pois resulta da própria societização dos grupos de qualquer natureza, explica-se por que se vem estendendo e ampliando às entidades sociais não estatais, em ritmo, intensidade e importância crescentes, o acesso a novos e criativos institutos processuais, através dos quais se logra não só a satisfação dos respectivos interesses coletivos como a ampliação do controle de legitimidade da ação do Estado e de seus delegados.

O mesmo ocorre com relação aos *interesses difusos*. Expandindo-se o número de intitulados à provocação do Poder Judiciário para defendê-los, como ocorre caracteristicamente nos institutos da ação popular e da ação civil pública, assegura-se também vigilância e controles mais amplo sobre a legitimidade da ação do Estado e outras entidades estatais ou não, no tocante a valores sociais extremamente sensíveis. Como se pode concluir, a participação judicial se mostra politicamente relevante não tanto no caso de dedução de interesses individuais, mas de salvaguarda de interesses metaindividuais, cuja afirmação e sacrifício podem repercutir ponderavelmente sobre a sociedade. (MIRRA, 2005, p. 41)

Na lição de Mirra (2005, p. 41), são vários os instrumentos processuais que servem à participação popular na proteção do meio ambiente, “ora assumindo a forma de participação direta, ora revelando a feição de participação semidireta”.¹¹

1) a *ação direta de inconstitucionalidade*, a ser proposta contra leis e atos normativos contrários aos princípios e regras constitucionais de preservação ambiental e a ação de inconstitucionalidade por omissão;

¹¹ Mirra (2005, p. 41), citando Diogo de Figueiredo, diz que, “no modelo participativo judicial, tem-se que a participação por intermédio do judiciário na defesa do ambiente pode variar, em conformidade com o instrumento processual considerado, ora assumindo a forma de *participação direta*, ora revelando a feição de participação semidireta”. A *participação direta*, segundo o autor, “se dá nas hipóteses em que a legitimidade ativa para a causa é conferida ao indivíduo ou ao cidadão. (Como na ação popular — art. 5º, LXXIII, da CF; art. 1º da Lei 4.717/1965)”. “Já a *participação judicial semidireta* tem lugar nas hipóteses em que a legitimidade ativa é atribuída aos denominados *grupos ou instituições sociais secundários* — Ministério Público, associações civis, sindicatos etc. —, ou seja, instituições ou organismos que se encontram em posição intermediária contra o povo e os representantes eleitos”. (É o modelo mais freqüentemente adotado: ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CF; art. 2º da Lei 9.868/1999); mandado de segurança coletivo (art. 5º da Lei 7.347/1985); ações coletivas disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82 da Lei 8.078/1990).

- 2) a *ação popular*, tendente à anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos efetiva ou potencialmente lesivos ao meio ambiente e à reparação de danos ambientais resultantes de tais atos;
- 3) o *mandado de segurança coletivo*, também para a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos lesivos ao meio ambiente;
- 4) o *mandado de injunção*, para os casos em que a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- 5) a *ação civil pública* disciplinada pela Lei 7.347/1985, que ora interessa mais de perto, de todos o mais amplo instrumento processual, já que por seu intermédio podem-se perseguir a anulação ou a declaração de nulidade de atos administrativos lesivos ao meio ambiente, a responsabilização civil do degradador por danos ao meio ambiente, seja pessoa física ou jurídica, esta de direito público ou privado, bem como a prevenção de danos ao meio ambiente.

Durval Salge Jr., a seu turno, aborda as ações possíveis e à disposição dos *legitimados ativos* para a preservação dos bens ambientais usando sempre o adjetivo ambiental para melhor individualizar essas ações e distingui-las daquelas que não têm o mesmo propósito. Durval Salge Jr. (2003, p. 136) fornece a seguinte lista: *ação popular ambiental, ação civil pública ambiental, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção*.

Devemos acrescentar ao rol proposto pelos juristas o *tombamento ambiental* por *via jurisdicional*, considerado por Fiorillo (2004a, p. 215) uma ação coletiva, de natureza mandamental, por meio do qual o juiz pode expedir uma ordem determinando que seja tombado um bem cultural.

6.1. A Legitimação Face aos Interesses Difusos: legalidade e legitimidade

Em um Estado democrático de Direito, o *princípio de legalidade* fundamenta-se no *princípio de legitimidade*, sob pena de esse Estado não poder ser tomado como tal. José Afonso da Silva (1995, p. 404), diz que “Legalidade e legitimidade cessam de identificar-se no momento em que se admite que uma ordem pode ser legal mas injusta”. Posto isso, o jurista propõe “a recuperação do liame entre legalidade e legitimidade, sob bases diferentes, a partir do o abandono da noção puramente formal da legalidade”. Segundo Silva (1995, p. 404), a legalidade deve ser entendida como “a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana”, como quer nossa Constituição (art. 1º, III), pois “o princípio da legalidade não exige somente que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas”. Esse princípio pressupõe sobretudo que as regras sejam e as decisões sejam conformes a certos valores necessários à *existência de um sociedade livre*, tarefa exigida expressamente do Estado brasileiro (art. 3º, I). Legalidade e legitimidade não podem identificar-se senão quando a legalidade seja a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana.

José Afonso da Silva observa que, embora legalidade e legitimidade sejam igualmente atributos do poder, constituem duas qualidades diferentes: a legitimidade é a qualidade do título do poder, e a legalidade, a qualidade do seu exercício:

Quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo; quando se invoca a legalidade de um poder, indaga-se se ele é justamente exercido, isto é, segundo as leis estabelecidas. O poder legítimo é um poder, cujo título é justo; um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo. (SILVA, 1995, p. 405)

Conclui José Afonso da Silva (1995, p. 405) que o “princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder

legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será democrático de Direito, como proclama a Constituição (art. 1º)."

Segundo Bonavides (2003), a teoria principiológica forma a base da teoria constitucional da *democracia participativa*. Os princípios seriam o cimento jurídico de sua *legitimidade*.¹² Porém, a fim de se alcançar e instituir "o novo modelo da democracia participativa, faz-se mister, em sede teórica, repolitizar a legitimidade e, no campo positivo e objetivo, repolitizar também a legalidade" (BONAVIDES, 2003, p. 346). Para garantir o Estado de Direito, a governança popular e representativa, o livre e democrático funcionamento dos sistemas judiciais, a supremacia normativa dos princípios, a autoridade da lei, a proteção dos direitos humanos etc. é necessário compreender, conforme Paulo Banavides (2003, p. 346), que soberano "não é o poder político, nem o governo, nem a classe dominante, nem as oligarquias partidárias", mas, sim, a Constituição.

Esse novo conceito que se forma substitui "a velha e clássica concepção de soberania do Estado" formulada em termos absolutos, "quando a força, e não o Direto, quando o absolutismo, e não a razão, regiam as relações sociais" (BONAVIDES, 2003, p. 346).

¹² Segundo Bonavides (2003, p. 352), "Não apenas a democracia participativa, senão, também, o Direito Constitucional, em toda a sua latitude contemporânea, se fez tributário da linha de princípios que iluminam e dão vida às normas e às cláusulas flexíveis da Constituição".

6.2. Os Corpos Intermediários Organizados da Sociedade Civil, o Associativismo e a Legitimidade Ativa *ad causam* para a Propositura de Ações Judiciais

Conforme vimos antes, Fiorillo diz que

O direito de agir de forma organizada [...] veio a ser estabelecido não só a partir das novas atribuições constitucionais delegadas às funções essenciais à Justiça (Capítulo IV – arts. 127 a 135 da Carta Magna), mas particularmente pelo reconhecimento no plano da Carta Maior da proteção aos interesses difusos e coletivos (art. 129, III) a ser efetivado não só pelo *Ministério Público* como função institucional (art. 129, *caput*, e III) através da possibilidade de promover a ação civil pública, como pelos chamados *terceiros regrados* no §1º do art. 129, que passaram a ter no plano constitucional a mesma legitimação do Ministério Público para a defesa organizada do meio ambiente. (FIORILLO, 2004b, p. 81-82)

Esses terceiros, indicados no parágrafo 1º do art. 129,

[...] são aqueles que (autorizados pelo Estado Democrático de Direito, por reunirem condições jurídicas formais de representar em juízo o povo brasileiro estabelecidas pela própria Carta Magna) têm legitimidade para propor ações destinadas a tutelar o direito ambiental diante de lesão ou ameaça que eventualmente possa ocorrer. (FIORILLO, 2004b, p. 82)

Os terceiros, segundo Fiorillo, seriam:

a) as pessoas jurídicas de direito público interno (a saber: a União, os Estados Federados, os Municípios, o Distrito Federal), que, fazendo parte da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, têm o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), sendo responsáveis diretas pelo gerenciamento dos bens ambientais (art. 225, parágrafo único) na condição de organizações representativas do Poder Público; b) as pessoas jurídicas de direito privado (a saber: **as associações civis**; as cooperativas; os sindicatos; os partidos políticos; as empresas de qualquer porte), que têm o dever de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) enquanto organizações de pessoas físicas autorizadas pela Carta Magna a representar a coletividade; e c) a família, que, como base fundamental de nossa sociedade (e de toda e qualquer sociedade na história das civilizações) e disciplinada constitucionalmente na forma do que direcionam os arts. 226 a 230 da Carta Maior, traduz a verdadeira razão de ser do direito da defesa e proteção do direito à vida em todas as suas formas para as

presentes e futuras gerações (art. 225 da CF). (FIORILLO, 2004b, p. 82-83, grifo nosso)

Destaca-se, nesse sentido, segundo Fiorillo, “uma clara reformulação na interpretação doutrinária do tema da *legitimidade ativa* para propositura de ações judiciais no plano constitucional, refletindo na análise dos institutos tradicionalmente destinados a construir as bases interpretativas de nosso ortodoxo subsistema processual” (FIORILLO, 2004b, p. 84). Com efeito,

até 1988, a nossa literatura jurídica estava enraizada de uma ideologia liberal/individual destinada a criar instrumentos jurídicos em proveito única e exclusivamente de direitos materiais individuais. É o que se depreende da visão ortodoxa do direito processual brasileiro, donde a legitimidade ativa para a propositura de ações judiciais só poderia ocorrer a partir e em face do que estabelece o *art. 6º do Código de Processo Civil* (Lei n. 5.869/73). (FIORILLO, 2004a, p. 325)¹³

Assim se explica, conforme Mancuso (2004), o fato de que, historicamente, o reconhecimento do poder de agir às associações (um dos terceiros legitimados citados por Fiorillo) para tutela de interesses gerais não se fez sem forte resistência por parte do Estado. Em primeiro lugar, havia o eterno temor de reabrir espaço aos “corpos intermediários”; segundo, *temia-se que essas associações terminassem por “competir” com o monopólio reconhecido pelo Ministério Público para a tutela do interesse geral.*

¹³ Art. 6º do CPC (Lei. 5.869/73): “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por Lei”. A respeito desse artigo do CPC, Fiorillo observa a “[...] necessidade de construção dogmática acerca da legitimidade para a defesa de direitos supra-individuais”. No seu entendimento é “descabido analisar esse fenômeno à luz do ortodoxo sistema processual civil, que trata, em seu art. 6º, da legitimação ordinária e extraordinária, resolvendo a questão na seara dos conflitos privados”. (FIORILLO, 2004, p. 325).

6.2.1. A legitimidade ativa das associações civis

As associações civis (um dos terceiros indicados no parágrafo 1º do art. 129 da CF/88) que tenham como finalidade estatutária a defesa do meio ambiente (inclusive do patrimônio cultural), poderão agir em juízo por meio das ações coletivas, as quais estão devidamente alinhadas ao final deste capítulo. Um dos requisitos da legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da ação coletiva é a pré-constituição há pelo menos um ano, a qual, no entanto, o juiz poderá dispensar, “pois há situações em que a associação se forma *ex post factum*” (FIORILLO, 2004a, p. 324). Segundo Fiorillo,

[...] a dispensa de pré-constituição é válida para todas as ações ajuizadas com base no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública, exceto para o mandado de segurança coletivo, porquanto passa a ser requisito constitucional (art. 5º, LXX), não podendo a lei infraconstitucional dispor de modo diverso. (FIORILLO, 2004a, p. 324)

Afirma ainda o professor, citando Paulo Affonso Leme Machado, que é desnecessário os estatutos da *associação civil* ou do *sindicato*¹⁴ preverem expressamente a defesa do meio ambiente como finalidade institucional, “sendo suficiente, para considerá-los legitimados à propositura de ações coletivas ambientais, que a associação ou o sindicato defendam valores que incluam direitos difusos e coletivos” (FIORILLO, 2004a, p. 324). Não discordamos de Fiorillo, mas salientamos que, na prática, dificilmente encontraremos entidades sindicais interessadas em intentar uma ação coletiva ambiental para a tutela do meio ambiente ou mesmo do patrimônio cultural em razão de seus estatutos terem em vista algum interesse coletivo. Ocorre que esses

¹⁴ Fiorillo (2004a, p. 324) frisa o fato de que “[...] com o advento da Constituição Federal de 1988 os sindicatos não mais são controlados pelo governo, de sorte que têm natureza e personalidade jurídicas de associação, podendo, igualmente, mover ações coletivas para a defesa do meio ambiente, observados os demais requisitos legais para que se reconheça essa legitimidade”.

estatutos quase sempre desconhecem as exigências a serem cumpridas para a promoção e proteção do meio ambiente.¹⁵

Ainda neste capítulo, quando tratarmos das particularidades de cada uma das ações ambientais coletivas à disposição dos *legitimados ativos*, voltaremos a falar especificamente sobre a legitimidade das associações civis ambientalistas, que se encontram, de acordo com Mirra (2005, p. 42), “em posição intermediária entre os cidadãos e os representantes eleitos pelo povo”. Recorrendo ao pensamento de Fiorillo, Mirra, diz que a relevância dessas entidades decorre

[...] do fato de serem entidades criadas espontaneamente no seio da sociedade, pela vontade e iniciativa diretas de indivíduos e cidadãos, desvinculados do Estado e livres de qualquer tipo de controle estatal, constituídas com o fim de um interesse difuso da coletividade, sem conotação corporativista. (FIORILLO¹⁶ *apud* MIRRA, 2005, p. 43)

6.2.2. O Ministério Público

A legitimidade do Ministério Público para a defesa em juízo do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos está prevista nos arts. 127, *caput*, e 129, III, da CF/88, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993) e nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos da União e dos Estados. Essas legislações, segundo Mirra,

¹⁵ A Lei Francesa também reconhece a distinção entre *associações* e *sindicatos*, notadamente quanto ao objeto de interesse. Os sindicatos estão enquadrados no sistema desse país como “Autres groupements: L'association se distingue d'autres groupements”. A Lei define essas entidades como: “Syndicats: Un syndicat a pour objet exclusif la défense d'intérêts professionnels et il ne peut être fondé que par des personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes. Les formalités d'acquisition de la personnalité juridique sont plus simples: dépôt des statuts et de la liste nominative des dirigeants à la mairie. Les ressources ne sont pas limitées. Un syndicat peut notamment recevoir des libéralités ou acquérir des immeubles sans autorisation ni restriction”. (Para melhor compreensão da posição dos sindicatos no Terceiro Setor brasileiro, ver o diagrama do item 4.3).

¹⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 54.

[...] erigiram o Parquet em instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a quem atribuíram a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a propositura da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, assegurada a independência dos seus membros no exercício das suas funções. (MIRRA, 2004, p. 197)¹⁷

6.3. A Defesa Judicial do Bem Ambiental: as ações ambientais de efetivação da participação popular via acesso ao judiciário

Transcrevemos a seguir as particularidades das mais importantes ações coletivas com vistas a proteger o meio ambiente cultural que se encontram à disposição das associações civis. Ressaltamos a especial titularidade do direito de ação atribuída pela Constituição e legislações infraconstitucionais a essas entidades, porta-vozes dos interesses da sociedade na promoção e na defesa do meio ambiente:

a) o tombamento ambiental por via jurisdicional¹⁸

Tombar significa “inscrever no livro do Tombo, procedendo-se a um registro pormenorizado do bem a que se pretende preservar, tanto os provenientes da atividade humana, quanto os naturais, mediante a custódia do Poder Público (art. 1º, do Decreto-lei

¹⁷ Mirra (2004, p. 197) registra o fato de “[...] que se está diante de hipótese em que a adequação da representatividade do legitimado ativo para a ação civil pública é presumida legal e constitucionalmente, em caráter absoluto, sem necessidade de preenchimento pelo Ministério Público de qualquer requisito específico a esse respeito. Daí não se poder admitir controle judicial sobre a representatividade do Ministério Público, como autêntico porta-voz dos interesses da coletividade na defesa do meio ambiente”.

¹⁸ Segundo Miranda (2006, p. 74), “existem atualmente cerca de 20.000 sítios arqueológicos identificados no país, dos quais apenas cinco são tombados a nível federal”.

25/37)” (FIORILLO, 2004a, p. 214).¹⁹ A legislação Federal, com fincas no art. 216, V, da Constituição Federal, cuidou de dividir o livro do Tombo em quatro livros diferentes, de acordo com a origem do bem a ser reconhecido como patrimônio cultural. São eles o *Livro do Tombo Arqueológico*, Etnográfico, Paisagístico; o Livro do Tombo das Belas Artes; o livro do Tombo das Artes Aplicadas; o Livro do Tombo Histórico.

Fiorillo (2004a, p. 214), chamando a atenção para o caráter difuso do *bem cultural*, sugere o *tombamento ambiental*,²⁰ a que define “como uma maneira de preservar e proteger o patrimônio cultural brasileiro e permitir o acesso de todos à cultura”. Segundo o professor, o *tombamento ambiental*, quanto à origem de sua instituição, não se realiza somente por via legislativa ou por intermédio de um procedimento administrativo, “pois também pela via jurisdicional um certo bem pode ter reconhecido o seu valor cultural e, portanto, por determinação judicial, ser inscrito no Livro do Tombo respectivo” (FIORILLO, 2004a, p. 214).²¹

Destacamos o *Tombamento por via jurisdicional*, que reconhece o valor cultural de um bem por determinação judicial. Lembramos a esse respeito a importância do exercício da *participação popular*, conforme previsão constitucional inserta no artigo 216, § 1º, que convoca a comunidade a colaborar na empreitada de preservação e proteção do meio ambiente, via ação coletiva, “inclusive de natureza mandamental, de modo que o juiz

¹⁹ José Cretella Jr. (*Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 510) citado por Fiorillo (2004a, p. 214), salienta que “se tomar é inscrever, registrar, inventariar, cadastrar, tombamento é a operação material da inscrição do bem [...] no livro respectivo.

²⁰ Para conhecer a classificação completa, ver FIORILLO (2004a, p. 214-220).

²¹ Segundo Fiorillo (2004a, p. 214), quanto à *origem da sua instituição*, o tombamento pode ser realizado pela *via executiva*, pela *via jurisdicional* e pela *via legislativa*. O professor observa que “O tombamento está historicamente associado à atuação administrativa. A inscrição no Livro do Tombo deve ser feita mediante um procedimento administrativo, porquanto consiste numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição. O procedimento é previsto no Decreto-Lei n. 25/37”. Assim, “A doutrina administrativa possui uma forte concepção de que o tombamento é ato exclusivamente administrativo. Todavia, segundo nosso entendimento, não há proibição de legislar-se sobre o tombamento, pois, se assim fosse, estaríamos suprimindo uma atividade legislativa sem qualquer amparo constitucional. Argumenta-se que o tombamento é ato administrativo da autoridade competente e não função abstrata da lei, de forma que esta tão-somente estabelece as regras para sua efetivação. Vale frisar a vantagem de um tombamento instituído por lei, pois só poderá ser desfeito se a medida também tiver sua gênese em ato do Poder Legislativo, respeitada a competência legislativa de cada um dos entes políticos”.

expeça uma ordem determinando que seja tombado (inscrito no seu respectivo livro) um bem cultural” (FIORILLO, 2004a, p. 216).²²

Entretanto, há aqueles que se opõem a essa perspectiva. Esse é o caso de Rodrigues, quando se refere utilização do tombamento na preservação de sambaquis. Segundo o jurista, esse regime tutelar protetivo não é o mais adequado a esses bens culturais, que apresentam características *sui generis* e “receberam um tratamento legal diferenciado por meio da lei federal 3.924 de 26/07/1961, além de terem sido constitucionalmente declarados como bens da União pelo art. 20 da Carta Magna vigente” (RODRIGUES, 2005, p. 290). Devemos observar, porém, conforme frisamos anteriormente, que posicionamentos doutrinários como o de Rodrigues só vêm confirmar a percepção de que o universo jurídico é refratário à mudança. Com efeito, é porque se fundamenta na velha dicotomia entre bem público e bem privado e, assim, não admite o caráter difuso do bem ambiental arqueológico, que Rodrigues nega a nova modalidade de controle e tutela em que consiste o tombamento jurisdicional, assim como nega toda e qualquer modalidade implicada na noção de interesse difuso.

Destacamos a seguir essas modalidades de tutela jurisdicional, advindas de orientação constitucional, considerando que o povo, como destinatário do direito ambiental, tem a possibilidade real e efetiva de requerer a tutela de qualquer ameaça aos bens ambientais, via acesso ao Poder Judiciário. Lembramos, nesse ponto, que o sistema constitucional brasileiro adotou, para tanto, duas orientações fundamentais no que se refere à possibilidade de o povo agir em proveito da defesa dos bens ambientais diante do que estabelece o devido processo legal: o direito de agir individual (pessoa

²² Fiorillo (2004a, p. 216) enfatiza a prescindibilidade da inscrição para a preservação e proteção do bem tutelado jurisdicionalmente, “[...] uma vez que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, atingindo, dessa forma, toda a coletividade. Todavia, como o conceito de tombamento tem por conteúdo a inscrição no Livro do Tombo respectivo, a via jurisdicional só será apta a alcançar a medida se o ato final de registro for alcançado. Isso significa que o tombamento não é a única forma de reconhecimento do bem como integrante do patrimônio cultural do nosso país, mas é a única que implica o registro no Livro do Tombo. Portanto, quando isso ocorre por determinação judicial, o tombamento deu-se por via judicial. Se o registro não for pedido, não há tombamento, mas há proteção do bem cultural pela coisa julgada *erga omnes*”.

física) e o direito de agir de forma organizada (pessoas físicas organizadas) (FIORILLO, 2004b).

► **Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema**²³

Ao judiciário cabe decidir se o imóvel inscrito no serviço do patrimônio Histórico e Artístico Nacional tem ou não valor histórico ou artístico, não se limitando a sua competência em verificar, apenas, se foram observadas as formalidades legais, no processo de tombamento (STF- AC 7.377- DF- RDA, 2: 124)

Mandado de segurança Liminar. Requisitos. Efeitos. Possibilidade de reversão. Imóvel. Demolição. Processo de tombamento. Município. Patrimônio histórico. Risco de dano. Inversão. As liminares, em mandado de segurança, pressupõem a possibilidade de reversão da medida, no caso de não se conceder a ordem, bem como não são deferidas como antecipação dos efeitos de sentença que venha a favorecer o impetrante. Postulada ordem judicial de expedição de autorização para demolição de imóvel, que se encontra submetido a processo administrativo de tombamento, por se enquadrar entre os bens considerados de valor histórico do Município, há se inverter o risco em favor do Poder público, em razão do caráter satisfativo e da irreversibilidade dos efeitos da liminar, bem como em obséquios do que dispõem os arts. 23, III e IV, e 216, §1º, da Constituição Federal. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG- Ag. 000.283.475-2/00- Rel. Des. Almeida Melo- J.13.2.2003)

MANDADO DE SEGURANÇA – TOMBAMENTO - DESVIO DE FINALIDADE - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. O desvio da finalidade de verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Hipótese em que o tombamento visa apenas a impedir reforma no prédio da Câmara Municipal, da qual discorda o alcaide, e não para preservar patrimônio histórico ou cultural, fim para o qual o de fato se presta o tombamento. (TJMG- Apel. Cív. 000.198.274-3/00- Rel. Páris Peixoto Pena- J.13.2.2001)

²³ Miranda (2006, p. 153-155).

Mesmo se tratando de ato discricionário, a escolha do bem a ser objeto de tombamento deve se vincular às hipóteses previstas na lei como de valor histórico e cultural, eis que possui a Administração outros meios de impedir que um imóvel que por ventura possa ser construído venha a prejudicar um complexo arquitetônico já existente, sem lançar mão do ato extremo de tombamento. (TJMG- Apel. Cív. 000.174.129-7/00- Rel. Des. Bady Curi - J.26.10.2000)

TOMBAMENTO - VALOR HISTÓRICO E ARTÍSTICO - MANDADO DE SEGURANÇA-IMPOSSIBILIDADE PARA SE CONSTATAR SE OS IMÓVEIS TÊM OU NÃO VALOR HISTÓRICO E ARTÍSTICO, E NECESSÁRIA A PRODUÇÃO DE PROVAS, QUE SÓ PODERÁ SER REALIZADA NO PROCEDIMENTO PRÓPRIO, ORDINÁRIO OU DESAPROPRIAÇÃO, E NÃO NA VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. (STJ-Resp 147949/MG- Rel. Min. Garcia Vieira- J.19.2.1998)

ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. PERÍCIA. FALTA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE POR FALTA DE REFERÊNCIA HISTÓRICA RELEVANTE. DECRETO-LEI 25/37. NULIDADE DO TOMBAMENTO DECLARADA. (TJMG- 1.0024.00.069149-3/001(1) - Rel. Célio César Paduani- J.23.11.2004)

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PREFEITO MUNICIPAL- ATO ADMINISTRATIVO- TOMBAMENTO DE IMÓVEL-BEM DE ESPÓLIO- ART.216-§ 1º - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988- DECRETO- LEI 25, DE 1937- Constitucional. Administrativo. Civil. Tombamento pelo Município, de imóveis integrantes de complexo educacional, por seu valor histórico e cultural. Mandado de segurança impetrado por alegados proprietários dos bens, sucessores, em parte, de falecida educadora, que instituiu o complexo, sob alegação de importar, o ato, em ofensa ao direito de propriedade e ao devido processo legal, porque não foram ouvidos antes de ser decretado. Previsto no § 1º do art. 216 da Carta Magna e alvo de disciplina, em nível federal, no Decreto- Lei n. 25, de 1937, importa o tombamento, ato administrativo, em restrições à livre disponibilidade, física e jurídica, do bem, sem resultar em perda do domínio ou privação da posse. Não gera, assim, em princípio, obrigação de indenizar, a menos que se afete a essência do domínio. Havendo sido instituído com base na legislação aplicável, ainda que sem prévio pronunciamento de Conselho local, não é suscetível de controle, no concernente à sua motivação em fins, por mandado de segurança. Não acarreta, por si, ofensa à propriedade nem à cláusula do devido processo legal, portanto a desapropriação, mais grave do que

ele, em suas conseqüências, não exige a prévia audiência do titular do bem. Eventuais direitos que assistam aos interessados devem ser postulados pela via própria, em que se abra margem à dilação probatória. Legitimidade deles, entretanto, para impetrarem mandado de segurança. Preliminar rejeitada e ordem denegada. (TJRJ - MS 729/96 - (Reg. 060598) - Cód. 96.004.00729- RJ- 2ºG. C. Cív.- Rel. Des. Luiz Roldão F. Gomes- J. 17.12.1997)

Administrativo e processual Civil. Agravo de instrumento. Imóvel. Tombamento. Decisão proferida pela 2ª Câmara Cível deste Egrégio Sodalício, transitada em julgado, a qual tornou sem efeito o tombamento de imóvel, devolvendo aos seus proprietários a livre fruição do bem, bem como todos os direitos inerentes à propriedade. Ocorrência do fenômeno da coisa julgada material, insculpido na norma do art. 467, do CPC, que confere imutabilidade à questão, sobre a qual já houve pronunciamento jurisdicional, razão pela a qual o tema não está, por óbvio, sujeito a posterior deliberação do juízo monocrático. Recurso provido. (TJMG - Ag. n. 1.0024.96.118705-1/001- Rel. Des. Pinheiro Lago- J.1.3.2005)

A circunstância de haver declaração judicial de que o tombamento de uma gleba, por interesse paisagístico é nulo, não impede que a Administração venha a instituir, no mesmo terreno, uma reserva ecológica; A instituição de reserva ecológica não ofende o direito de propriedade. Pode tal ato, eventualmente, causar danos patrimoniais ao Proprietário. Tais danos entretanto, devem ser apurados em procedimento ordinário- não em processo de Mandado de Segurança. Dizer que o registro de um loteamento impede o Estado de instituir reserva ecológica implica em impor à Administração constrangimento não previsto em lei. (STJ - EDcl nos EDcl nos EDcl no RMS 11603/ES; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2000/0017612 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros- J.15.10.2002)

b) a ação popular ambiental – Lei 4.717/65

A denominada *Ação Popular* encontrou primeiro assento em nosso ordenamento constitucional através da Carta Política de 1934.²⁴ Mas somente em 1965 ganhou regulamentação em nível infraconstitucional, com a edição da Lei nº 4.717/65, ainda hoje um dos mais importantes instrumentos de defesa dos interesses difusos e coletivos concebido pelo direito positivo brasileiro. Posteriormente, em consonância com os movimentos neoliberais globalizados, notadamente aqueles visando à proteção dos direitos coletivos, a lei 4.717/65 ganhou uma nova configuração, que se verifica no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e a ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”²⁵

Assim, fica evidente que, através da *Ação Popular*, qualquer cidadão²⁶, pessoa física que esteja em gozo de seus direitos políticos, é parte legítima (legitimidade ativa *ad causam*) para demandar a anulação, o impedimento e a suspensão da execução de um ato lesivo ao patrimônio cultural e para tutelar preventivamente esse bem.²⁷

É importante notar que a doutrina brasileira tem admitido “três critérios elementares para definir a legitimação ativa de ação para a tutela dos interesses difusos, nesses incluídos os interesses não suscetíveis de dimensão monetária, como os bens e direitos de valor artístico, estético ou histórico” (VITAGLIANO, 2001, [s.p.]):

²⁴ Art. 113: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, Estados ou dos Municípios”.

²⁵ Com essa redação constitucional ampliou-se o objeto da ação popular, que inova ao visar expressamente a defesa da moralidade administrativa, compreendida em termos amplos, além da defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

²⁶ A legitimação ativa pertence a qualquer cidadão, isto é, a qualquer eleitor (art. 1º), facultando-se aos demais cidadãos habilitarem-se como litisconsortes ou assistentes do autor (art. 6º, § 5º) da lei 4.717/65.

²⁷ Sobre a legitimidade ativa *ad causam* para a propositura das ações populares, José da Silva Pacheco (1998, p. 518) diz com propriedade que “[...] nada obsta a qualquer pessoa do povo poder demandar de outro que usurpou o terreno baldio público, ou embarga-lhe a obra prejudicial ao lugar público, como a rua, rio, etc.”

a) atribuir a legitimação para agir indiferentemente a todos os membros da coletividade interessada; ou b) atribuí-la exclusivamente aos representantes de grupos ou associações que tenham como fim institucional expresso a tutela de interesses coletivos específicos; ou c) atribuí-la ao Ministério Público (VITAGLIANO, 2001, [s.p.])

Em relação à *Ação Popular*, o direito positivo brasileiro adotou somente o primeiro critério (*letra a*, retro), ficando excluída a legitimação ativa do Ministério Público (que apenas acompanha a ação proposta pelo cidadão), a das associações e a de outras pessoas jurídicas (Lei 4.717, art. 1º e parágrafos).²⁸ Já o(s) sujeito(s) passivo(s) da ação popular, segundo disposição do art. 6º da Lei 4.717, são as autoridades, os funcionários e os terceiros responsáveis e beneficiados pelo ato impugnado, que na eventualidade de procedência da demanda, suportarão a sentença condenatória que será executada em benefício da entidade patrimonial lesada.²⁹

Outro aspecto característico da *Ação Popular*, como remédio de tutela dos interesses difusos diz respeito à “coisa julgada, que às vezes tem seu alcance dirigido a toda a comunidade e, em outras, não vai além das partes do processo”.³⁰ São seguintes as situações que podem ocorrer:

a) o pedido é acolhido, e o ato anulado declarado nulo. A sentença prevalece em definitivo, perante todos os membros da comunidade; b) o pedido é rejeitado, por inexistência de fundamento para anular o ato ou declara-lo nulo. Também aqui os efeitos produzem-se erga omnes, de sorte que a legitimidade do ato não poderá, por igual fundamento, ser de novo discutida em juízo, ainda que por iniciativa de outro cidadão; c) o pedido é rejeitado apenas porque insuficiente a prova da irregularidade. A sentença não se reveste da autoridade de coisa julgada no sentido

²⁸ Parágrafo 3º do art. 1º da Lei 4.717/65: “A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título de eleitor, ou com documento que a ele corresponda”.

²⁹ Artigo 6º da Lei 4.717: “a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades que se considerem lesadas em seu patrimônio, e, ainda, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, assim como contra os beneficiários diretos do ato, se houver”. É curioso notar, na redação desse artigo, que embora a lei inclua a pessoa jurídica lesada como sujeito passivo da ação popular, o certo é que o autor não age propriamente contra ela, mas, sim, em seu favor, pois sendo procedente a demanda, a sentença será executada em benefício daquela pessoa jurídica (ver art. 17 da Lei 4.717).

³⁰ A coisa julgada tem efeito *erga omnes*, salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas. O autor da ação popular legitima-se como tal porque, ainda quando esteja imediatamente demandando proteção a direito titularizado em nome de determinada pessoa jurídica, está, na verdade, defendendo mediatemente interesses da sociedade, a quem pertencem, em última análise, os bens tutelados. É por isso que se afirma que também a ação popular, sob este aspecto, constitui instrumento de defesa de interesses coletivos, e não individuais.

material, e “qualquer cidadão”, como diz o texto — inclusive, portanto, o mesmo que intentara a primeira ação —, fica livre de demandar a anulação ou a declaração de nulidade do ato, invocando embora igual fundamento, e eventualmente obterá êxito, se for convincente a “nova prova” agora produzida. (VITAGLIANO, 2001, [s.p.])³¹

Podemos concluir, portanto, que a Ação Popular é um instrumento processual³² do direito positivo brasileiro que visa proteger interesses gerais (patrimônio público e moralidade administrativa) ou determinados interesses difusos (patrimônio histórico e cultural e meio ambiente). A ação ampara não os interesses individuais, mas os de toda a comunidade; o beneficiário direto é o povo como titular do direito, e não o *autor popular*. Nesse sentido, a *Ação Popular* busca, basicamente, “a nulidade do ato lesivo, acarretando, se procedente, também a condenação em perdas e danos, visando a recomposição do patrimônio público lesado, ou a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, constituindo-se em garantia ativa de direitos coletivos e difusos, cuja titularidade é conferida exclusivamente ao cidadão” (VITAGLIANO, 2001, [s.p.]).³³

► Direito Comparado³⁴

Na constituição de Portugal, de 1976, o artigo 52 regula o direito de petição e a ação popular, nestes termos: “1) Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades, petições,

³¹ Para evitar a sucessão indefinida de ações populares sobre o mesmo ato, a Lei 4.717/65 assinala o prazo de 05 (cinco) anos para prescrição (art. 21 da 4.717/65).

³² *Ação de conhecimento* em que se pleiteia uma *sentença judicial* a fim de anular atos diretos ou indiretos da Administração Pública. Vale apenas para esses atos porque, conforme se interpreta, contra atos de particulares há a Ação Civil Pública.

³³ Vitagliano (2001) extraiu da jurisprudência alguns casos típicos de tutela dos interesses difusos da comunidade via *Ação Popular*: a) anulação do ato que aprova o projeto de construção do aeroporto de Brasília, pelo fundamento de que ele não se harmonizava com a concepção estética que presidira à edificação da nova capital do País; b) impugnação dos atos administrativos relacionados com o aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro, e com edificação de prédio comercial, sob pretexto de desfiguração de local de particular beleza paisagística; c) impedimento da demolição de edifício público em São Paulo, de valor artístico e histórico, para construção de estações do Metropolitano; d) anulação de resolução de Câmara Municipal, em Minas Gerais, que autorizara, sem limites, a extração de madeira em floresta protetora de nascentes d’água indispensáveis ao abastecimento da população da cidade.

³⁴ Segundo os estudos de José Arnaldo Vitagliano (2001).

representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral. 2) É reconhecido o direito de ação popular, nos casos e nos termos previstos em lei”.³⁵

No artigo 125, a Constituição da Espanha de 1978 dispõe que “os cidadãos poderão exercer a ação popular e participar da Administração de justiça mediante a instituição do júri, na forma e com respeito aos processos penais que a lei determine, assim como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais”.³⁶

No Peru, a Constituição de 1979 traz o artigo 295 com o estabelecimento de diversas ações, entre as quais a popular, deste modo: “artigo 295. A ação ou omissão por parte de qualquer autoridade, funcionário ou pessoa, que vulnere ou ameace a liberdade individual, dará lugar à ação de hábeas corpus. A ação de amparo cautela os demais direitos reconhecidos pela constituição que sejam vulnerados ou ameaçados por qualquer autoridade, funcionário ou pessoa. A ação de amparo tem o mesmo procedimento de ação de hábeas corpus, no que lhe for aplicável. Há ação popular perante o Poder Judiciário, por infração da Constituição ou da lei, contra os regulamentos e normas administrativas e contra os decretos e resoluções de caráter geral do Poder Executivo, dos Governos Regionais e locais e das demais pessoas de direito público”.³⁷

Na Itália, há o artigo 113, *in verbis*: “contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa. Essa tutela não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou para determinadas categorias de atos. A lei determina quais os órgãos de jurisdição que podem anular os atos da administração públicas nos casos e para os efeitos previstos pela própria lei”. Portanto tratando-se de interesse legítimo, conectado ao bem comum, que por esse motivo é indiretamente tutelado para garantir o bem geral, cabe recurso à justiça administrativa competente. Só podem ser atacados atos formais da administração. A justiça administrativa não pode condenar, mas somente declarar ou constituir. Na hipótese de lesão a direito subjetivo, decorrente de violação de expressa norma legal, cabe ação perante a justiça comum, que somente pode

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987. p. 227.

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986. p. 283.

³⁷ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 520.

dar prestação condenatória de ressarcimento ou declaratória de ilegalidade, não podendo constituir ou desconstituir atos.³⁸

Na Baviera, há a ação popular (*popularklage*), da Constituição bávara de 1946.³⁹

Nos Estados Unidos, há a *citizen action*, por força da lei federal de 1970, de proteção ambiental, e, além dessa, a *class action* limitada ao membro de determinada classe de pessoas. Qualquer cidadão pode ir ao judiciário contra atos administrativos, quer propondo ação de responsabilidade do agente, quer usando dos meios extraordinários.⁴⁰

Na Inglaterra e Austrália há a *relator action*, mediante a qual uma pessoa ou associação, com autorização do *general attorney* pode agir em juízo em casos de perigo público.⁴¹

Na França, salienta-se a independência da jurisdição administrativa, em relação à jurisdição comum, mas também em face do governo do Estado. Distingue-se o recurso administrativo e o recurso contencioso, destacando-se o recurso por excesso de poder e o de plena jurisdição. O primeiro visa à correção da ilegalidade, com a anulação do ato; o segundo pressupõe a violação de um direito subjetivo, tendo em vista a reparação.⁴²

No México, em suas origens sofreu a ação popular o impacto do juízo de amparo do direito mexicano, que apareceu na Constituição do Estado de Yucatan, em 1840, e num Projeto de Constituição de 1842, sugerindo-o para autorizar a Suprema Corte a conhecer das reclamações contra os atos do Poder Executivo e do Legislativo. Encontra-se na Constituição de 1857 e de 1917, sendo regulado por diversas leis. Visava, de início, ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos, mas depois estendeu-se também, ao controle da legalidade dos atos de todas as autoridades, até mesmo as judiciárias. Com base nele, podia a Suprema Corte, e depois as demais, rever qualquer sentença que houvesse infringido a lei.

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986. p. 43.

³⁹ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 520.

⁴⁰ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 521.

⁴¹ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 521.

⁴² PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 131.

No México, em suas origens sofreu a ação popular o impacto do juízo de amparo do direito mexicano, que apareceu na Constituição do Estado de Yucatan, em 1840, e num projeto de Constituição de 1842, sugerindo-o para autorizar a Suprema Corte a conhecer das reclamações contra os atos do Poder Executivo e do Legislativo. Encontra-se na Constituição de 1857 e de 1917, sendo regulado por diversas leis. Visava, de início, ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos, mas depois estendeu-se também, ao controle da legalidade dos atos de todas as autoridades, até mesmo as judiciárias. Com base nele, podia a Suprema Corte, e depois as demais, rever qualquer sentença que houvesse infringindo a lei.⁴³

Na Áustria havia o recurso para a corte constitucional, contra atos violadores de direitos individuais, emanados da Constituição, cujo processo sumaríssimo podia ensejar a suspensão do ato.⁴⁴

c) a Lei de Ação Civil Pública Ambiental – Lei 7.347/85

Diante da constatação inequívoca de que o direito ao meio ambiente é um direito supra-individual, faz-se necessário definir-lhe um *tutor* em juízo

[...] capaz de representar adequadamente a sociedade, diante da impossibilidade de reunirem-se todos os titulares desse direito no pólo ativo da demanda ambiental, apesar de o julgamento da causa acabar por beneficiar ou prejudicar a todos, incluindo aqueles que não foram parte no processo. (MIRRA, 2005, p. 31)

É nesse contexto que surge no ordenamento jurídico pátrio, em 1985, a Lei de Ação Civil Pública, o mais importante e eficaz instrumento processual para a promoção e a proteção dos bens integrantes do patrimônio ambiental, que “trouxe soluções inovadoras [...] a superar os óbices legais decorrentes das regras do art. 6º e do art. 472

⁴³ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 132.

⁴⁴ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 138

do CPC, concernentes à legitimação individual para demandar em juízo e à limitação da coisa julgada às partes do processo” (MIRRA, 2005, p. 31).

Mirra lembra que

o diploma em questão, posteriormente aperfeiçoado pela Lei 8.078/1990, atribuiu ao Ministério Público, à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às entidades e órgãos da administração direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e às associações civis legitimidade para a propositura da ação civil pública em defesa do meio ambiente e de outros interesses ou direitos difusos (art. 5º), com previsão da eficácia *erga omnes* da coisa julgada, salvo na hipótese de improcedência da demanda por deficiência de provas, quando os efeitos da sentença não se tornam imutáveis (art. 16). (MIRRA, 2005, p. 33)

Devido ao amplo campo de incidência⁴⁵ da Lei de Ação Civil Pública, pretendemos dar maior ênfase aqui à questão da titularidade do direito de ação atribuída pela Lei 7.347/1985 às *associações civis*, na condição de um dos porta-vozes dos interesses da sociedade na defesa do meio ambiente, “com aptidão reconhecida para atuar em juízo de maneira séria e eficiente na proteção de um bem a todos pertencente” (MIRRA, 2005, p. 34).⁴⁶

Conforme já expusemos anteriormente, é de vital importância para a consagração dos direitos democráticos fundamentais a análise da titularidade do direito de ação das associações civis implementado pela LACP,

[...] notadamente em função da consagração no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da participação popular na defesa do meio ambiente. Esta, de fato, tem sido considerada fator essencial à implementação do regime democrático que se pretende seja instaurado no Brasil — de democracia semidireta ou participativa —, reputado indispensável à garantia do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado positivado na Constituição Federal de 1988 (art. 225, *caput*). (MIRRA, 2005, p. 34)

⁴⁵ “O art. 1º da LACP, em sua atual redação, permite a defesa de interesses transindividuais relacionados com: a) o meio ambiente; b) o consumidor; c) o chamado patrimônio cultural (bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico); d) infrações à ordem econômica e à economia popular; e) infrações à ordem urbanística; f) quaisquer outros interesses difusos e coletivos. (Cf. CDC, art. 110; Lei n. 8.884/94, art. 88; Lei n. 10.257/01, art. 53)”. Segundo Mazzilli (2002, p. 106), “Medidas provisórias introduziram um parágrafo único a esse dispositivo, com o fito de impedir a tutela coletiva na defesa de alguns interesses. (Méd. Prov. n. 2.102-26/00 e s. e 2.180-35/01 e s.)”.

⁴⁶ “A Ação Civil Pública poderá ser utilizada, também, para a defesa do consumidor, da ordem urbanística, da ordem econômica, da economia popular e qualquer outro interesse difuso e coletivo” (MIRANDA, 2006, 170).

Com efeito,

a ação civil pública disciplinada pela Lei 7.347/1985 não pode deixar de ser estudada como um dos mecanismos destinados à efetivação do regime democrático — participativo em matéria ambiental, verdadeiro instrumento processual por meio do qual se concretiza a denominada participação judicial na defesa do meio ambiente. (MIRRA, 2005, p. 34)

Assim, conforme disposto no art. 5º desse diploma, “atribuiu-se a iniciativa da ação civil pública apenas a determinados ‘grupos ou instituições sociais secundários’ — no caso, o Ministério Público e as associações civis ambientalistas [...]” (MIRRA, 2005, p. 42). Particularmente as associações civis apresentam-se, conforme dissemos, “como representantes da sociedade na defesa do meio ambiente, com legitimidade política para a representação em juízo de um interesse de toda a coletividade” (MIRRA, 2005, p. 44).

Mirra (2005, p. 44) ressalta, porém, que “sob a ótica processual, o Ministério Público e as associações agem em nome próprio na defesa de um direito de todos os membros do grupo social, com legitimação extraordinária para o exercício da ação civil pública”. O jurista diz não haver como ignorar que o Ministério Público e as associações, “sob o ponto de vista substancial, são verdadeiros representantes do povo e autênticos porta-vozes dos interesses da sociedade na proteção da qualidade ambiental” (MIRRA, 2005, p. 44). Desse modo, Mirra (2005, p. 44) constata na LACP o afastamento da “participação direta das pessoas individualmente consideradas, as quais não tiveram reconhecida sua legitimidade ativa para a causa”.

Passamos, então, a analisar algumas particularidades da denominada legitimidade *ad causam* para a propositura da Ação Civil Pública com vistas a proteger o meio ambiente cultural.

c.1. A legitimidade para agir das *associações civis*

Conforme Miranda (2006, p. 175), hoje é incontroversa a “possibilidade de se buscar a proteção de determinado bem através de um provimento emanado do Poder Judiciário”.⁴⁷ Nesse sentido, caberia ao Poder Judiciário, além de apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, “a tarefa de dizer do valor cultural de determinado bem e de ditar regras de observância obrigatória, no sentido de sua preservação ante a omissão de seu proprietário ou Poder Público” (MIRANDA, 2005, p. 175).

Ora, uma associação civil com as características fundamentais por nós destacadas⁴⁸ tem legitimidade especial no direito processual brasileiro para a propositura da Ação Civil Pública ambiental, com vistas a levar ao Poder Judiciário a apreciação de toda e qualquer lesão ou ameaça ao bem ambiental arqueológico, além de exigir desse Poder, quando necessário, que defina seu valor cultural e requerer a observância de regras para sua melhor fruição e preservação. Isso poderá ocorrer, desde que a associação:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil; b) inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, turístico e paisagístico. (MIRANDA, 2006, p. 181)

Miranda (2006, p. 181) afirma ainda que o “requisito⁴⁹ pré-constituição da associação 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”.

⁴⁷ Mirra (2005, p. 42) observa que “o legislador brasileiro, na ação civil pública disciplinada pela Lei 7.347/1985, privilegiou a participação judicial semidireta na defesa do meio ambiente”.

⁴⁸ Entidade privada, sem fins lucrativos, criada espontaneamente no meio social, pela vontade e iniciativa diretas dos cidadãos, com o fim institucional de promover a defesa dos interesses difusos, sem conotação corporativista e livre de qualquer controle estatal.

⁴⁹ “Outros *requisitos*, muito comuns na disciplina da matéria em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o número de membros associados, a vinculação geográfica da entidade autora em relação ao meio ou bem ambiental atingindo ou a ser protegido, a natureza e a importância das atividades práticas efetivamente empreendidas pela associação e o prévio reconhecimento ou declaração pelo Poder Público, não foram contemplados pelo legislador brasileiro como condição para a verificação da representatividade das associações, de modo que não podem ser exigidos, nem mesmo pelo juiz da causa” (MIRRA, 2004, p. 144).

Na visão de Mirra (2004, p. 204), “a Lei 7.347/1985 estabeleceu, em seu art. 5º, I e II, 03 (três) requisitos que, em princípio, deverão ser preenchidos para que uma associação civil seja considerada representativa dos interesses da coletividade na proteção do meio ambiente cultural”:

- 1) a associação civil deve estar constituída nos termos da lei civil, ou seja, ter personalidade jurídica, materializando-se essa constituição com a inscrição dos seus estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 45 do CC c/c os arts. 114 a 121 da Lei de Registros Públicos);
- 2) a associação deve estar constituída há pelo menos um ano quando da propositura da ação civil pública, exceção feita à hipótese expressamente prevista no § 4º do art. 5º;
- 3) a associação civil deve ter como finalidade institucional, definida nos seus estatutos, a proteção do meio ambiente. (MIRRA, 2004, p. 204)

Ressalta o jurista que,

nos termos da lei, tais requisitos, além de necessários, são suficientes para a caracterização da representatividade adequada⁵⁰ da associação civil. Presentes os três requisitos, segundo o jurista, “a associação no sistema brasileiro, passa automaticamente ser considerada representativa dos interesses da sociedade na proteção do meio ambiente, tendo a partir daí reconhecida sua legitimidade para agir em

⁵⁰ Segundo a teoria da *Representatividade adequada*, para o ajuizamento de uma demanda coletiva, não basta que o ente esteja incluído no rol dos respectivos legitimados, sendo necessário também que ele demonstre possuir condições de exercer adequadamente essa legitimação em juízo. Sobre a *Representatividade adequada* veja-se o julgamento do Recurso de Apelação nº 02809/2003, de relatoria do Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, da 3ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido em 13.4.2004. Entre outros fundamentos, o acórdão adotou a teoria da *representação adequada*, oriunda do direito norte-americano, para estabelecer que a associação civil em questão, embora formalmente legitimada à propositura de ações civis públicas, não reunia condições de representar adequadamente os seus afiliados naquele caso concreto. Mirra (2006, p. 46) diz que “[...] não há como negar que o modelo brasileiro é pouco exigente no concernente aos requisitos de representatividade adequada das associações legitimadas para a ação civil pública, já que calcado em critérios meramente formais”. Mas essa é, segundo ele, “uma opção legislativa que encontra plena justificativa na necessidade de estimular os movimentos associativos a adotarem todas as providências ao seu alcance para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos, inclusive pela via do poder judiciário. Por essa razão, o ingresso em juízo nesse campo não pode ficar sujeito a controvérsias e questionamentos desnecessários quanto à admissibilidade da demanda coletiva e à representatividade dos entes legitimados, circunstância que constituiria fator de desconfiança e temor para as organizações não governamentais, capaz de afastá-las das disputas judiciais. Mirra (2004, p. 205) diz ainda que “[...] o Projeto de lei 3.034/1984, do Deputado Federal Flávio Bierrenbach, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., do qual resultou, na sequência dos trabalhos, com outro (Projeto de Lei 4.984/1985), de autoria do Poder Executivo Federal, a Lei 7.347/1985, tinha disposição expressa que conferia ao juiz da causa a incumbência de verificar a *representatividade adequada* da associação civil no caso concreto, a partir de dados discriminados exemplificativamente no próprio diploma projetado (arts. 2º e 4º). Contudo, tal disposição foi suprimida no texto final, segundo consta, por temerem os parlamentares decisões arbitrárias por parte dos juízes nessa matéria. Assim, afastando-se do modelo inspirador norte-americano nesse passo, o legislador brasileiro optou por modelo diverso, ao elencar taxativamente na lei os requisitos de representatividade adequada das associações civis legitimadas para a causa na ação civil pública disciplinada pela Lei 7.347/1985, sem possibilidade de considerações de quaisquer outros pelo magistrado na hipótese concreta”.

juízo por intermédio da demanda coletiva ambiental regulada pela Lei 7.347/1985". (MIRRA, 2004, p. 204)⁵¹

Citados por Mirra, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery observam que

As associações civis são legitimadas para a defesa em juízo dos direitos difusos e coletivos, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos na lei: estar constituída há pelo menos um ano e incluir entre suas finalidades institucionais a defesa de um dos bens jurídicos indicados na LACP 1º [...]. A legitimidade é aferível *ope legis*, bastando a associação preencher os requisitos contidos na lei para considerar-se legitimada ativa para a ACP, ao contrário da ação de classe (*class action*) norte-americana, onde essa legitimidade é aferível *ope judicis*, cumprindo ao juiz verificar se a associação possui adequada representatividade dos membros e da classe que representa. As limitações à legitimação das associações para a propositura da ACP são apenas e tão somente as estipuladas na norma ora comentada (constituição na forma da lei civil há pelo menos um ano; inclusão, entre suas finalidades institucionais, da defesa de um dos direitos protegidos pela LACP). Não tem lugar, por ser ilegal, outra exigência ou distinção, principalmente tendo em vista a qualidade da entidade, que restrinja a legitimação para agir das associações, fora das hipóteses expressamente enunciadas na norma ora em exame. (MIRRA, 2005, p. 47)⁵²

De todo modo, o Ministério deve intervir no processo, mesmo não sendo parte, atuando obrigatoriamente como *fiscal da lei*. Ressaltamos, ainda, que em caso de desistência ou abandono da causa pela associação, a titularidade ativa será assumida pelo Ministério Público ou outro legitimado que promoverá a execução da sentença, caso a associação autora não o faça no prazo de sessenta dias, contados do trânsito em julgado da sentença (arts. 5º, §§ 1º e 3º, e art. 15).⁵³

A atribuição do direito de ação às associações para a defesa de interesses difusos constitui, no entendimento de Mirra,

⁵¹ Segundo Mirra (2004, p. 204), a realidade da Lei 7.347/1985, com respeito à *representatividade adequada das associações civis* "[...] em nada foi modificada, na seqüência, pela Lei 8.078/1990, a qual, relativamente à legitimidade ativa para as demandas coletivas, manteve a mesma orientação (art. 82)".

⁵² Nota 10, relativa ao art. 5º da Lei 7.347/1985.

⁵³ Sobre a legitimidade ativa prescrita na Lei de Ação civil Pública, Mirra (2004, p. 144) observa que "nesse instrumento processual, em conformidade com o disposto no art. 5º da referida lei, atribuiu-se a iniciativa da ação civil pública apenas a determinados 'grupos ou instituições sociais secundários' — no caso, *o Ministério público e as associações civis ambientalistas* —, que se encontram, como mencionado, em posição intermediária entre os cidadãos e os representantes eleitos pelo povo. Afastou-se, com isso, a participação direta das pessoas individualmente consideradas, as quais não tiveram reconhecida sua legitimidade ativa para a causa" (Grifo nosso).

[...] *uma das inovações mais importantes introduzidas no direito processual brasileiro pela Lei 7.347/1985*, justificável, pelo que vem de ser exposto, em razão da natureza específica dos bens protegidos, principalmente o meio ambiente, bem de uso comum do povo, cuja preservação é direito de todos, não sujeito ao monopólio do Estado para a sua implementação. Evidente, assim, a necessidade de participação ativa da coletividade na gestão e na proteção do meio ambiente [...] por intermédio do Poder Judiciário. (MIRRA, 2005, p. 46, grifo nosso)⁵⁴

Por fim, sobre a *coisa julgada*, diz Mirra que

[...] após estabelecer a eficácia *erga omnes* desta, nas hipóteses de sentença de procedência e improcedência por ser a pretensão infundada, dispôs o legislador a respeito da mutabilidade do julgado quando a demanda for julgada improcedente por deficiência de prova, abrindo-se a qualquer legitimado ativo a possibilidade de repropor a demanda, pelo mesmo fundamento, desde que amparado em nova prova (art. 16) (MIRRA, 2005, p. 48)⁵⁵

c.2. o Ministério Público

No tocante ao *Ministério Público*, impõe-se anotar, segundo Mirra (2005, p. 44), citando Diogo de Figueiredo, “[...] que, embora, formalmente, seja um órgão do Estado, substancialmente, pela sua atuação, tem se notabilizado como órgão da sociedade”. A respeito da atuação desse órgão, Mirra cita Goulart, que entende que,

desde o reconhecimento da sua legitimação para a propositura de demandas em defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) e pela Lei 7.347/1985, passando pela adoção explícita de um novo perfil a partir da Lei Complementar 40/1981 (anterior Lei Orgânica Nacional do

⁵⁴ Mirra (2004, p. 204) sugere algumas reflexões sobre os requisitos estabelecidos na Lei 7.347/1985, notadamente aqueles que tratam da legitimidade das associações, questionando se “[...] asseguram, de fato, a representatividade das associações civis ambientalistas, como autênticas porta-vozes dos interesses da sociedade na proteção do meio ambiente, e se bastam eles para garantir a atuação escrupulosa e eficiente dos entes não governamentais na defesa desse bem a todos pertencentes”. Sugere o jurista. “[...] inclusive, cogitar da alteração da disciplina legal da matéria, para a inclusão de outros requisitos suscetíveis de garantir que uma determinada associação civil, ao ingressar em juízo, o faça em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na proteção do meio ambiente, com atribuição até, ao juiz, caso a caso, da tarefa de aferir a representatividade adequada da entidade” (MIRRA, 2004, p. 204).

⁵⁵ Mirra (2005, p. 48) diz que “Tal previsão legal, como se sabe, ao não tornar imutáveis os efeitos da sentença proferida na ação civil pública quando não houver material probatório suficiente a autorizar a procedência do pedido, teve como finalidade, precisamente, prevenir ou minimizar o risco de conluio entre o autor legitimado e o réu e, com isso, evitar ações simuladas, as quais, devido à atuação insatisfatória daquele, poderiam ser julgadas improcedentes, com a garantia da coisa julgada *erga omnes* fraudulentamente obtida em detrimento da sociedade”.

Ministério Público), que o definiu como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e lhe atribuiu a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais indisponíveis, até chegar à sua consagração na Constituição de 1988 como um dos canais de que a sociedade dispõe para a consecução do objetivo básico e fundamental da República brasileira, de construir uma democracia econômica e social, com atribuição institucional específica para atuar em defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF), o que se verifica é que a cada vez mais o Ministério Público vem atuando como órgão da sociedade civil. (GOULART⁵⁶ *apud* MIRRA, 2005, p. 44)

Mirra completa, a seu modo, a citação de Goulart, dizendo que

Tanto é assim que na Constituição de 1988 a disciplina do Ministério Público encontra-se em capítulo distinto daqueles destinados aos poderes do Estado (Capítulo IV, Seção I, Título IV), assegurada a sua independência perante o Legislativo, o Judiciário e, sobretudo, o Executivo, vedadas, ainda, expressamente, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, XI). (MIRRA, 2005, p. 44)

► Como entende a Justiça brasileira: jurisprudência do tema⁵⁷

A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art.37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 2. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 3. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. 4. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da

⁵⁶ GOULART, Marcelo Pedroso Goulart. *Ministério Público e democracia*. Leme: Editora de Direito, 1998. p. 90.

⁵⁷ MIRANDA (2006, p. 182-184).

legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança Coletivo. 5. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 6. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 7. Precedentes do STJ: AARESP 229226/RS- Rel. Min. Castro Meira- 2ª T- DJ de 7.6.2004; RESP 183569/AL, deste relator- 1ª T.- DJ de 22.9.2003; RESP 404239/PR- Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar- 4ª T.- DJ de 19.12.2002; ERESP 141491/SC- Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial-DJ de 1.8.2000. 8. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses interesses transindividuais participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despatrimonialização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 9. A indisponibilidade está exatamente na órbita de atingimento da decisão judicial a um grupo indeterminado de pessoas. Aliás, a ratio essendi do surgimento da ação civil pública foi exatamente a constatação que se empreendeu ao verificar-se que o cidadão isolado não teria aptidão para mover uma ação capaz de gerar decisão de tamanho espectro. 10. Tanto é verdade que a ação não se dirige a interesses individuais, que a coisa julgada pode ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria; caso contrário, recolherá decisão desfavorável à sua própria sorte, independentemente de o resultado da ação civil pública por interesse individual homogêneo ser favorável; quer dizer, se ele individualmente recolheu uma decisão desfavorável, suspenderam o seu processo, não poderá aproveitar-se da ação civil pública, que versa interesses individuais homogêneos. 11. Na essência, a ação civil pública, que versa sobre interesses individuais homogêneos, não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. Pelo simples fato de o interesse ser supra- individual, por si só já é indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. (STJ- RESP- 586307- Processo: 200301512700- UF: MT- Órgão Julgador: 1ª T.- Rel. Min. Luiz Fux 14.9.2004)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Defesa de conjunto arquitetônico componente de patrimônio histórico-cultural – Legitimidade - Lei 7.347/85, art. 5º, inc. II - Interesse de agir – Presença - Decorrência da própria legitimação outorgada pela lei - Ocorrência dos fatores caracterizadores deste elemento da ação - Recurso não-provido. Não falecia ao Ministério Público legitimidade e interesse para a propositura da ação civil pública em defesa do

patrimônio histórico, bastando que se leia o que consta do disposto no art. 5º, inc.II, da Lei 7.347/85. Quando a lei confere legitimidade de agir ao Ministério Público, presume o interesse de agir: no caso o interesse está na própria norma que chama o Ministério Público ao processo. O interesse de agir resulta da soma de dois elementos que lhe são intrínsecos: a necessidade concreta do processo e a adequação do provimento desejado e do procedimento escolhido pelo autor. (TJSP- Agravo de Instrumento 018.214-5- Sorocaba- 8ª Câ. Dir. Público- Rel. Celso Boni- 11.12.1996- v.u)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TOMBAMENTO - PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL - OBRAS SACRAS - LEGITIMIDADE - ASSOCIAÇÃO CULTURAL E COMUNITÁRIA DE SANTA LUZIA - DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS - INTELIGÊNCIA DO ART.5º, DA LEI 7.347/85 - IEPHA - ASSISTENTE SIMPLES - INTERESSE JURÍDICO – PERITA - SUSPEIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. Afigura-se inelidível o interesse jurídico comum entre o IEPHA e a Associação Cultural e Comunitária de Santa Luzia na presente ação civil pública, tendo em vista que o tombamento consiste em atividade tipicamente administrativa, competindo ao poder público protegê-lo de mutilações e destruições. Em se tratando de pessoa conhecida do juízo que, por óbvio, mostra-se digna de confiança do Juiz, é presumível a isenção e imparcialidade da perita, aliada ao fato de que os agravantes não lograram êxito em comprovar que a mesma não tenha conhecimento técnico necessário para desvendar fato controvertido e relevante ao deslinde da causa. As reportagens destacadas nos jornais são, a meu sentir, insuficientes a abalar o comprometimento com a verdade no trabalho da expert. Agravo não-provido. (TJMG- Ag. 1.0245.03.029114-1/003- Rel. Des. Célio César Paduani- J.3.8.2004)

► Direito Comparado

Segundo Mirra (2005, p. 204), “[...] diferentemente do que se passa nos países da *common law*, e em especial nos EUA, onde o legislador nacional buscou inspiração nesse tema, no modelo adotado pelo direito brasileiro não se admite o controle judicial a respeito da representatividade adequada das associações ambientalistas, fora dos estreitos limites dos requisitos estabelecidos nos incisos I e II do art. 5º da Lei 7.347/1985.⁵⁸ Quando muito, por

⁵⁸ Mirra (2004, p. 204) observa que “Semelhante orientação é adotada por Arruda Alvim, Tereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e Jammes J. Marins de Souza e por Marcelo Abelha”.

força do disposto no § 4º do referido art. 5º da LACP, autoriza-se o juiz a dispensar o requisito da pré-constituição da associação há um ano na data da propositura da demanda, nos casos em que houver manifesto o interesse social, evidenciado pela dimensão ou pela característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido; nunca, porém, a acrescentar exigências não previstas na lei”.

1) O Objeto da Ação Civil Pública

Segundo Miranda (2006, p. 174), “a ação civil Pública poderá ter por objeto evitar o dano, repará-lo ou buscar a indenização pelo dano causado, sendo viável a pretensão de condenação em dinheiro, do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer bem como da declaração de situação jurídica”.

Outro ponto de destaque nesse tema é extraído dos dizeres dos arts. 83 e 90 do Código de Defesa do Consumidor, que, combinados com os termos dos arts. 1º e 21º da Lei 7.347/85, prescrevem que “para a defesa do patrimônio cultural brasileiro são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (MIRANDA, 2006, p. 174). Hugo Nigro Mazzilli, confirmando essa assertiva, diz que

cabem ações civis públicas condenatórias, cautelares, de execução, meramente declaratórias, constitutivas ou as chamadas ações mandamentais. Como exemplos afigure-se a necessidade de reparar ou impedir um dano (ação condenatória ou cautelar satisfativa), ou declarar nulo (ação declaratória) ou anular (ação constitutiva negativa) um ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural. Ou a necessidade de anular um contrato administrativo que contenha algum vício, ou que indevidamente permita a demolição de um bem de valor histórico. (MAZZILLI, 2002, p. 196)

Com respeito à utilização da ação civil pública para a defesa do patrimônio cultural, Miranda (2006, p. 175) informa que “há plena viabilidade de se cumular pedidos consistentes em obrigações de fazer e não fazer com indenização em virtude dos danos

tecnicamente irreparáveis e também dos danos extrapatrimoniais”. Segundo o jurista, “somente assim será possível a integral reparação objetivada pelo Direito Ambiental⁵⁹, evitando-se o enriquecimento ilícito do degradador em detrimento dos direitos da coletividade” (MIRANDA, 2006, p. 175).

O jurista sugere, ainda, o ajuizamento de “[...] ação cautelar objetivando, inclusive, evitar dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (MIRANDA, 2006, p. 175).

Além disso, na ação proposta que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, “[...] o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor” (MIRANDA, 2006, p. 175). Continuando, Miranda (2006, p. 175) diz que “o juiz poderá conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

Miranda lembra ainda que,

[...] havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados. (2006, p. 175)⁶⁰

2) A Ação Civil Pública declaratória de valor cultural

Este item nos remete a um importante posicionamento doutrinário e jurisprudencial que muito interessa às associações, especialmente àquelas constituídas para a defesa do patrimônio cultural. Com efeito, “em caso de omissão do Poder Público

⁵⁹ Os princípios do Direito Ambiental aplicáveis nesse caso, segundo Miranda, seriam o da *prevenção* e o da *reparação integral*.

⁶⁰ “Em nível federal o Decreto n. 1.306, de 9 de novembro de 1994, regulamentou o Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que tratam os arts. 13 e 20 da Lei de Ação Civil Pública” (MIRANDA, 2006, p. 175).

no dever de zelar pela integridade dos bens culturais, é incontroversa a possibilidade de se buscar a proteção de determinado bem através de um provimento emanado do Poder Judiciário” (MIRANDA, 2006, p. 175). Isso porque ao Poder Judiciário, além da incumbência de apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, conforme previsão expressa no art. 5º XXXV da CR/88), “[...] *também é dada a tarefa de dizer do valor cultural de determinado bem e ditar regras de observância obrigatória, no sentido de sua preservação ante a omissão de seu proprietário ou do Poder Público*” (MIRANDA, 2006, p. 175-176, grifo nosso).

Desse modo, Miranda expressa o nosso posicionamento a respeito do fato de que, além do tombamento, há outras formas de acautelamento e proteção do patrimônio cultural, conforme os termos do § 1º do art. 216 da CF. Segundo o jurista, a legislação Federal vigente, notadamente a Lei 7.347/85, consagra ao Poder Judiciário a possibilidade de reconhecimento do valor cultural, por exemplo, do patrimônio arqueológico, determinando “as medidas necessárias à sua conservação, independentemente de prévio ato de tombamento” (MIRANDA, 2006, p. 176).

Esse é o posicionamento também de vários outros juristas. Por exemplo, Hugo Nigro Mazzilli, citado por Miranda, diz o seguinte:

Fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado. Em caso de tombamento, temos proteção administrativa especial. Sempre que o legislador, por qualquer razão, quis exigir tombamento, ele o explicitou claramente. Na Lei 7.347/85, entretanto, o legislador não limitou a proteção jurisdicional de valores culturais apenas aos bens tombados – e seria rematado absurdo se o fizesse.

Afinal, nada impede que um bem tenha acentuado valor cultural, mesmo que ainda não reconhecido ou até mesmo se negado pelo administrador; quantas vezes não é o próprio administrador que agride um bem de valor cultural?!

O tombamento, na verdade, é um ato administrativo complexo: de um lado, declara ou reconhece a preexistência do valor cultural do bem; de outro, constitui limitações especiais ao uso e à propriedade do bem. Quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é ato meramente declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe este último e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento.

Admitir que necessário fosse o prévio tombamento para posterior defesa em juízo, seria, na verdade, tornar inócua na maioria das vezes a proteção jurisdicional. Se só bens tombados (definitiva ou

provisoriamente) pudessem ser protegidos pela ação civil pública, por absurdo nem mesmo uma cautelar, dita satisfativa, destinada a impedir um dano iminente, poderia ser proposta, se o bem de valor cultural não estivesse tombado [...] Frutar-se-ia o escopo das leis, seja o da Lei 7.347/85 (que cuida não só da reparação do dano, como de sua prevenção), seja até mesmo o escopo da Constituição da República (cujo art. 216, § 4º, prevê punição não só pelos danos, como pelas próprias situações de risco causadas ao patrimônio cultural).

Além do mais, partindo do raciocínio de que o bem tenha valor cultural para a comunidade, titulares deste interesse são os indivíduos que compõem a coletividade (por isso que o interesse é difuso). Ora, seria inadmissível impedir, por falta de tombamento, o acesso ao Judiciário para proteção a valores culturais fundamentais da coletividade. Não há nenhuma exigência da lei condicionando a defesa do patrimônio cultural ao prévio tombamento administrativo do bem, que, como se viu, é apenas uma forma administrativa, mas não sequer a única forma de regime especial de proteção que um bem de valor cultural pode ensejar (MAZZILLI⁶¹ *apud* MIRANDA, 2006, p. 176-177).

Miranda apresenta também o posicionamento de Edis Milaré:

Como se disse, e não faz mal repetir, o reconhecimento de que determinado bem tem valor cultural não é privativo do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, podendo também ser emanado do Poder Judiciário.

Essa linha preconizada pela Lei 7.347/85, que tornou possível a inclusão de bens no patrimônio cultural brasileiro por meio de decisão judicial, independentemente do critério administrativo. Aliás, pode ocorrer que falta de proteção de tais bens decorra exatamente da omissão do poder público, ou seja, do ato de tombamento, de forma que, se esse fato ocorre, é através da ação civil pública que os legitimados buscarão a necessária tutela jurisdicional. A propósito não custa lembrar que o tombamento não constitui, mas apenas declara a importância cultural de determinado bem, motivo pelo qual mesmo coisas não tombadas podem ser tuteladas em ação civil pública.

Realmente, a identificação do valor cultural de um bem não emerge da mera criação da autoridade, visto que ela já tinha existência histórica no quadro da sociedade. O fato de um determinado bem pertencer ao patrimônio cultural ou, como diz a lei, ser bem ou direito de “valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, pode ser provado no curso da ação civil pública e referendado por provimento jurisdicional. (MILARÉ⁶² *apud* MIRANDA, 2006, p. 177)

Rui Arno Richter se posiciona de forma semelhante:

Assim, se o Poder executivo e o Poder Legislativo omitirem-se na preservação e acautelamento de determinado bem ou de um conjunto de bens de valor cultural, a iminência de sua destruição, deterioração ou mutilação exige a possibilidade de remédios jurídicos à disposição da

⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

⁶² MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 193.

sociedade civil e do cidadão para invocar a tutela do Poder Judiciário, buscando decisão judicial como outra forma de acautelamento e preservação do patrimônio cultural.

Estes instrumentos imprescindíveis são a ação civil pública e a ação popular, que mais irão contribuir para atingir os fins para as quais foram concebidas se interpretadas pelos profissionais do Direito com o mesmo sentido de garantia de acesso à ordem jurídica justa que inspirou estas criações. (RICHTER⁶³ *apud* MIRANDA, 2006, p. 178)

A consideração desses posicionamentos doutrinários permite-nos chegar à conclusão de que a ação civil pública é um poderoso instrumento à disposição da sociedade civil (ou seja, das associações civis e fundações) tanto em caso de omissão dos Poderes executivos e legislativos, como em caso de dano ao livre cumprimento de suas prerrogativas constitucionais de preservação do patrimônio cultural via o “[...] reconhecimento judicial do valor de determinado bem e a imposição a seu proprietário e ao Poder público de obrigações de fazer e não fazer necessárias à manutenção de sua integridade” (MIRANDA, 2006, p. 179).

► Como entende a Justiça brasileira: jurisprudência do tema⁶⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PORTO ALEGRE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMÓVEL PARTICULAR. VALOR HISTÓRICO E CULTURAL. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL QUE INCLUA O BEM ENTRE O PATRIMÔNIO CULTURAL A SER PROTEGIDO. POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR A PRESERVAÇÃO DO IMÓVEL. PERIGO DE COLAPSO. INTERESSE PÚBLICO CARACTERIZADO. O Poder Público, mesmo ausente lei municipal que estabeleça a preservação do imóvel constante da listagem de valor histórico cultural, pode determinar ao proprietário sua conservação. Além do valor artístico, histórico ou cultural que importem na sua preservação, cumpre atentar para a conservação estrutural, sob pena de se causarem danos a integridade e vida de pessoas. Agravo ministerial provido. Liminar confirmada. (Ag.In.n.599327285- 4ª C. Civ. do TJRS- Porto Alegre- Rel. Des. Vasco Della Giustina- J.19.4.2000)

⁶³ RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial*.

⁶⁴ MIRANDA (2006, p. 179-181).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART.216,§ 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural-artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico- ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através da ação popular e ação civil pública, uma vez que a Constituição estabeleceu que 'o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação'. (art. 216, § 1º). OBRAS NAS PROXIMIDADES DE IMÓVEL ANTIGO PERTENCENTE AO MUNICÍPIO. ESCAVAÇÕES E EXPLOÇÃO DE LAJE A DINAMITE. DESABAMENTO DA 'CASA DO AGENTE FERROVIÁRIO'. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARQUITETÔNICO. RECONSTRUÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. Recurso provido parcialmente. (Apel. Civ. N.97.001063-0-3ª Câm. Civ. Do TJSC – Criciúma – Rel. Des. Silveira Lenzi – J. 24.8.1999)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PERIGO DE REMOÇÃO DO BEM – O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio histórico e cultural, mesmo que o bem ainda não tenha sido tombado. Ante o perigo iminente de remoção do bem tombado para outra localidade, como se alega oficialmente, é correto o deferimento da liminar que limite a possibilidade dessa remoção. (TJMG – Ag. 000.335.443-8/00 – 7ª Câm. Civ. – Rel. Des. Wander Morotta – J. 5.5.2003)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Obrigação de fazer – Preservação da construção de edifício – Valor histórico e arquitetônico – Lei a respeito não aprovada – Irrelevância – Interesse Público que pode ser defendido como realidade social – Reconhecimento de sua existência que pode ser feito pelo Judiciário, não sendo privativo do órgão Legislativo ou Administrativo – Sentença anulada – Prosseguimento do feito ordenado – Recurso Provido. (RJTJESP 114/38)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMÓVEL DE VALOR HISTÓRICO – IRRELEVÂNCIA QUANTO AO NÃO TOMBAMENTO – POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DEMOLIÇÃO – INICIAL QUE, ADEMAIS, FALA EM RESTAURAÇÃO DE COISA E, SE NÃO POSSÍVEL,

INDENIZAÇÃO, A INTEGRAR O FUNDO DE QUE TRATA A LF 7.347/85 – CARÊNCIA AFASTADA. (TJSP – 7ª Câ. Civ.- Apel. Cív. N. 119.378-1 – Rel. Des. Benini Cabral – 7.3.1990)

3) Competência para apreciação das ações civis públicas

Quanto à competência para a apreciação das ações civis públicas, observa-se que o entendimento inicial dos tribunais era de que as demandas deveriam ser propostas no foro do local do dano, cujo juízo teria competência funcional para processar e julgar a causa, nos exatos termos do art. 2º da Lei 7.347/85. Naquela oportunidade, o STJ chegou a editar a súmula 183 sobre o tema: “Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo”.⁶⁵

Acontece, porém, que a citada súmula veio a ser cancelada no ano de 2000,

[...] ao argumento segundo o qual o art. 2º da Lei de Ação Civil Pública foi revogado pelo art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, que ressalva a competência da Justiça Federal (art. 109, I, CF/99) para o processamento das ações civis públicas nas hipóteses previstas na Constituição Federal. (MIRANDA, 2006, p. 171)

Tendo em vista esse cancelamento, transcrevemos a seguir as ementas de vários julgados que correspondem, segundo Miranda, ao entendimento que “vem prevalecendo, por ora, no âmbito do STJ” (MIRANDA, 2006, p. 171).

⁶⁵ Miranda (2006, p. 170) lembra que, de acordo com os termos desta Súmula, “[...] mesmo em se tratando de defesa de bem tombado em nível federal, onde se faria o interesse do IPHAN, a competência para a apreciação da demanda seria do juízo singular se por acaso estivesse aquele situado em local que não fosse sede da vara da Justiça Federal”.

► Como entende a Justiça brasileira: jurisprudência do tema⁶⁶

AÇÃO CIVIL PÚBLICA- PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE- Ação movida contra o município e comunidade indígena. Inclusão no pólo passivo da União Federal e da FUNAI. Incompetência absoluta do juízo que não conduz à nulidade do processo em razão da sentença de improcedência dos pedidos quanto a estes entes de direito público. Inaplicabilidade da Súmula n. 183 do STJ em razão de seu cancelamento. (TJRS- RN 70004290516- 3ª C. Cív.- Rel. Des. Augusto Otávio Stern- J.20.6.2002)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO LIMINAR QUE SUSPENDEU A EXECUÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL QUE ATINGEM TERRENOS DE MARINHA, SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS E PARQUE AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DO RÉU (ESTADO DO PARÁ). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. OBJEÇÕES DO IPHAN E DO IBAMA SUPERADAS NO CURSO DO PROCESSO, MEDIANTE ENTENDIMENTOS DESSAS ENTIDADES COM O ESTADO CONSTRUTOR DA OBRA. APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC. 1. É competente a Justiça Federal para julgar ação popular proposta com o objetivo de sustar a execução de obra de construção civil que atinge terreno de marinha, parque ambiental e sítios arqueológicos, na qual foi determinada a citação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN como litisconsorte passivo. 2. É inexigível prévia audiência do Poder Público para concessão de liminar em ação cautelar, não se aplicando ao caso o disposto no art. 2ª da Lei n. 8.437, de 30.6.1992. 3. Constatado que, no curso da ação popular em que foi proferida a decisão concessória da liminar, para sustar o prosseguimento de obra de construção civil, face a objeções opostas pelo Instituto Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN e pelo instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis- IBAMA, essas entidades, após entendimentos mantidos com o Estado réu, manifestaram-se pelo prosseguimento das obras, deve ser cassada a liminar, com a aplicação do art. 462 do Código de Processo Civil. (TRF- 1ª Classe: AG- Ag. In. 01001301317- Processo: 200001001301317- UF: PA- Órgão Julgador: 5ª T.- Data da decisão: 15.4.2002- Documento: TRF100152365- Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO A BEM IMÓVEL TOMBADO PELO IPHAN. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o dispositivo contido na parte final

⁶⁶ MIRANDA (2006, p. 171-174).

do §3º do art. 109, da CF/88, é dirigido ao legislador ordinário. Desse modo, a competência estabelecida no art. 2º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Cível Pública), que prevê como competente o foro do local do dano, foi alterada pela Lei 8.078/90 (art. 93- Código de Defesa do Consumidor) que ressalvou expressamente a competência da Justiça Federal em qualquer situação. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do MM. Juízo Suscitado. Origem: (TRF 2ª R.- Classe: CC- Conflito de Competência 5214. Processo: 200102010309858- UF: RJ- Órgão Julgador: 4ª T. – Data da decisão: 12.9.2001- Rel. Juiz Rogério Carvalho)

PROCESSUAL CIVIL- CONSTITUCIONAL- AÇÃO RESCISÓRIA (ART.485, II CPC)- COMPETÊNCIA- AÇÃO CIVIL PÚBLICA- JUSTIÇA ESTADUAL- JUSTIÇA FEDERAL- De acordo com a súmula 183 do STJ, nas comarcas que não sejam sede de Vara Federal, competiria ao Juiz estadual processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figurasse no processo. – Na data do julgamento, o referido enunciado ainda não havia sido cancelado, mas já existiam decisões judiciais e lições doutrinárias sustentando a competência da justiça federal em hipóteses como a dos autos. – Não sendo inequívoca a incompetência do Juízo federal, não me parece razoável a anulação do processo, especialmente se considerarmos o tempo transcorrido desde o ajuizamento da ação civil pública e o bem jurídico tutelado. –Reconhecida a competência da justiça federal para processar e julgar a ação proposta pelo IPHAN, deve o pedido ora formulado ser julgado improcedente. (TRF 2ª R.- Classe: AR- Ação Rescisória 935- Processo: 9802257834- UF: RJ- Órgão Julgador: 1ªS. –Data da decisão: 12.8.1999- Documento: TRF 200095434- Rel. Juiz Ney Fonseca)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA- AGRAVO REGIMENTAL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA- RESPONSABILIDADE POR DANO CAUSADO A BEM CONSIDERADO COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO- INTERESSE DA UNIÃO- APLICAÇÃO DO ART. 109, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL- SÚMULA 183/STJ- CANCELAMENTO- COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL- Nega-se provimento ao agravo regimental em face das razões que sustentam a decisão agravada, sendo certo que consoante disposto no art. 109, I da Magna Carta, a competência para processar e julgar a ação é da Justiça Federal, dado o interesse da União no feito, por tratar-se de Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados a bem de valor histórico, cumulada com obrigação de fazer consistente na tomada de medidas tendentes a restauração e conservação da área denominada Fortaleza de Santo Amaro da Barra Grande, localizada na Ilha de Santo Amaro (Guarujá), junto à praia de Nossa Senhora dos Navegantes (Pouca Farinha), considerada como patrimônio

histórico, já tombada pelo órgão público competente, edificada no final do século XVI, no ano de 1583, à época do domínio espanhol (união das coroas). Não incidência, pois, na espécie, da súmula n. 183 deste Tribunal que, dada a evolução legislativa, restou cancelada. (STJ- AGRCC 27828- SP- 1ªS.- Rel. Min. Francisco Falcão- DJU 5.5.2003- p. 00211)

PROCESSUAL CIVIL- CONSTITUCIONAL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA- Competência do juízo estadual, onde ocorreu o dano. Leis 7.347/91 e 8.078/90. A competência para processar e julgar ação civil pública e do juízo onde ocorreu o dano (art. 2º, Lei 7.437/85). Nas comarcas que não sejam sede de Vara Federal, compete ao juízo estadual o processo e julgamento da ação civil pública, ainda que uma das partes seja pessoa jurídica de direito público federal (art. 109,§3º, da CF/88). Inaplicabilidade das alterações introduzidas pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Entendimento cristalizado na Súmula n. 183, do eg. Superior Tribunal de Justiça. Agravo improvido. (TRF 2ª R.- AG 1999.02.01.034980-0 –4ªT. – Rel. Juiz Fernando Marques- DJU 1.11.2001)

Apelação cível. Ação civil pública. Patrimônio histórico. Ministério Público. Legitimidade ativa *ad causam* presente. Réu revel. Cerceamento de defesa incorrente. Imóvel localizado em Ouro Preto. Cidade tombada como patrimônio histórico nacional e patrimônio da humanidade. Falta de prova de localização fora do perímetro tombado. Fato extintivo do direito da parte ativa. Pretensão procedente. Sentença confirmada. Recurso não- provido. 1. O Ministério Público, por força de norma constitucional, tem legitimidade ativa para aforar ação civil pública visando proteger o patrimônio histórico. 2. Caracterizada a ficta confissão pela revelia da parte passiva, o julgamento antecipado da causa não constitui cerceamento de defesa. 3. Presume-se que o imóvel localizado na cidade de Ouro Preto, tombada pelo Governo Federal como patrimônio histórico nacional e pela UNESCO na condição de patrimônio da humanidade, também foi abrangido pelo tombamento. 4. Constitui fato extintivo da parte ativa na ação civil pública, a circunstância eventual de não estar o imóvel em área tombada. O ônus da prova é da parte passiva (art. 333,II, do CPC). 5. Ausente a prova, confirma-se a sentença que acolheu a pretensão veiculada na ação civil pública. 6. Apel ação cível conhecida e não- provida, rejeitadas duas preliminares. (TJMG- 1.0461.02.008100-0/002 (1)- Rel. Des. Caetano Levi Lopes- J. 30.11.2004)

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA- AÇÃO CAUTELAR DE BUSCAR E APREENSÃO DE OBJETOS SACROS- COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Não havendo na ação cautelar de busca e apreensão de imagens sacras, ajuizada pelo Ministério Público,

qualquer discussão sobre relação jurídica a envolver o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN, e inexistindo demonstração de interesse da autarquia federal – ou mesmo litisconsórcio a envolver a União- a competência para o julgamento da ação é da Justiça Estadual. – Tratando-se de discussão sobre a propriedade de imagens, com suspeita de que pertençam ao acervo cultural do Estado de Minas Gerais, possivelmente furtadas, e se o prejuízo aqui ocorreu, a competência é da Justiça Estadual. (TJMG- 1.0024.04.341695-7/001 (1)- Rel. Des. Wander Marotta- J.27.9.2005)

d) Mandado de Segurança Coletivo ambiental

O Mandado de Segurança Coletivo ambiental⁶⁷ é uma novidade no ordenamento constitucional pátrio e encontra guarida no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988. Discorrendo sobre esse instrumento processual, Capela (2002, [s.p.]) lembra que a sua utilização afasta o acolhimento cego do “[...] dogma individualista do art.6º do CPC segundo o qual cada um só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos e passa-se a aceitar que entidades, atuando em nome próprio, defendam os direitos de seus membros ou associados, como substitutas processuais”. Vejamos os dizeres do artigo em tela:

Art. 5º, LXX: o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;

⁶⁷ Fiorillo (2004a, p. 363) afirma que usa a terminologia *Mandado de Segurança Ambiental* “justamente porque o vocábulo coletivo, que vem a adjetivar a expressão mandado de segurança não traduz a idéia, como se pode pensar, de proteção a direitos coletivos *stricto sensu*”. Com efeito, Capela (2002, [s.p.]) alerta para o fato de que “o mandado de segurança coletivo segue, via de regra, o mesmo procedimento aplicável ao individual”. A afirmação de Capela é confirmada pela jurisprudência; por exemplo, pela decisão da 6ª Turma do STJ (STJ – 6ª T. – RO em MS nº6.159/RS – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ em 25/02/02, p. 443), segundo a qual “A Constituição Federal não fez qualquer distinção entre o mandado de segurança coletivo e o individual, sendo certo que a única inovação se deu tão-somente em relação à legitimação extraordinária para a impetração do *mandamus* (artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal)”. Capela (2002, [s.p.]) lembra ainda que, “com relação à liminar, são utilizadas as mesmas regras aplicáveis ao mandado de segurança individual, entretanto com uma diferença, a constante do art. 2º da Lei 8.437 de 30.06.92 que prescreve que no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”. Entende o jurista, porém, que “esta distinção apresenta-se inconstitucional, pois quando o constituinte originário criou o mandado de segurança coletivo ele dispôs como diferença única entre o individual a legitimação ativa, sendo assim lei ordinária não deve, nem pode, fazer distinções não previstas na Carta magna” (CAPELA, 2002,[s.p.]).

b) organização sindical, entidade de classe ou *associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*. (grifo nosso)

A definição do Mandado de Segurança Coletivo é formulada por José Cretella Júnior, citado por Capela:

Mandado de segurança “coletivo” é ação de rito especial que determinadas entidades, enumeradas expressamente na Constituição, podem ajuizar para defesa, não de direitos próprios, inerentes a essas entidades, mas de direito líquido e certo de seus membros, ou associados, ocorrendo, no caso, o instituto da substituição processual (CRETELLA JÚNIOR⁶⁸ *apud* CAPELA, 2002, [s.p.]).

A respeito da origem desse instrumento processual, Fiorillo se fundamenta em Nelson Nery Junior, que afirma o seguinte:

Quer com a evolução das “seguranças reais” do direito *reinol*, ou com o tratamento dado pela doutrina mais antiga à posse dos direitos pessoais, o fato é que o mandado de segurança tem mesmo origem no antigo direito luso-brasileiro, havendo recebido, contudo, influência do *judicio* de amparo do direito mexicano e dos *writs* do direito anglo-saxão. (NERY JÚNIOR *apud* FIORILLO, 2004a, p. 365)

Sobre a legitimidade ativa para a impetração da *mandamus*, Fiorillo diz que

a Constituição Federal não foi taxativa no tocante à regra da titularidade ativa para a propositura do mandado de segurança coletivo (inciso LXX do art. 5º), e, muito menos, tal fato sucedeu em sede infraconstitucional, conforme se depreende do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor. (FIORILLO, 2004a, p. 365)

Observa o professor que “a tutela de direitos coletivos *lato sensu* por via deste instrumento, será possível pelos legitimados elencados no citado art. 82”, quais sejam:

Art. 82. Para fins do art. 100, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
I - o Ministério Público;
II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 8.

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblar.

Parag. 1º - O requisito da pré constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (FIORILLO, 2004a, p. 364)

Desse modo, Fiorillo confirma que o rol de legitimados ativos para a propositura desta medida não é exaustivo e que “[...] também o Ministério Público poderá impetrar o mandamus coletivo, segundo exame dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal” (FIORILLO *apud* SALGE JR., 2003, p. 137). Com relação aos demais legitimados ativos lançados no rol do art. 5º, inciso LXX, alínea b (organização sindical, entidade de classe ou associação), Fiorillo faz uma importante colocação: a expressão “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”, presente nessa norma, definitivamente não significa uma restrição às associações para a defesa dos direitos difusos. Segundo Fiorillo (2004a, p. 372) a interpretação a favor da restrição “importaria em acatar um posicionamento contrário ao espírito da norma e importaria em seu esvaziamento”.

Assim, a medida pode ser utilizada pelos legitimados ativos para “[...] proteger direito líquido e certo de natureza ambiental, quando o poluidor responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, da CF)” (FIORILLO, 2004a, p. 373). Ela comporta pedido liminar, a fim de que não pereça o direito protegido.

Esse posicionamento, porém, não é pacífico na doutrina. Capela, discorrendo sobre a legitimação ativa de organização sindical, entidade de classe e associação, apresenta 03 (três) questões merecedoras de análise por resumirem as divergências dos doutrinadores e dos tribunais acerca da viabilidade da impetração de mandado de segurança coletivo por estas entidades:⁶⁹

⁶⁹ Capela (2002) diz que essa esquematização das questões foi inspirada no artigo de SANTIAGO, Igor Mauler. Legitimidade das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações para a impetração de mandado de segurança coletivo contra a retenção em folha de tributos indevidamente exigidos

- 1) a possibilidade da exigência da autorização expressa de seus membros ou filiados para a atuação judicial;
- 2) a possibilidade da necessidade de conexão entre a matéria deduzida em juízo e os fins institucionais da entidade;
- 3) a possibilidade de atuação da entidade na defesa dos direitos de apenas uma parcela de seus membros ou filiados.

Examinamos a seguir, de maneira individualizada, cada uma dessas “questões” (posições) segundo o entendimento da doutrina e da jurisprudência:

1) Da autorização expressa de seus membros ou filiados para a atuação judicial

Segundo Capela (2002, [s.p.]), essa questão é compreendida de modo divergente pela doutrina e pela jurisprudência em razão do que dispõe o art. 5º, XXI, *in verbis*: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicialmente ou extrajudicialmente”.

José Afonso da Silva⁷⁰, citado por Capela, realizando uma leitura rígida do dispositivo, diz que “a regra geral (art. 5º, XXI) prevalece em todos os casos em que se reclama o direito subjetivo individual dos associados”.

De outro lado, adotando a linha de pensamento defendida por Fiorillo, encontram-se os juristas Hely Lopes Meireles, Alexandre de Moraes, Michel Temer, entre outros, que entendem ser desnecessárias quaisquer exigências dos membros ou filiados para a atuação judicial (CAPELA, 2002). Trata-se, nesse caso, da doutrina majoritária, que não opõe qualquer restrição às entidades arroladas no art. 5º, inciso LXX, alínea b da CR/88 para a defesa dos direitos difusos. Calmon de Passos, também citado por Capela, propõe uma síntese desse posicionamento considerando as amplas possibilidades da organização sindical, da entidade de classe ou da associação para:

de seus associados e cita a fonte: *Jus Navigandi*, Teresina, n. 19. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1300>>. Acesso em: 19 dez. 2001.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- a) a impetração [...] do mandado de segurança em seu próprio favor, na defesa de direito público subjetivo de que seja titular;
- b) a impetração [...] de mandado de segurança em favor de associados, porque expressamente autorizada por eles na espécie; aqui, pode a entidade agir sem qualquer limitação ou vínculo, porque o objetivo do inciso XXI do art. 5º da CF foi proporcionar o apoio (serviço) da entidade ao associado, nos limites em que o associado julga conveniente esse apoio;
- c) a impetração [...] de mandado de segurança coletivo em favor de seus membros ou associados, como substituta processual e independente de autorização deles, por estarem em jogo direitos (individuais) de associados seus, direitos esses que guardam certo vínculo com os fins mesmos da entidade (interesse qualificador do vínculo associativo). (PASSOS⁷¹ *apud* CAPELA, 2002, [s.p.])

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema⁷²

Merece destaque a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, que compartilha o entendimento da doutrina majoritária:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: DESNECESSIDADE. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, b. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. Súmula 266-STF. (STF – Pleno – MS nº 22.132/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.11.96, p. 39.848).

I - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.

II - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.

III - O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.

IV - Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 266-STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta

⁷¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e "habeas data"*: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

⁷² CAPELA, Fábio Bergamin. Mandado de segurança coletivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3037>>. Acesso em 05/12/05.

características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo.

V - Mandado de Segurança não conhecido.

O Superior Tribunal de Justiça também apresenta o mesmo entendimento:

EMENTA: PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LEGITIMAÇÃO ATIVA DE ASSOCIAÇÃO. (STJ – 2ª T. – RO em MS nº 12.748/TO – Rel(a). Min. Eliana Calmon, DJ de 11.03.02, p. 217)

1. A jurisprudência pacificou entendimento de que na expressão "denegação de segurança" (art. 105, II, "b" CF/88) inclui-se a decisão que extinguiu o mandado de segurança sem exame do mérito.
2. As associações não precisam estar autorizadas para impetrarem mandado de segurança coletivo como substituto processual de seus associados (art. 5º, XXI, e LXX da CF/88).
3. A exigência de autorização só é imprescindível em caso de representação.
4. Recurso ordinário conhecido e provido.

2) Da conexão entre matéria deduzida em juízo e os fins institucionais da entidade:

Esse ponto, segundo Capela (2002, [s.p.]), “é o que questiona se há a necessidade da matéria que vir a ser objeto de litígio estar relacionada com os fins da entidade impetrante”. Segundo o autor, “a maioria, tanto da doutrina como jurisprudência, tem entendido que sim” (CAPELA, 2002, [s.p.]). Nesse sentido, o direito que constitui objeto do litígio deve guardar “[...] vínculo com o objeto da entidade impetrante, ou com a atividade de seus associados” (CAPELA, 2002, [s.p.]). Mas não se exige que esse direito seja peculiar e próprio daquela classe, assim como já exposto no item III da ementa do MS nº 22.132/RJ.

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema⁷³

Capela transcreve trecho de sentença lavrada por Lúcia Valle Figueiredo Collarile, de São Paulo, juiz que, segundo ele, “mostra-se precursora em tal posição, pois a decisão foi proferida em novembro de 1988”:

“a idéia matriz de constituição do próprio sindicato é defesa de categoria profissional, certa e determinada. A tutela de interesses alheios à finalidade básica do sindicato não se pode pretender pela via do mandado de segurança coletivo. Se assim fosse, não teríamos a despersonalização dos interesses individuais, que se transformariam no interesse do grupo, mas não a somatória de interesses individuais a transcender a categoria.”

O Supremo Tribunal Federal assume o mesmo ponto de vista:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANCA COLETIVO - LEGITIMACAO – NATUREZA DO INTERESSE.

O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta, o que se configura quando em jogo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas prevista na Lei n. 7.689/88. Na espécie, a controvérsia esta relacionada com a própria atividade desenvolvida pelas empresas, o lucro obtido e a incidência linear, considerada toda a categoria, da contribuição social. Portanto, se as atribuições do sindicato se fazem em prol daqueles que congrega, forçoso e concluir pela existência do indispensável nexos. (STF – 2 T. – Rex nº 157.234/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, DJ em 22.09.95, p. 30.608).

⁷³ CAPELA, Fábio Bergamin. Mandado de segurança coletivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3037>>. Acesso em 05/12/05

3) Da atuação da entidade na defesa dos direitos de apenas uma parcela de seus membros ou filiados:

O jurista Hely Lopes Meirelles “assim como outros, prescreve que não é cabível a impetração de mandado de segurança coletivo quando o interesse é de apenas parte dos associados”.

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema

O ponto de vista de Meirelles não corresponde ao posicionamento da melhor jurisprudência, que adota entendimento contrário:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PROMOÇÃO EM JUÍZO, POR ASSOCIAÇÃO, DE DIREITOS SUBJETIVOS DE SEUS INTEGRANTES. PRECEDENTES DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE PROVAS, CONSISTINDO O PEDIDO APENAS EM ALEGAÇÕES. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. (STJ – 1ª Seção – MS nº 6.299/DF – Rel(a). Min. Laurita Vaz, DJ em 29.10.01, p. 177).

I - A associação está legitimada para requerer mandado de segurança coletivo em favor de uma parcela de seus integrantes. Ao certo é que procurou a Impetrante promover a solução de problemas referentes aos direitos de Anistia, conforme o disposto em seu estatuto social, conservando, ao menos, pertinência temática.

II - Ausente conjunto probatório capaz de demonstrar a lesão do direito líquido e certo de membros da associação impetrante.

III - Indeferimento do mandamus.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO ESTADUAL. LIMITAÇÃO DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO RAZOÁVEL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (STJ – 6ª T. – RO em MS nº 6.159/RS – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ em 25/02/02, p. 443).

1. A Constituição Federal não fez qualquer distinção entre o mandado de segurança coletivo e o individual, sendo certo que a única inovação se deu tão-somente em relação à

legitimação extraordinária para a impetração do *mandamus* (artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal).

2. Demonstrado o interesse coletivo, não há falar em impropriedade do *mandamus*, mesmo que os seus efeitos venham a beneficiar apenas parte dos membros do sindicato.

3. Em estando o sindicato regularmente constituído e em normal funcionamento, tem o mesmo legitimidade para, na qualidade de substituto processual, postular, em juízo, em prol dos direitos da categoria, independentemente de autorização em assembléia geral, sendo suficiente cláusula específica, constante do respectivo estatuto. Precedentes.

Também merece registro um fato que vem sendo examinado pela doutrina: se é possível a utilização do mandado de segurança individual, mesmo que já haja coisa julgada consolidada no exercício da modalidade coletiva do instituto. O entendimento consolidado, inclusive pela jurisprudência, é de que “o exercício da modalidade coletiva por uma pessoa jurídica habilitada não exclui a possibilidade da utilização do mandado de segurança individual”.⁷⁴

► Como entende a justiça brasileira: jurisprudência do tema

A jurisprudência do STJ vem entendendo a questão da mesma maneira:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE WRIT INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DOS EFEITOS DA LITISPENDÊNCIA. DECADÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. TÉCNICOS DO TESOIRO NACIONAL. RETRIBUIÇÃO ADICIONAL VARIÁVEL. (STJ – 6ª T. – REsp nº 247.884/DF – Rel. Min. Vicente Leal, DJ em 2.06.01, p. 253).

- O ajuizamento de mandado de segurança coletivo por entidade de classe não inibe o exercício do direito subjetivo de postular, por via de writ individual, o resguardo de direito

⁷⁴ Capela citando BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2. p. 354.

líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não ocorrendo, na hipótese, os efeitos da litispendência.

- Nas prestações de obrigação de trato sucessivo em que o prazo para impetração se renova a cada ato lesivo ao direito do impetrante, nas se aplica o art. 18, da Lei 1.533/51.

- Precedentes do STJ e STF.

Outra importante reflexão doutrinária se faz “com relação ao problema de se a decisão no mandado de segurança coletivo faz coisa julgada, ou melhor, qual seria a extensão da coisa julgada neste *writ* [...]”. A posição de Michel Temer é a seguinte: “a decisão judicial fará coisa julgada quando for favorável à entidade impetrante e não fará coisa julgada quando a ela for desfavorável. Com isso fica aberta a possibilidade do mandado de segurança individual quando a organização coletiva não for bem sucedida no pleito judicial” (CAPELA, 2002, [s.p.]). Outra posição é a defendida por Calmon Passos e Hely Lopes Meirelles, que Capela entende ser a mais acertada:

Quanto à extensão da coisa julgada, [...] entendemos que se deve aplicar o mesmo princípio já inserto na legislação pertinente à ação popular e à ação civil pública, no sentido de que apenas a sentença de concessão da segurança faça sempre coisa julgada ‘erga omnes’. A denegação da ordem coletiva, por outro lado, só prejudicaria o eventual mandado de segurança individual quando fundado em mérito, e não quando baseado na falta de prova pré-constituída do direito líquido e certo alegado.

e) Mandado de injunção ambiental

O mandato de injunção ambiental encontra-se previsto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988: Art. 5º, LXXI: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Desde a sua criação, esse instituto sofre críticas relativas à sua eficácia e à sua auto-aplicabilidade.⁷⁵ Ele foi criado para suprir omissões legislativas, mas ainda não possui regulamentação, o que dá ensejo a várias discussões doutrinárias:

São dois os requisitos viabilizadores do mandado de injunção:

- 1) que se trate de um direito concedido pela Constituição, ou, mais precisamente, de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
- 2) que esses direitos se tornem ineficazes, inócuos, em razão de inexistência de norma regulamentadora (VELLOSO, 1989, p. 23).

Segundo Durval Salge Jr. (2003, p. 138), dois pontos merecem considerados a respeito desse instituto jurídico:

- a) o mandado de injunção permite a impetração de forma individual ou coletiva, sendo que o procedimento a ser observado dependerá da natureza do bem envolvido;⁷⁶
- b) seu pouquíssimo manuseio pelos operadores do direito, dado o resultado final inócuo – encaminhamento pelo Supremo Tribunal ao Legislativo⁷⁷, para ciência da norma regulamentadora, sequer com ordenamento para editá-la pela independência dos poderes segundo mandamento constitucional.⁷⁸

Expliquemos melhor essas assertivas. O objetivo do legislador constituinte, ao criar o mandado de injunção, foi o de corrigir a omissão das autoridades competentes em

⁷⁵ Luís Roberto Barroso (2000, p. 263) faz críticas ao atual modelo do instituto afirmando que, “de fato, surgido como uma idéia importante na busca da efetividade, a verdade é que hoje o mandado de injunção, em qualquer de suas versões, tornou-se quando não um óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos”.

⁷⁶ Segundo Rogério Tucci e José Rogério Cruz (1989, p. 157) “o legitimado para a impetração do mandado de injunção (legitimação ativa) tanto poderá ser pessoa física como jurídica”. Othon Sidou (1992, p. 418), por sua vez, conclui que a legitimação *ad causam* do mandado de injunção “é facultado a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, representados por advogados”. Para Maciel (1989, p. 131), “o mandado de injunção não exige – diferentemente da inconstitucionalidade por omissão – legitimação específica, qualificada. Qualquer um que tiver interesse jurídico pode prevalecer-se dele. Mesmo as figuras jurídicas ou aquelas figuras despersonalizadas, como o espólio, a herança jacente etc.”

⁷⁷ Velloso (1989, p. 25) afirma que, ao Supremo Tribunal Federal, “[...] compete processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta”. Com relação à Justiça Eleitoral, a Constituição estabelece a regra de competência em seu art. 121, § 4º, inciso V.

⁷⁸ Coelho (1989, p. 57) observa que “[...] falta praticamente tudo para que se torne aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção, eis que, a rigor, não se sabe o momento a partir do qual pode ser exercitado o direito de impetrar a injunção; quem se encontra legitimado para requerê-la; qual o seu objetivo; qual a natureza e quais os efeitos do provimento jurisdicional que, através da injunção, se tentará obter; que outros juízos ou tribunais, afora os já indicados na Constituição, poderão processar e julgar os mandados; finalmente, qual o procedimento adequado ao exame da impetração”.

relação à falta de normas que regulamentem os direitos estabelecidos na constituição, sobretudo os *direitos fundamentais* e sociais previstos no art. 5º, de forma que os cidadãos pudessem exercê-los em sua plenitude.⁷⁹

Esse remédio constitucional é um *writ*⁸⁰ e tem natureza jurídica de ação constitucional⁸¹, mas, diferentemente do que ocorre com os demais *writs* constitucionais, encontram-se divergências e dificuldades relativas a sua aplicação. O *writ* é um mandamento, uma ordem proferida pelo órgão jurisdicional, para que a autoridade competente cumpra a lei, faça ou deixe de fazer alguma coisa.

De acordo com Silva, o mandado de injunção

se constitui em um instituto que tem por fim antecipar a regulamentação de determinadas diretrizes esparsamente consagradas pela norma constitucional, solicitadas judicialmente por necessidade concreta, desde que seja indispensável ao pleno exercício de direitos e liberdades previstas na Lei Maior, especialmente àquelas atinentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (SILVA, 1993, p. 55)

Duarte, por sua vez, assim define esse remédio constitucional:

É medida processual especial, ação constitucional, que suscita o controle sobre atuação omissiva de órgãos de quaisquer Poderes, inclusive do próprio Judiciário, assegurando eficácia a direito público subjetivo emanado da Constituição, desde que "a falta de norma regulamentadora", como ali está expresso, "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". (DUARTE, 1991, p. 131)

⁷⁹ Segundo Ackel Filho (1988, p. 103) "o legislador constituinte inspirou-se indubitavelmente no direito americano, dando, porém, características muito mais restritas e peculiares ao remédio, entre nós". Na doutrina, diz-se também que o *writ* tem origem no direito anglo-americano, onde se aplicam o *writ of injunction* e o *writ of mandamus*. O Senador Ruy Bacelar discorda desta posição doutrinária e diz que "é de se lamentar que, por erro de vernáculo, tenhamos que aturar os analistas do direito anglo-saxônico, quando, deveras, o nosso mandado de injunção tem origem lusitana (inconstitucionalidade por omissão) e jamais imiscuiu-se com qualquer instituto inglês, americano, alemão, ou de outra nacionalidade que não a portuguesa." Do mesmo modo, Ferreira Filho (1989, p. 275) diz que o direito anglo-americano não inspirou a criação do mandado de injunção; na verdade, "não se consegue identificar, no Direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no Direito inglês e no Direito italiano".

⁸⁰ Segundo lição de Ackel Filho (1988, p. 7): "A expressão *writ* procede, pois, do direito inglês, desde os tempos da Magna Carta, sempre com o sentido de ordem".

⁸¹ "Em todas as espécies de *writ* se verifica o exercício de um direito subjetivo à prestação jurisdicional (ação), visando um provimento mandamental a ser editado pelo órgão jurisdicional, através de um instrumento adequado (processo), em que se assegura a igualdade, o contraditório e o direito de defesa, ainda que por via sumária" (ACKEL FILHO, 1988, p. 11).

Não há dúvida, portanto, de que o mandado de injunção é um remédio constitucional que tem por objetivo satisfazer um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa constitucional inviabilizada por falta de regulamentação; em outras palavras, o mandado de injunção, destina-se a suprir omissão legislativa que obstaculiza a fruição plena de direito previsto na Constituição.⁸²

A respeito da *legitimação ativa* para a propositura do mandado de injunção, já mencionamos que a Constituição permite a impetração individual ou coletiva, dependendo da natureza do bem envolvido. Logo, conclui-se que o sujeito ativo do remédio constitucional é qualquer pessoa que tenha sua garantia constitucional obstaculizada por falta de norma que a regule, podendo ser essa pessoa física ou jurídica. Quanto ao *legitimado passivo*, será todo aquele que impossibilitar o exercício do direito constitucional de outrem (uso de um direito, prerrogativa ou liberdade constitucional), por falta de norma que o regule, seja ele uma autoridade, um órgão público, ou até mesmo um particular.⁸³

⁸² Há corrente doutrinária que entende que a sentença do mandado de injunção tem natureza constitutiva e cunho declaratório, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia *inter partes*, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada. Cabe lembrar, porém, que: a) o Juiz não pode legislar, a competência normativa é delegada ao poder Legislativo; b) não é conveniente, tendo em vista o princípio constitucional da separação dos poderes, que o Judiciário mande o Legislativo legislar sobre a matéria em discussão. Segundo Poletti (1998, p. 227) “o mandado de injunção, consoante o Supremo Tribunal Federal é suscetível de produzir, uma vez concedido, somente o efeito mandamental de, caracterizada a omissão, dar ciência ao Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos, para que tomem as providências necessárias a suprir a omissão. Na lição de Meirelles (1995, p. 176), “a Justiça determinará que o órgão competente (do legislativo, do Executivo ou do próprio Judiciário) expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente dessa normatividade ou decidirá concretamente sobre o exercício do direito do postulante, se entender dispensável a norma regulamentadora”. Silva (1998, p. 451) observa que “o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional a seu favor, independente da regulamentação. Compete ao Juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente”. Diniz (1998, p. 43) apregoa que a decisão do judiciário “não cria direito novo, mas apenas um norma individual, que se aplica só ao caso que lhe deu origem. O Judiciário, portanto, não daria uma decisão substituindo o legislador, eliminando a lacuna técnica, nem tampouco recomendaria ao legislador a feitura da lei. Se assim ocorresse, não ficaria seriamente comprometido com a divisão de poderes?”

⁸³ Segundo Sidou (1992, p. 418), “em regra, o sujeito passivo do mandado de injunção é um órgão público, posto como é ao Poder Público que incumbe editar norma regulamentadora para tornar viável o exercício dos direitos exercidos na Constituição. É ele, em caráter privativo, quem regula a atividade constitucional, sem embargo do que o *writ* procede também contra particulares, não para fazerem a norma, mas por serem do exercício dela decorrente, a parte executante”. Maciel (1989, p. 131) observa que “no tocante à legitimação passiva, ela deve ser ampla. Qualquer órgão da administração direta ou indireta, inclusive de pessoas de direito privado (Banco do Brasil, CEF etc.), desde que estejam encarregados da elaboração da norma genérica, podem figurar na ação”. Para Tucci e Cruz (1989, p. 157), a essência do mandado de injunção “está na garantia do exercício de um direito consagrado na constituição, que não pode ser exercido direta e livremente por falta de medidas legislativas que tornem aplicável o dispositivo que assegure o direito. Por

Segundo entendimento da doutrina, à falta de norma específica que regule o rito processual do mandado de injunção, o mais adequado é a adoção do rito do *mandado de segurança*, considerando-se as semelhanças entre os dois institutos.⁸⁴

A nossa conclusão a respeito do mandado de injunção só pode ter como foco as dificuldades de aplicá-lo segundo a forma concebida pelo Legislador Constituinte, seja para a tutela dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, seja para a efetivação da tutela dos bens ambientais. Tal dificuldade decorre da sua falta de regulamentação — que gera inúmeras dúvidas, principalmente de caráter procedimental — e das diversas interpretações que o instituto enseja.

Durval Salge Jr. nos lembra, porém, que o operador do Direito não necessita ficar adstrito a esse instituto ou qualquer um dos institutos processuais aqui examinados, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) produziu, com base no art. 83, uma das mais importantes decisões de natureza processual dos últimos anos:

“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

isso, pode ser requerido para assegurar o exercício de direito a ser invocado perante particulares ou perante autoridades”.

⁸⁴ Sidou (1992, p. 458) entende ser o rito do mandado de segurança o mais adequado, tendo em vista que “o mandado de injunção, processualmente, e como ação interdita que é, assemelha-se ao mandado de segurança. Por princípio de interpretação analógica externa, as regras e normas processuais desse podem e devem disciplinar o curso da ação do novo interdito, guardadas suas peculiaridades, até que lei específica seja editada”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos, neste trabalho, conhecer as razões por que o Estado brasileiro sozinho não é capaz de propiciar o bem estar desejado no que concerne às salvaguardas de proteção e promoção do patrimônio arqueológico, especialmente frente às necessidades emergentes da arqueologia preventiva no licenciamento ambiental. Procuramos também examinar como a sociedade civil brasileira, organizada em entidades típicas do Terceiro Setor, pode colaborar com o Estado na defesa do meio ambiente cultural. Investigando os princípios do Direito Ambiental pátrio, propusemos verificar se essas entidades dispõem de instrumentos legítimos e adequados para o exercício pleno dos seus direitos de participação.

A nossa missão, portanto, não foi apenas descobrir o conteúdo da norma constitucional específica ao tema pesquisado, os dizeres do parágrafo 1º do art. 216 da Carta Magna de 1988, mas determinar toda a sua plenitude e o seu valor para, então, afirmar sua realidade jurídica.

Durante as pesquisas, o que mais nos chamou a atenção foi a constatação de que a práxis dos estudos de arqueologia preventiva, objetivando o licenciamento de empreendimentos potencialmente capazes de afetar o patrimônio arqueológico, implica hoje uma participação triádica: do Estado (IPHAN), de empreendedores (às vezes o próprio Estado, além de empresas mercantis), de arqueólogos do setor acadêmico e, principalmente, arqueólogos empreendedores. Com efeito, verificamos que o Estado brasileiro trabalha com a concepção de que a pesquisa arqueológica no licenciamento ambiental deve ser realizada em regime de parceria com a iniciativa privada, mas abole a possibilidade de transferência da execução dessa pesquisa para o seu tecido associativo — as entidades sem fins lucrativos pertencentes ao Terceiro Setor.

Esse anacronismo procedimental do Estado frente à Lei Maior, manifesto no IPHAN (seu devido representante nesse caso), olvidando de implementar a participação das entidades associativas na proteção e na promoção do patrimônio cultural, tem sua gênese, ao que nos parece, na leitura desatenta do inciso X do art. 20 da Constituição

Federal. De fato, a visão ainda ortodoxa do Estado não alcançou a existência de uma nova realidade jurídica, que veio definir o patrimônio arqueológico como um bem tipicamente ambiental, de caráter difuso, compreendido pela Constituição Federal como um bem a ser administrado pela União, e não como uma propriedade dela. Dessa perspectiva jurídica, decorre o fato de que o IPHAN seria administrador desse bem, que pertence à coletividade e não ao ente federado, devendo apenas geri-lo, e com a participação direta do tecido associativo da sociedade civil, mediante a adoção dos diversos critérios procedimentais abordados neste trabalho.

Nesse passo, constatamos, por exemplo, que o estudo da arqueologia preventiva no licenciamento, da maneira como vem sendo conduzido, tem recorrido pouco aos novos paradigmas constitucionais e, por conseguinte, tem se valido pouco das formas de colaboração/participação popular. Esse fato nos permite supor que a linguagem prescritiva do legislador não está sendo apreendida pelos agentes envolvidos, principalmente pelo IPHAN.

Por isso, esperamos que este trabalho possa subsidiar ainda mais os atores do processo — a sociedade civil organizada e o próprio Estado brasileiro — na avaliação das suas potencialidades de ação conjunta e, principalmente, utilizando as palavras de Rogério Leal (2003, p. 852), possa colaborar com a coletividade no sentido de “decifrar os códigos fechados da linguagem do poder e da administração”, mostrando que a proteção, a gestão e a promoção do meio ambiente cultural não se esgotam nas prerrogativas legais atribuídas ao IPHAN, ao Ministério Público e a seus entes correlatos do sistema federativo.

Com efeito, sabedores de que as mudanças de concepção, principalmente no âmbito do Direito, como aqui foi proposto, trazem inovações para o ordenamento jurídico, esperamos que a análise realizada neste trabalho provoque reflexões sobre a nossa realidade atual no que diz respeito ao modelo de proteção e promoção do meio ambiente cultural. A inovação aqui pretendida só poderá ser apreendida em toda sua amplitude se

pudermos visualizar as mudanças históricas, as mudanças no pensamento, principalmente em relação ao meio ambiente, à cultura, ao Estado, à propriedade e à própria coletividade, que levarão não apenas à inserção de novos institutos na ordem jurídica, mas também à releitura de antigos institutos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais: "habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data"*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ADELAIDE, Dinorá; GROTTI, Musetti. *Temas de direito administrativo: o serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BABELON, J. P.; CHASTEL, A. *La notion de patrimoine*. Paris: Lianna Levi, 1994.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. *Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

BASTOS, Rossano L.; SOUZA, M. C. de; GALLO, H. *Normas e gerenciamento do patrimônio arqueológico*. São Paulo: 9º SR/IPHAN, 2005.

BELINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro: a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de processo*, São Paulo, ano 25, n. 98, abr./jun. 2000.

BEM CULTURAL. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSI, A. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPELA, Fábio Bergamin. Mandado de segurança coletivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3037>>.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Kidare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade da norma que instituiu o mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, n. 104, 1989.

COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: Ed. Senac, 2000.

CULTURA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. (1 CD-ROM).

CULTURA. In: HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. (1 CD-ROM).

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DORNELAS, Henrique Lopes. A ideologia das ações que tutelam direitos transindividuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 178, dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4612>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 1, p. 19-37, 1992.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004b.

FONSECA, M. C. L. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 1997.

FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970.

FRIEDE, Reis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Forense, 2002.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOMES, Sebastião Rodrigues. Novas questões de direito ambiental. *Revista dos tribunais*, São Paulo, n. 744, 1997.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

LEONARDO, Rodrigo Xavier Leonardo. *Desobediência civil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004. Trabalho de fim de curso. Disciplina: Direito Internacional do Meio Ambiente: temas fundamentais. Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares.

LIMA, Sídia Maria Porto. A emenda constitucional nº 19/98 e a administração gerencial no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=475>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão. *Revista de Informação Legislativa*, n. 101, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentário ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Paulo Haus. Origem e histórico do certificado de utilidade pública. *Rits*, 7 abr. 2006. Disponível em: <http://rits.org.br/legislacao_teste/lg_testes/lg_tmtes_abril2006.cfm>.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 33-57.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>>.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 199-200, out./dez. 1999.

MORAIS, José Luiz. A arqueologia preventiva como arqueologia: o enfoque acadêmico-institucional da arqueologia no licenciamento ambiental. *Revista de Arqueologia do IPHAN*, Florianópolis, v. 2, p. 298-333, 2005.

MORAIS, José Luiz; MOURÃO, Henrique A. Inserções do direito na esfera do patrimônio arqueológico e histórico-cultural. In: WERNECK, Mário *et al.* (Coord.). *Direito ambiental: visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 341-393.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MUKAI, Toshio. *A degradação do patrimônio histórico e cultural*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Milenium, 2001.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. O estado ambiental de direito. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 589, 17 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6340>>.

OLIVA, Jero. *Manual das sociedades e associações civis*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva M. de; GUIMARÃES, Flávio Romero. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Madras, 2004.

PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: PENDA, Ernesto *et al.* (Org.). *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Revovar, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara. *Manual de direito ambiental: doutrina, legislação atualizada, vocabulário ambiental*. Curitiba: Juruá, 2002.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

RERUM NOVARUM. In: *Pequena Enciclopédia de Doutrina Social da Igreja*. São Paulo: Loyola, p. 320-391.

RESENDE, Tomáz de Aquino. *Roteiro do terceiro setor*. Belo Horizonte: União, 2003.

RITCHER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 2003.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. Tutela de interesses metaindividuais: a contra-mão da história: MP 1984-24/00 alterou Lei 7.347/85. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=350>>.

ROCHA, Sílvio Luís. *Temas de direito administrativo: terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, estatuto da cidade. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo: sinopses jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALGE JR., Durval. *Instituição do bem ambiental no Brasil pela Constituição Federal de 1988 e seus reflexos jurídicos ante os bens da União*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Cecília Rodrigues dos. Novas fronteiras e novos pactos para o patrimônio cultural, *São Paulo em perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 2, 2001.

SANTOS, J. L. dos. *O que é cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1992.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA NETO, Belarmino José da. Organizações sociais: a viabilidade jurídica de uma nova forma de gestão compartilhada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3254>>.

TACHIZAWA, Takeshy. *Organizações não governamentais e terceiro setor*. São Paulo: Atlas, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VELASCO, Sirio Lopez. Perfil da Lei de Política Nacional de Educação Ambiental. *Revista Eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental da Universidade Federal do Rio Grande*, v. 2, jan./fev./mar. 2000.

VELLOSO, Carlos Mário. As novas garantias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989.

VITAGLIANO, José Arnaldo. Ação popular, características gerais e direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2183>>.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo*. Porto Alegre, 2001.

ANEXOS

Anexo 1

A relação das principais cartas podem ser encontradas no *site* do IPHAN (Disponível em: <www.iphan.gov.br>): 1. **Carta de Atenas - Sociedade das Nações - outubro de 1931** (Conclusões Gerais e Deliberações da Sociedade das Nações, do Escritório Internacional dos Museus, de outubro de 1931); 2. **Carta de Atenas – CIAM - novembro de 1933** (Generalidades, diagnósticos e conclusões sobre os problemas urbanísticos das principais e grandes cidades do mundo, apurados pelo Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, em Atenas, novembro de 1933); 3. **Recomendação de Nova Delhi** (12ª Sessão da Conferência Geral das Nações Unidas, de 09 de novembro de 1956); 4. **Recomendação Paris 1962** (12ª Sessão da Conferência Geral das Nações Unidas, de 09 de novembro a 12 de dezembro de 1962); 5. **Carta de Veneza** (II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos, em maio de 1964); 6. **Recomendação Paris 1964** (13ª Sessão da Conferência Geral das Nações Unidas, em 19 de novembro de 1964); 7. **Normas de Quito** (Reunião sobre Conservação e Utilização de Monumentos e Lugares de Interesse Histórico e Artístico em novembro e dezembro de 1967); 8. **Recomendação Paris 1968** (15ª Sessão da Conferência Geral das Nações Unidas, de novembro de 1968); 9. **Compromisso Brasília 1970** (I Encontro de Governadores de Estado, Secretários Estaduais da Área Cultural, Prefeitos de Municípios Interessados e Presidentes e Representantes de Instituições Culturais, de abril de 1970); 10. **Compromisso Salvador** (II Encontro de Governadores para a Preservação do Patrimônio Histórico, Artístico e Arqueológico e Natural do Brasil de outubro de 1971); 11. **Carta do Restauro** (Carta do Restauro, do Ministério da Instrução Pública do Governo da Itália, de 06 de abril de 1972); 12. **Declaração de Estocolmo** (Assembléia geral das Nações Unidas de 05 a 16 de junho de 1972.); 13. **Recomendação de Paris 1972** (Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 16 de novembro de 1972); 14. **Resolução de São Domingos** (I Seminário Interamericano sobre Experiência na Conservação e Restauração do Patrimônio Monumental dos Períodos Colonial e Republicano, pela OEA, de dezembro de 1974); 15. **Declaração de Amsterdã** (Congresso do Patrimônio Arquitetônico Europeu de outubro de 1975); 16. **Manifesto Amsterdã** (Carta Européia do Patrimônio Arquitetônico - Ano do Patrimônio Europeu, outubro de 1975); 17. **Carta do Turismo Cultural** (Seminário Internacional de Turismo em 8 e 9 de novembro de 1976); 18. **Recomendações de Nairóbi** (19ª Sessão da UNESCO ocorrida em novembro de 1976); 19. **Carta de Machu Picchu** (Encontro Internacional de Arquitetos ocorrido em dezembro de 1977); 20. **Carta de Burra** (Conselho Internacional de Monumentos e Sítios, realizado na Austrália, em 1980); 21. **Carta de Florença** (Conselho Internacional de Monumentos e Sítios, em maio de 1981); 22. **Declaração de Nairóbi** (Assembléia Mundial dos Estados de 10 a 18 de maio de 1982, no Quênia); 23. **Declaração Tlaxcala** (3º Colóquio Interamericano sobre a Conservação do Patrimônio Monumental de Outubro de 1982); 24. **Declaração do México** (Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais, de 1982); 25. **Carta de Washington 1986** (Carta Internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas de 1986); 26. **Carta**

Petrópolis (1º Seminário Brasileiro para Preservação e Revitalização de Centros Históricos, em 1987); 27. **Carta de Washington 1987** (Carta Internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas de 1987); 28. **Carta de Cabo Frio** (Encontro de Civilizações nas Américas, em outubro de 1989); 29. **Declaração de São Paulo** (Por ocasião da jornada Comemorativa do 25º aniversário da Carta de Veneza em 1989); 30. **Recomendação Paris 1989** (25ª Sessão da Conferência Geral da-para Gestão e Proteção de Patrimônio Arqueológico, de 1990); 31. **Carta de Lausanne** (Carta para Gestão de Patrimônio Arqueológico, de 1990); 32. **Carta do Rio** (Conferência Geral das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 13 a 14 de junho de 1992); 33. **Conferência de Nara** (Conferência sobre a autenticidade em relação à Convenção do Patrimônio Mundial, de 06 de novembro de 1994); 34. **Carta Brasília de 1995** (Documento Regional da Cone Sul sobre Autenticidade, em 1995); 35. **Recomendação Europa de 1995** (Recomendação Europa de 11 de setembro de 1995, sobre a conservação integrada das áreas de paisagens culturais como integrantes das políticas paisagísticas, adotada pelo Comitê de Ministros por ocasião do 543º encontro de vice-ministros); 36. **Declaração de Sofia** (Declaração de Sofia, de 09 de outubro de 1996, elaborada durante a XI Assembléia Geral do ICOMOS); 37. **Declaração de São Paulo II** (Recomendações brasileiras à XI Assembléia Geral do ICOMOS, de 1996); 38. **Carta de Fortaleza** (Seminário: Patrimônio Imaterial - Estratégias e Formas de Proteção, ocorrido de 10 a 14 de novembro de 1997); 39. **Carta de Mar del Plata** (Documento do Mercosul sobre Patrimônio Intangível, de junho de 1997); 40. **Cartagenas de Índias – Colômbia** (Decisão 460 sobre proteção, recuperação de bens culturais do patrimônio arqueológico, histórico, etnológico, paleontológico e artístico da Comunidade Andina, de 25 de maio de 1999); 41. **Recomendação Paris 2003** (32ª Sessão da Conferência Geral das Nações Unidas, de 17 de outubro de 2003 - Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial); 42. **Carta de Pero Vaz de Caminha** (Primeira obra literária brasileira. Relata o descobrimento e descreve os primeiros contatos com a terra e seus habitantes).

Anexo 2

Filantropia

Surgiu na Grécia antiga e ganhou relevância social na Idade Média, como preceito da doutrina católica. Perdeu sua forte referência religiosa nos séculos XIX e XX e tornou-se um poderoso mecanismo de distribuição de riqueza na atual era da eficiência capitalista.

Caridade Católica (do século V ao XV): hegemônica no período feudal, a doutrina católica popularizou a filantropia ao defini-la como um dos caminhos seguros para a salvação da alma. Esta visão fatalista (ainda vigente) presume que o necessitado nunca levantará a cabeça e precisa aliviar seu sofrimento. Na visão católica, filantropia e caridade são sinônimos.

Secularismo (do século XVI ao XIX): com o protestantismo anglo-saxão, a filantropia ganha feições seculares e distancia-se da simples caridade. Nasce uma espécie de filantropia empresarial, influenciada pela associação entre capitalismo e protestantismo feita pelo sociólogo alemão Max Weber. A caridade dá lugar ao incentivo. A recuperação dos necessitados torna-se a meta dos filantropos protestantes.

Filantropia científica (séculos XIX e XX): influenciados pelo espírito evolucionista, industriais e banqueiros do nascente capitalismo americano dispõem-se a ajudar somente os mais aptos. Exponente dessa geração, Andrew Carnegie dizia ser inútil dar dinheiro a “inúteis e bêbados”. Ao criarem fundações que duram até hoje, alguns destes capitalistas também passam a usar a filantropia para fugir do pagamento de impostos e lapidar sua imagem, prejudicada por práticas empresariais controversas.

Filantropia na era da eficiência (século XXI): a revolução tecnológica e a popularização do capitalismo permitiram o acúmulo rápido de grandes fortunas por um número maior de pessoas cada vez mais jovens. Só nos Estados Unidos, o Terceiro Setor movimenta 260 bilhões de dólares anualmente, empregando cerca de 12 milhões trabalhadores. Alguns filantropos da era da eficiência exigem retorno financeiro de seus investimentos sociais.

Nos Estados Unidos, como o imposto sobre a transmissão de grandes heranças pode atingir 70%, faz mais sentido criar fundações com objetivos sociais e colocar os filhos para comandá-las do que transferir

o patrimônio diretamente a eles. Isso sem contar a possibilidade de abater do imposto de renda boa parte do dinheiro gasto com caridade. Em muitos casos, doações vultuosas também se prestam a purgar pecados empresariais sobre os quais grandes fortunas se formaram, preservando um bom nome para as famílias que delas se beneficiaram em vida. Essa foi uma (não a única, vale lembrar) das motivações que fizeram os lendários empresários John D. Rockefeller, criador da Standard Oil, e Andrew Carnegie, o pioneiro da siderúrgica americana, criar fundações filantrópicas, hoje centenárias. Esses fatores ajudam a entender por que os Estados Unidos tornaram-se pioneiros da moderna filantropia, com doações anuais que chegam a 260 bilhões de dólares.

É por isso que a filantropia está entranhada na cultura dos Estados Unidos, onde existe uma moldura fiscal que a incentiva fortemente. Além disso, a pujança econômica do país funciona como mola propulsora. Há quem confirme que estes gestos filantrópicos estão inseridos na lógica do capitalismo moderno como tentativa de colocar o regime de mercado num patamar moral superior — ampliar a riqueza das nações proporcionando excedentes também para a filantropia, além de justificar a função social dos filantropos bilionários — onde a caridade eventual é trocada por um modelo de ação que se multiplica indefinidamente. O objetivo final do regime seria o de ascender a massa de excluídos e promovê-los ao patamar de consumidores e acionistas do sistema de mercado, elevando o padrão e as condições de vida das populações.

O poder de fogo destes bilionários supera até orçamentos de entidades multilaterais ligadas à ONU e de programas sociais do governo americano. Diante do fracasso dos governos e das entidades multilaterais em face das mazelas sociais, eles dispõem-se a transferir eficiência empresarial para a causa. Mas estas entidades destinadas a causas sociais e culturais também enfrentam problemas sérios na sua administração, o que leva os filantropos a repensar os novos princípios para a filantropia, adotando critérios que vão da auto-suficiência dos projetos sociais ao foco dos investimentos.

Os grandes doadores brasileiros em **R\$** são: **Fundação Bradesco** (foco: educação); **Fundação Banco do Brasil** (foco: educação, tecnologia e geração de trabalho e renda; **Petrobrás** (foco: educação, cultura e esporte); **Instituto Ayrton Senna** (foco: educação); **Fundação Victor Civita** (foco: educação); **Fundação Itaú Social** (foco: educação e saúde pública); **Fundação Orsa** (foco: educação, saúde e combate

à violência); **Instituto Gerdau** (foco: educação); **Instituto Votorantin** (foco: educação e saúde); **Fundação Belgo Mineira** (foco: educação e saúde); **Instituto C&A** (foco: educação e saúde); **Instituto Camargo Corrêa** (foco: educação e saúde).

(Fonte: Revista Veja, 05/07/2006. Disponível em: <<http://www.veja.com.br>>).

Anexo 3

Segundo o *site* da Rits (<<http://www.rits.org.br>>), “as Organizações da Sociedade Civil podem ser diferenciadas de acordo com seu formato, formalização, fim e setor. Através de uma análise das características de cada uma das modalidades a seguir, pode-se qualificar a instituição como pertencente ou não ao Terceiro Setor:

ONG's - Organização Não-Governamental: Normalmente são iniciativas de pessoas ou grupos que visam colaborar na solução de problemas da comunidade, como mobilizações, educação, conscientização e organização de serviços ou programas para o atendimento de suas necessidades. Toda Organização da Sociedade Civil sem fins lucrativos é uma ONG. Em função da falta de conhecimento por parte de seus fundadores, eventualmente algumas delas adotam nomes não compatíveis com sua modalidade jurídica.

Sociedade: Organização constituída por duas ou mais pessoas, por meio de um contrato ou convenção, com o objetivo de obter lucro. Cada um dos sócios contribui com parte do capital social. Por ter fins lucrativos, não se qualifica como organização do Terceiro Setor.

Clube: Expressão comumente empregada para qualificar associações de fins culturais, recreativos, políticos ou desportivos. Em terminologia comercial, pode ser aplicado para designar sociedade com objetivo de venda de mercadorias, bens móveis e imóveis, ou quaisquer outros produtos por meio de sorteios. Neste caso, não é uma entidade sem fins lucrativos, portanto pertence ao Segundo Setor da sociedade.

Associação: Possui o mesmo sentido da palavra sociedade, porém designa uma entidade sem fins lucrativos. É toda agremiação ou união de pessoas com um objetivo determinado, podendo ser este beneficente, científico, político, desportivo, recreativo, artístico, literário, ativista, social, entre outros. É forma característica de entidades do Terceiro Setor. Exemplos: Associação Comercial do Paraná; Associação Brasileira de Agência de Viagens (ABAV).

Liga: É uma associação de indivíduos, grupos ou partidos para a defesa de interesses comuns. É uma forma de associação, geralmente criada com objetivos sociais. Sempre sem fins lucrativos, é também uma modalidade característica do Terceiro Setor. Exemplos: Liga das Senhoras Católicas de Curitiba; Liga de Amadores Brasileiros de Radio Emissão (LABRE).

Rede: Semelhante à Liga, tal denominação é comumente empregada para qualificar uma união de diversas entidades com objetivos comuns. Dependendo das características destas entidades, também é uma modalidade do Terceiro Setor. Exemplos: Rede Brasileira de Proteção aos Recursos Hídricos e Naturais Amigos das Águas (ADA); Rede Feminina de Combate ao Câncer.

Fundação: É uma entidade sem fins lucrativos, que se forma pela constituição de um patrimônio com o objetivo de servir a fins públicos. A Fundação se constitui quando tal patrimônio (geralmente doado) adquire personalidade jurídica, e passa a ser destinado para a consecução de seus objetivos. É sujeita a legislação específica (lei 3071/16). Exemplos: Fundação Ronaldinho; Fundação Pedro N. Pizzatto.

Instituto: Categoria atribuída a entidades de diversas áreas, como literária, artística, científica, política, beneficente, entre outras. Desta forma, implica na significação do regime particular imposto à entidade, em virtude das regras em que foi formatada, podendo constituir uma instituição de qualquer um dos setores da sociedade. Exemplos: Instituto Ambiental do Paraná (1º Setor); Instituto Ecoplan (3º Setor).

Anexo 4

Resumo da legislação pertinente¹

Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Institui o Código de Processo Civil);

Lei 8.010, de 20 de março de 1990 (Dispõe sobre importações de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica e dá outras providências);

Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 (Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências);

Lei 9.790, de 23 de março de 1999 (Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências);

Medida Provisória n. 2.143-32, de 2 de maio de 2001;

Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999 (Regulamenta a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências);

Lei 9.608 de 18 de fevereiro de 1998 (Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências).

► Criação das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos

1) Registro dos Estatutos

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigos 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 e 52;

Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, artigos 114, 115, 119, 120 e 121;

Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, artigos 32, 36, 37 e 40;

Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, artigo 60;

Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996, artigo 2º;

Medida Provisória n. 234, de 10 de janeiro de 2005.

2) Associações: regras específicas

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigos 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 e 61;

Lei n. 11.127, de 28 de junho de 2005.

¹ Disponível no site Rits (<<http://www.rits.org.br>>) coordenado pelo advogado Paulo Haus Martins. "A Rits é uma organização sem fins lucrativos cuja missão é oferecer informações sobre o terceiro setor e acesso democrático à tecnologia de comunicação e gerência do conhecimento".

3) Fundações: regras específicas

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, artigo 37, §6º;

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigos 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68 e 69;

Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, artigos 1200, 1201, 1202 e 1203;

Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, artigo 2º.

4) Responsabilidade Civil

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 37, § 6º.

► Certificados e Registros**1) Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ)**

Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999.

2) Registro de Entidades no CNAS

Lei n. 8.742, de 08 de dezembro de 1993, artigo 18, inciso IV.

3) Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEAS)

Lei n. 8.742, de 08 de dezembro de 1993, artigo 18, inciso IV;

Decreto n. 2.536, de 06 de abril de 1998, artigos 2º, 3º, 4º, 5º e 7º;

Resolução CNAS n. 177, de 10 de agosto de 2000.

4) Declaração de Utilidade Pública Federal

Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935, artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º;

Lei n. 6.639, de 08 de maio de 1979, art. 1º alínea c;

Decreto n. 50.517, de 02 de maio de 1961, artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º;

Decreto n. 60.931, de 04 de julho de 1967, art. 2º, alínea g, art. 5º, art. 6º alínea a.

5) Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)

Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999;

Decreto n. 3.100, de 30 de julho de 1999.

6) Organizações Sociais (OS)

Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 11, 12, 13, 14, 15 e 16.

► Relações de trabalho

1) Contrato de emprego

Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, artigos 442, 444 e 448.

2) Partes: empregado e empregador

Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, artigos 2º e 3º.

3) Modo de celebração e duração

Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, art. 443.

4) Espécies de relação de emprego

a) Contrato de trabalho por prazo indeterminado

Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, art. 443, *caput*, e artigo 452.

b) Contrato de trabalho por prazo determinado (CLT)

Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, artigo 443, *caput*, § 1º e 2º e artigos 445 e 451.

c) Contrato de trabalho temporário

Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, artigos 2º, 4º e 12 (Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências).

d) Contrato de trabalho por prazo determinado (Lei n. 9.601)

Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998, artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º;
Decreto n. 2.490, de 04 de fevereiro de 1998, artigos 1º, 3º, 4º, 7º e 10.

e) Contrato de estágio

Lei n. 6.494, de 07 de dezembro de 1977 (Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo e dá outras providências);

Lei n. 8.859, de 23 de março de 1994, art. 1º;

Decreto n. 87.497, de 18 de agosto de 1982, artigos 5º e 8º.

f) Contrato de aprendizagem

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 7º, inciso XXXIII;

Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, artigos 80, 431 e 433;

Decreto n. 5.154, de 23 de julho de 2004;

Lei n. 10.097/00, de 19 de dezembro de 2000;

Lei n. 8.036/90, de 11 de maio de 1990;

Portaria MTE 20, de 13 de setembro de 2001;

Portaria MTE 04, de 21 de março de 2002;

Portaria MTE 70, de 18 de dezembro de 2001;

IN SIT 26, de 20 de dezembro de 2001;

Resolução do Conanda 74, de 13 de setembro de 2001;

Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996;

Decreto 2208, de 17 de abril de 1997;

g) Contrato de experiência

Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, art. 443, § 2º, alínea c, e artigos 445 e 478.

h) Trabalhadores rurais

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 7º *caput*.

5) Trabalho da mulher**a) Regime constitucional**

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 7º, inciso XVIII.

b) Regime legal

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 10 da ADCT;
Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, artigos 389, 391, 396 e 400.

6) Trabalho do menor**a) Regime constitucional**

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 7º, inciso XXXIII, art. 227 § 1º e 3º.

b) Regime legal

Consolidação das leis do trabalho

Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, artigos 402, 403, 404, 405, 406, 427 e 433.

Estatuto da criança e do adolescente

Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, artigos 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68 e 69.

7) Trabalho regulado pelo Direito Civil

Prestação de serviços (locação de serviços)

Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916, artigos 1.216, 1.219 e 1.220.

8) Serviço Voluntário

Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, artigos 1º, 2º e 3º.

► Obrigações Previdenciárias**1) Contribuições previdenciárias**

Lei Complementar n. 84, de 18 de janeiro de 1996, artigos 1º e 3º;

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, artigos 11, 12, 15, 20, 22 e 28;

Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999, artigos 201, 202, 203, 204, 205 e 206.

2) Programa de integração social

Medida Provisória n. 1.546, de 18 de dezembro de 1996, artigos 2º, 3º, 4º, 8º, 9º e 10.

3) Recolhimento e arrecadação das contribuições previdenciárias

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, artigos 30, 32, 37, 38 e 101;

Decreto n. 2.173, de 05 de março de 1997, artigos 50 e 52.

4) Decadência e prescrição

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, artigos 45 e 46.

5) Certidão negativa de débito

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, art. 47;

Decreto n. 2.173, de 05 de março de 1997, artigos 85 e 87.

6) Matrícula

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, art. 49.

7) Isenções

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, art. 55;

Lei n. 9.732, de 11 de dezembro de 1998, art. 55;

Decreto n. 2.173, de 05 de março de 1997, artigos 30 e 33;

Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999, artigos 207, 208, 209, 379 e 380;

Resolução CNAS n. 116, de 20 de maio de 1999.

8) Penalidades

Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, artigos 5º e 25;

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, artigos 92, 93 e 95;

Decreto n. 2.173, de 05 de março de 1997, artigos 106 e 107.

► Direito Tributário**1) Tributo**

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 145, incisos I, II e III § 1º e 2º;

Lei n. 5.172, de 25 de dezembro de 1966, artigos 3º, 16 e 77.

2) Sujeitos da obrigação tributária

Lei n. 5.172, de 25 de dezembro de 1966, artigos 119, 121 e 122.

Responsabilidade por infrações tributárias

Lei n. 5.172, de 25 de dezembro de 1966, artigos 136, 137 e 138.

3) Benefícios e incentivos fiscais

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 150, inciso VI, alíneas b, c e d, § 4º.

4) Imunidade

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 150, inciso VI, alíneas b, c e d § 4º;

Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, artigos 12, 13 e 14.

5) Isenções

Lei n. 5.172, de 25 de dezembro de 1966, artigos 175, 176, 177, 178 e 179;

Instrução SRF n. 67, de 14 de junho de 1999.

6) Imposto sobre produtos industrializados (IPI)

Lei n. 6.251, de 8 de outubro de 1975, art. 44.

7) Imposto de importação

Decreto n. 91.030, de 05 de maio de 1985, artigos 132 e 205, inciso IX;

Decreto-Lei n. 37, de 18 de novembro de 1966, artigos 1º, 10, 11, 12, 15, 160 e 164;

8) Imposto sobre a importação, sobre produtos industrializados e adicional ao frete para renovação da marinha mercante

Lei n. 8.010, de 29 de março de 1990, artigos 1º, 2º e 3º.

9) Imposto sobre operações financeiras (IOF)

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 153, inciso V, § 1º;

Lei n. 5.172, de 25 de dezembro de 1966, artigos 64, 65 e 66.

10) Imposto sobre a renda**a) Entidades imunes**

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 150, inciso VI, alínea c, § 4º;

b) Entidades isentas pela finalidade do objeto

Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 166;

Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999.

c) Obrigação de declarar e prestar informações à receita

Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999.

11) Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF)

Emenda Constitucional n. 12, de 16 de agosto de 1996, art. 74, § 1º;

Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996, artigos 1º, 3º, 7º, 8º e 9º.

► Captação de recursos**1) Subvenções sociais**

Lei n. 9.473, de 22 de julho de 1997, art. 23;

Decreto n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986, artigos 58, 59, 60, 62, 64, 65 e 66.

2) Convênios

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, art. 99;

Decreto n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986, art. 48.

3) Doação

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 155, inciso I;

Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916, artigos 114, 115, 713, 715, 731, 1.101, 1.165, 1.166, 1.167, 1.168, 1.172, 1.174, 1.178, 1.180, 1.181, 1.183, 1.186, 1.187;

Lei n. 6.012, de 31 de dezembro de 1973, art. 168 (Retifica, sem ônus, a Lei n. 5.847, de 7 de dezembro de 1972, que "Estima a Receita e fixa a Despesa da União para o Exercício Financeiro de 1973");

Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, art. 24, incisos II, III, V e VII.

4) Doações dedutíveis de impostos - Pessoa Física

Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, art. 12;

Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 22;

5) Doações aos fundos dos direitos da criança e do adolescente

Lei n. 8.242, 12 de janeiro de 1991, art. 260 § 2º, 3º e 4º.

6) Operações de caráter cultural e artístico

Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 - Tributação das pessoas físicas (art. 2º a 145).

7) Atividade audiovisual

Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 - Tributação das pessoas físicas (art. 2º a 145).

8) Doações dedutíveis de imposto de renda - Pessoa Jurídica

Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 10.

9) Doações aos fundos dos direitos da criança e do adolescente

Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 260 § 2º, 3º e 4º;

Decreto n. 794, de 05 de abril de 1993, art. 1º.

10) Operações em caráter cultural e artístico

Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 5º;

Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 - Tributação das pessoas jurídicas (art. 146 a 619);

Decreto n. 1494, de 17 de maio de 1995, art. 20.

11) Doações admitidas como despesa operacional

Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 - Tributação das pessoas jurídicas (art. 146 a 619).

12) Doações de caráter cultural e artístico

Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 13, inciso VI, § 2º;

Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 - Tributação das pessoas jurídicas (art. 146 a 619).

13) Instituições de ensino e pesquisa

Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 13, inciso VI, § 2º.

14) Entidades civis de utilidade pública

Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 13, inciso VI, § 2º.

15) Recursos externos

Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916, artigos 140, 157 e 1.087;

Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942, artigos 8º, 9º, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17.

► Contratos**1) Contratos Administrativos**

Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, artigos 54, 55, 57, 58, 59, 65, 66, 67, 77, 78, 79 e 80.

2) Participação em licitações

Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, artigos 2º, 6º, 7º, 9º, 13, 24, 25, 27, 28, 29, 30 e 31.

3) Concessão de serviços públicos

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 175, § único;

Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, artigos 1º, 2º, 6º e 32.

4) Permissão de serviços públicos

Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, artigos 2º e 40.

5) Contrato de gestão

Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10.

6) Termo de parceria

Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, artigos 9º, 10, 11, 12, 13, 14 e 15.

7) Contratos de direito privado

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), artigos 421, 422, 425 e 427.

8) Modalidade das obrigações

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigos 863, 868, 874, 875, 878, 881, 882, 883, 884, 885, 896, 897, 898, 899, 900, 904, 913.

► Convênios**1) Convênios com a União**

Lei n. 10.840, de 11 de fevereiro de 2004 (Cria o Programa Especial de Habitação Popular – PEHP, e dá outras providências);

Lei n. 10.216, 06 de abril de 2001 (Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental);

Instrução Normativa n. 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) (Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos. Atualizada pela STN n.1 de 01/02/99);

Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

► **Extinção das entidades civis**

Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 120.

1) Associações

Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 5º, inciso XIX;

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 61;

Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 1.204;

Decreto-Lei n. 41, de 18 de novembro de 1966, artigos 1º, 2º e 3º.

Anexo 5

Texto original da Lei Francesa das Associações¹

Législation

Les associations sont régies par la **loi du 1er juillet 1901** relative au contrat d'association et son décret d'application du 16 août 1901.

Ces textes sont applicables:

- en France métropolitaine sauf dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle où les associations relèvent des articles 21 à 79 du code civil local;
- dans les départements d'outre-mer;
- dans les territoires d'outre-mer;
- en Nouvelle-Calédonie;
- dans la collectivité départementale de Mayotte et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

Les associations dont le champ d'activités dépasse les frontières sont parfois appelées "internationales". Il s'agit, en fait, d'associations françaises dans la mesure où leur siège est situé en France.

PRÉCISION: La proposition de règlement de décembre 1991 portant statut de l'association européenne n'a pas abouti, pour le moment.

Liberté d'association

La loi de 1901 a instauré un régime de liberté d'association rangé par le Conseil constitutionnel (décision du 16 juillet 1971) au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. En conséquence, cette liberté ne peut être réglementée que par le législateur.

Voir **réponse du Ministre de l'intérieur**.

La liberté d'association est également reconnue par l'**article 11 de la convention européenne** de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et par l'**article 20 de la Déclaration universelle des droits de l'homme**:

¹ Disponível em: <<http://www.perso.wanadoo.fr/association.1901/HTML/main/index.htm>>.

Statuts

La rédaction des statuts est libre et laissée à l'initiative des fondateurs et des membres

Administration

La loi n'impose aucune modalité d'administration particulière. C'est l'usage qui a instauré la constitution d'une assemblée générale, d'un conseil d'administration et d'un bureau.

Militaires

Les militaires en activité de service peuvent constituer librement une association et y adhérer sauf si elle a un caractère politique ou syndical.

Ils peuvent devenir membre de toute autre association, mais ils doivent rendre compte à l'autorité militaire des fonctions de responsabilité qu'ils y exercent (article 10 de la loi 72-662 du 13-7-1972).

Étrangers

Des étrangers peuvent constituer une association seuls ou avec des Français à condition d'être capables, leur capacité s'appréciant en fonction de leur loi nationale et non pas de la loi française.

Définition de l'association

D'après l'article 1 de la loi du 1er juillet 1901, trois éléments caractérisent une association:

Une convention

L'association est un contrat entre, au minimum, deux personnes : personnes physiques ou personnes morales (sociétés commerciales, commune, région, département etc.). Ces personnes peuvent être de nationalité française ou **étrangère**. Il n'y a pas de nombre maximal de sociétaires.

Ce contrat est régi "quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations". Il doit donc respecter **les articles 1108 et suivants du Code civil** : consentement, validité du consentement etc.

Capacité pour contracter

- Un mineur émancipé peut contracter librement.
- Un majeur en curatelle peut constituer librement une association mais l'assistance de son curateur est nécessaire s'il doit faire des actes de disposition (apport, cotisation).
- Un majeur en tutelle est dans la même situation que le mineur non émancipé.
- **Cas des mineurs non émancipés.**

- Une personne déchue de ses droits civiques peut constituer ou adhérer à une association.
- Une personne déchue du droit de diriger une personne morale peut constituer ou adhérer à une association.

Une durée

L'association se caractérise par sa permanence. Elle est donc formée pour une certaine durée fixée par les membres. Elle existe même quand ceux-ci ne sont pas collectivement réunis.

Un but

Les membres de l'association mettent en commun leurs connaissances ou leur activité. Leur participation peut prendre diverses formes: participation matérielle, intellectuelle etc. Cette participation doit répondre à trois conditions:

1. elle doit être effectuée de façon permanente: une personne qui adhère pour une période limitée (journée, semaine etc.) n'est pas considérée comme un membre de l'association;
2. elle ne doit pas être effectuée en état de subordination à l'égard de l'association (caractéristique d'un contrat de travail);
3. elle ne doit pas faire l'objet d'une rémunération sous quelque forme que ce soit.

L'association n'a pas pour objet de partager des bénéfices entre ses membres. Si elle réalise des excédents, ceux-ci doivent être utilisés pour réaliser l'objet désintéressé de l'association. Une association qui répartirait ses bénéfices entre ses membres serait requalifiée par les tribunaux en société créée de fait avec des conséquences importantes: perte de la personnalité juridique, responsabilité des associés de fait à l'égard des tiers etc.)

En cas de **dissolution**, les sociétaires ne peuvent pas se partager le boni de liquidation.

En outre, l'objet de l'association mais également l'activité réellement exercée doit être licite (art. L 3). A défaut, l'association doit être dissoute (art. L 7).

Les différents types d'associations

- Association non déclarée
- **Fondation**
- **Association d'utilité publique**
- Fédération
- Régies de quartier
- Association intermédiaire

- Association de services aux personnes
- Associations agréées
- **ONG**
- Association "de famille"
- Associations étrangères

Fondation

Il s'agit également d'une personne morale d'intérêt général et à but non lucratif mais elle résulte de l'affectation irrévocable de biens. Elle n'a donc pas de membres et ne perçoit pas de cotisations, son financement étant assuré par la dotation constitutive.

Fondation d'utilité publique

Il n'y a pas de nombre minimal ou maximal de fondateurs. La dotation, au minimum 750.000 €, doit assurer à la fondation des revenus stables et réguliers lui permettant de remplir son objet d'intérêt général de manière durable. Elle doit adopter des statuts-types. La reconnaissance d'utilité publique fait l'objet d'un décret après avis du Conseil d'État.

Fondation d'entreprise

La fondation d'entreprise ne peut être créée que par des sociétés civiles ou commerciales, des établissements publics à caractère industriel et commercial, des coopératives ou mutuelles en vue de la réalisation d'un objet social. Elle est créée pour une durée déterminée, la durée initiale ne pouvant être inférieure à cinq ans.

A la constitution, les fondateurs ne sont pas obligés d'apporter une dotation initiale mais doivent s'engager à effectuer les versements correspondants au programme d'action pluriannuel défini dans les statuts et dont le montant ne peut être inférieur à 150.000 €.

La fondation jouit de la capacité juridique à compter de la publication au Journal Officiel de l'autorisation préfectorale qui lui confère ce statut.

Association reconnue d'utilité publique

Une association peut être reconnue **d'utilité publique**; elle est alors dotée d'une capacité juridique plus étendue que celle d'une association simplement déclarée et publiée. Pour obtenir cette reconnaissance, l'association doit respecter un certain nombre de contraintes (but d'intérêt général, le rayonnement de l'association doit excéder le cadre local, 200 membres au moins, ressources financières importantes, délai d'existence d'au moins trois ans, adoption de statuts types) et se soumettre à un contrôle des pouvoirs publics.

La reconnaissance d'utilité publique n'est pas accordée automatiquement. Le gouvernement, après avis consultatif du Conseil d'État, dispose d'un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité d'accorder cette reconnaissance.

Les associations déclarées peuvent recevoir des dons manuels, mais pas de donations ou de legs sauf si elles ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale.

Les associations reconnues d'utilité publique peuvent recevoir des donations ou des legs.

L'acceptation de ces libéralités est subordonnée à une autorisation préfectorale. Les immeubles compris dans un acte de donation ou dans un testament, qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement de l'association doivent être vendus.

Organisations internationales non gouvernementales (ONG)

La France a ratifié (loi 98-1166 du 18 décembre 1998) la Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales (ONG). Celle-ci est entrée en vigueur le mars 2000.

Pour pouvoir se prévaloir de cette Convention une association doit remplir les quatre conditions suivantes:

1. avoir un but non lucratif d'utilité internationale; Sont présumées remplir cette condition les ONG bénéficiant d'un statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe ou des institutions internationales du système des Nations unies, ou encore d'un statut d'observateur auprès des comités directeurs de la coopération intergouvernementale du Conseil de l'Europe.
2. avoir été créée par un acte relevant du droit interne d'un État signataire de la Convention;
3. exercer une activité effective dans au moins deux États; Sont présumées remplir cette condition les organisations privées à but non lucratif exerçant des activités dans au moins deux pays et ayant bénéficié d'une procédure de reconnaissance de leur utilité publique selon le droit interne de l'un des États adhérent à l'accord où elles exercent leurs activités.
4. avoir leur siège sur le territoire d'un État partie à la Convention.

Anexo 6 - Resoluções e Portarias pertinentes

RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001, de 23 de janeiro de 1986

Publicado no D. O . U de 17 /2/86.

O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - IBAMA, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 48 do Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983, para efetivo exercício das responsabilidades que lhe são atribuídas pelo artigo 18 do mesmo decreto, e Considerando a necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, RESOLVE:

Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II - as atividades sociais e econômicas;
- III - a biota;
- IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V - a qualidade dos recursos ambientais.

Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA e1n caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

- I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento;
- II - Ferrovias;
- III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos;
- IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso 1, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66;
- V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários;
- VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV;
- VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques;
- VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão);
- IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração;
- X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;
- XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW;
- XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos);

XIII - Distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI;

XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental;

XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;

XVI - Qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia.

Artigo 3º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo RIMA, a serem submetidos à aprovação do IBAMA, o licenciamento de atividades que, por lei, seja de competência federal.

Artigo 4º - Os órgãos ambientais competentes e os órgãos setoriais do SISNAMA deverão compatibilizar os processos de licenciamento com as etapas de planejamento e implantação das atividades modificadoras do meio Ambiente, respeitados os critérios e diretrizes estabelecidos por esta Resolução e tendo por base a natureza o porte e as peculiaridades de cada atividade.

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade ;

III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos.

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e

negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente; ou o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Artigo 7º - O estudo de impacto ambiental será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelos resultados apresentados.

Artigo 8º - Correrão por conta do proponente do projeto todas as despesas e custos referentes à realização do estudo de impacto ambiental, tais como: coleta e aquisição dos dados e informações, trabalhos e inspeções de campo, análises de laboratório, estudos técnicos e científicos e acompanhamento e monitoramento dos impactos, elaboração do RIMA e fornecimento de pelo menos 5 (cinco) cópias,

Artigo 9º - O relatório de impacto ambiental - RIMA refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo:

I - Os objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais;

II - A descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias primas, e mão-de-obra, as fontes de energia, os processos e técnica operacionais, os prováveis efluentes, emissões, resíduos de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados;

III - A síntese dos resultados dos estudos de diagnósticos ambiental da área de influência do projeto;

IV - A descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação;

V - A caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como com a hipótese de sua não realização;

VI - A descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado;

VII - O programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos;

VIII - Recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral).

Parágrafo único - O RIMA deve ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.

Artigo 10 - O órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município terá um prazo para se manifestar de forma conclusiva sobre o RIMA apresentado.

Parágrafo único - O prazo a que se refere o caput deste artigo terá o seu termo inicial na data do recebimento pelo estadual competente ou pela SEMA do estudo do impacto ambiental e seu respectivo RIMA.

Artigo 11 - Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado o RIMA será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da SEMA e do estadual de controle ambiental correspondente, inclusive o período de análise técnica,

§ 1º - Os órgãos públicos que manifestarem interesse, ou tiverem relação direta com o projeto, receberão cópia do RIMA, para conhecimento e manifestação,

§ 2º - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o estadual competente ou o IBAMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA,

Artigo 12 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Flávio Peixoto da Silveira

PORTARIA IPHAN Nº 07 DE 01 DE DEZEMBRO DE 1988

O Secretário do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso VII do art. 16 do Regimento Interno aprovado pela Portaria Ministerial n.º 284, de 17 de julho de 1986, e republicado através da Portaria Ministerial n.º 313, de 8 de agosto de 1986, e

Considerando que a Lei n.º 3.924, de 26 de julho de 1961, submete à proteção do Poder Público, pela SPHAN, os monumentos arqueológicos e pré-históricos;

Considerando a necessidade de regulamentar os pedidos de permissão e autorização e a comunicação prévia quando do desenvolvimento de pesquisas de campo e escavações arqueológicas no País a fim de que se resguarde os objetos de valor científico e cultural localizados nessas pesquisas;

Considerando a urgência de fiscalização eficaz das atividades que envolvem bens de interesse arqueológico e pré-histórico do País resolve:

Artigo 1º - Estabelecer os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisas e escavações arqueológicas em sítios arqueológicos previstas na Lei n.º 3.924, de 26 de julho de 1961.

Artigo 2º - O pedido de permissão será feito através do requerimento da pessoa natural ou jurídica privada que tenha interesse em promover as atividades descritas no art. 1º.

Artigo 3º - As instituições científicas especializadas da União, dos Estados e dos Municípios deverão requerer autorização para escavações e pesquisas em propriedade particular.

Parágrafo único - Para efeitos desta Portaria, as Universidades e suas unidades descentralizadas incluem-se entre as instituições científicas de que trata o capítulo III da Lei n.º 3.924/61.

Artigo 4º - Os órgãos da Administração Federal, dos Estados e dos Municípios comunicarão previamente qualquer atividade objeto desta Portaria, informando, anualmente à SPHAN, o desenvolvimento dos trabalhos.

Artigo 5º - Os pedidos de permissão e autorização, assim como a comunicação prévia, devem ser dirigidos ao Secretário da SPHAN acompanhados das seguintes informações:

- I - indicação do nome, endereço, nacionalidade e currículo com cópia das publicações científicas que comprove a idoneidade técnico-científica do arqueólogo responsável e da equipe técnica;
- II - delimitação da área abrangida pelo projeto;
- III - relação, quando for o caso, dos sítios a serem pesquisados com indicação exata de sua localização;
- IV - plano de trabalho científico que contenha:
 - 1. definição dos objetivos;
 - 2. conceituação e metodologia;
 - 3. seqüência das operações a serem realizadas no sítio;
 - 4. cronograma da execução;
 - 5. proposta preliminar de utilização futura do material produzido para fins científicos, culturais e educacionais;
 - 6. meios de divulgação das informações científicas obtidas;
- V - prova de idoneidade financeira do projeto;
- VI - cópia dos atos constitutivos ou lei instituidora, se pessoa jurídica;
- VII - indicação, se for o caso, da instituição científica que apoiará o projeto com respectiva declaração de endosso institucional.

Parágrafo 1º - Serão liminarmente rejeitados os projetos que não apresentarem garantia quanto à sua execução e quanto à guarda do material recolhido.

Parágrafo 2º - Os projetos em cooperação técnica com instituições internacionais devem ser acompanhados de carta de aceitação da instituição científica brasileira co-responsável indicando a natureza dos compromissos assumidos pelas, tanto técnicos quanto financeiros.

Artigo 6º - A SPHAN responderá aos pedidos referentes a pesquisas de campo e escavações em noventa dias, salvo se insatisfatoriamente instruídos, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do cumprimento da exigência.

Parágrafo único - A decisão considerará os critérios adotados para a valorização do sítio arqueológico e de todos os elementos que nele se encontrem, assim como as alternativas de aproveitamento máximo do seu potencial científico, cultural e educacional.

Artigo 7º - As permissões e autorizações devem ser revalidadas a cada dois anos, contados da data de emissão do respectivo instrumento.

Parágrafo único - Salvo motivo justificado, e a critério exclusivo da SPHAN, as permissões e autorizações só serão renovadas mediante a apresentação dos relatórios técnicos e a comprovação de que as informações científicas estão sendo divulgadas.

Artigo 8º - A não apresentação dos relatórios técnicos por período igual ou superior a doze meses consecutivos acarretará o cancelamento da permissão e da autorização, ficando o pesquisador impedido de prosseguir nos trabalhos de campo e a área de pesquisa liberada para novos projetos.

Artigo 9º - Os trabalhos de pesquisa serão efetuados sob permanente orientação do coordenador responsável, que não poderá transferir a terceiros os encargos da coordenação sem prévia anuência da SPHAN.

Parágrafo único - O arqueólogo designado coordenador dos trabalhos será considerado, durante a realização das etapas de campo, fiel depositário do material arqueológico recolhido ou de estudo que lhe tenha sido confiado.

Artigo 10º - Do brasileiro responsável pelo desenvolvimento de pesquisas realizadas por estrangeiros exigir-se-á o disposto no art. 9º.

Artigo 11º - Os relatórios técnicos devem ser redigidos em língua portuguesa e entregues à SPHAN acompanhados das seguintes informações:

- I - cadastro, segundo formulário próprio, dos sítios arqueológicos encontrados durante os trabalhos de campo;
- II - meios utilizados durante os trabalhos, medidas adotadas para a proteção e conservação e descrição do material arqueológico, indicando a instituição responsável pela guarda e como será assegurado o desenvolvimento da proposta de valorização do potencial científico, cultural e educacional;
- III - planta(s) e fotos pormenorizadas do sítio arqueológico com indicação dos locais afetados pelas pesquisas e dos testemunhos deixados no local;
- IV - foto do material arqueológico relevante;
- V - planta(s), desenhos e fotos das estruturas descobertas e das estratigráficas reconhecidas;
- VI - planta(s) com indicação dos locais onde se pretende o prosseguimento das pesquisas em novas etapas;
- VII - indicação dos meios de divulgação dos resultados.

Art. 12 - Terminada a pesquisa, o coordenador encaminhará à SPHAN, em língua portuguesa, o relatório final dos trabalhos, onde deverá constar:

- I - as informações relacionadas no art. 11, exceto a do item VI;
- II - listagem dos sítios arqueológicos cadastrados durante o desenvolvimento do projeto;
- III - relação definitiva do material arqueológico recolhido em campo e informações sobre seu acondicionamento e estocagem, assim como indicação precisa do responsável pela guarda e manutenção desse material.

Art. 13 - Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Augusto Carlos da Silva Telles, Secretário da SPHAN

Publicado no D.O U de 15.12.88

PORTARIA IPHAN 230, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2002.

O Diretor do Departamento de Proteção do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional — IPHAN, no uso de suas atribuições legais,

Considerando o que dispõe os artigos 20, 23, 215 e 216 da Constituição Federal;

Considerando o disposto na Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos nacionais;

Considerando o disposto na Portaria SPHAN nº 07, de 1º de dezembro de 1988, que trata do ato (Portaria) de outorga (autorização/permissão) para executar determinado projeto que afete direta ou indiretamente sítio arqueológico;

Considerando a necessidade de compatibilizar as fases de obtenção de licenças ambientais em urgência com os estudos preventivos de arqueologia, objetivando o licenciamento de empreendimentos potencialmente capazes de afetar o patrimônio arqueológico, e

Considerando a necessidade de compatibilizar as fases de obtenção de licenças ambientais, com os empreendimentos potencialmente capazes de afetar o patrimônio arqueológico, faz saber que são necessários os procedimentos abaixo para obtenção das licenças ambientais em urgência ou não, referentes à apreciação e acompanhamento das pesquisas arqueológicas no país, resolve:

Fase de obtenção de licença prévia (EIA/RIMA)

Artº 1 – Nesta fase, dever-se-á proceder à contextualização arqueológica e etnohistórica da área de influência do empreendimento, por meio de levantamento exaustivo de dados secundários e levantamento arqueológico de campo.

Artº 2 – No caso de projetos afetando áreas arqueologicamente desconhecidas, pouco ou mal conhecidas que não permitam inferências sobre a área de intervenção do empreendimento, deverá ser providenciado levantamento arqueológico de campo pelo menos em sua área de influência direta. Este levantamento deverá contemplar todos os compartimentos ambientais significativos no contexto geral da área a ser implantada e deverá prever levantamento prospectivo de sub-superfície.

I – O resultado final esperado é um relatório de caracterização e avaliação da situação atual do patrimônio arqueológico da área de estudo, sob a rubrica Diagnóstico.

Artº 3 – A avaliação dos impactos do empreendimento do patrimônio arqueológico regional será realizada com base no diagnóstico elaborado, na análise das cartas ambientais temáticas (geologia, geomorfologia, hidrografia, declividade e vegetação) e nas particularidades técnicas das obras.

Artº 4 – A partir do diagnóstico e avaliação de impactos, deverão ser elaborados os Programas de Prospecção e de Resgate compatíveis com o cronograma das obras e com as fases de licenciamento ambiental do empreendimento de forma a garantir a integridade do patrimônio cultural da área.

Fase de obtenção de licença de instalação (LI)

Artº 5 – Nesta fase, dever-se-á implantar o Programa de Prospecção proposto na fase anterior, o qual deverão prever prospecções intensivas (aprimorando a fase anterior de intervenções no subsolo) nos compartimentos ambientais de maior potencial arqueológico da área de influência direta do empreendimento e nos locais que sofrerão impactos indiretos potencialmente lesivos ao patrimônio arqueológico, tais como áreas de reassentamento de população, expansão urbana ou agrícola, serviços e obras de infra-estrutura.

§ 1º - Os objetivos, nesta fase, são estimar a quantidade de sítios arqueológicos existentes nas áreas a serem afetadas direta ou indiretamente pelo empreendimento e a extensão, profundidade, diversidade cultural e grau de preservação nos depósitos arqueológicos para fins de detalhamento do Programa de Resgate Arqueológico proposto pelo EIA, o qual deverá ser implantado na próxima fase.

§ 2º - O resultado final esperado é um Programa de Resgate Arqueológico fundamentado em critérios precisos de significância científica dos sítios arqueológicos ameaçados que justifique a seleção dos sítios a serem objeto de estudo em detalhe, em detrimento de outros, e a metodologia a ser empregada nos estudos.

Fase de obtenção da licença de operação

Artº 6 – Nesta fase, que corresponde ao período de implantação do empreendimento, quando ocorrem as obras de engenharia, deverá ser executado o Programa de Resgate Arqueológico proposto no EIA e detalhado na fase anterior.

§ 1º - É nesta fase que deverão ser realizados os trabalhos de salvamento arqueológico nos sítios selecionados na fase anterior, por meio de escavações exaustivas, registro detalhado de cada sítio e de seu entorno e coleta de exemplares estatisticamente significativos da cultura material contida em cada sítio arqueológico.

§ 2º - O resultado esperado é um relatório detalhado que especifique as atividades desenvolvidas em campo e em laboratório e apresente os resultados científicos dos esforços despendidos em termos de produção de conhecimento sobre arqueologia da área de estudo. Assim, a perda física dos sítios arqueológicos poderá ser efetivamente compensada pela incorporação dos conhecimentos produzidos à Memória Nacional.

§ 7º - O desenvolvimento dos estudos arqueológicos acima descritos, em todas as suas fases, implica trabalhos de laboratório e gabinete (limpeza, triagem, registro, análise, interpretação, acondicionamento adequado do material coletado em campo, bem como programa de Educação Patrimonial), os quais deverão estar previstos nos contratos entre os empreendedores e os arqueólogos responsáveis pelos estudos, tanto em termos de orçamento quanto de cronograma.

§ 8º - No caso da destinação da guarda do material arqueológico retirado nas áreas, regiões ou municípios onde foram realizadas pesquisas arqueológicas, a guarda destes vestígios arqueológicos deverá ser garantida pelo empreendedor, seja na modernização, na ampliação, no fortalecimento de unidades existentes, ou mesmo na construção de unidades museológicas específicas para o caso.

Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PORTARIA IPHAN 28, DE 31 DE JANEIRO DE 2003.

O Diretor do Departamento de Proteção do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, no uso de suas atribuições legais,

Considerando o que dispõe os artigos 20,23,215 e 216 da Constituição Federal;

Considerando o disposto na Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos nacionais;

Considerando o disposto na Portaria SPHAN nº 07, de 1º de dezembro de 1988, que trata do ato (Portaria) de outorga (autorização/permissão) para executar determinado projeto que afete direto ou indiretamente sítio arqueológico;

Considerando as enormes perdas da base finita do Patrimônio Cultural Arqueológico ocorrida com a implantação de usinas hidrelétricas no Brasil;

Considerando que apenas recentemente os referidos empreendimentos estão sendo objeto de estudos de impacto ambiental, e mais recentemente ainda estão a incorporar a variável destinada à proteção do Patrimônio Cultural Arqueológico;

Considerando a necessidade de reparar, minimizar e mitigar os impactos negativos potencialmente causados pela implantação dos referidos empreendimentos;

Considerando a necessidade imperativa de renovação das licenças ambientais de operação por parte do IBAMA e/ou das Agências Ambientais Estaduais, dos referidos empreendimentos;

Considerando ser o licenciamento ambiental um ato administrativo complexo que envolve outras instâncias governamentais, em especial o IPHAN, nas questões relativas ao Patrimônio Cultural da Nação;

Considerando ainda que todos os reservatórios de Usinas Hidrelétricas que não foram objeto de levantamento arqueológico prévio, diagnóstico, resgate e salvamento devem conter na sua faixa de depleção importante legado arqueológico ainda passível de identificação, documentação e resgate;

Considerando que as faixas de depleção podem ser objeto de estudos arqueológicos visando suprir esta lacuna legal;

Considerando que, com exceção dos reservatórios a fio d'água, todos os outros oferecem ainda significativas oportunidades de se promover a pesquisa arqueológica.

O Diretor do Departamento de Proteção no uso de suas atribuições resolve:

Art 1º - Que os reservatórios de empreendimentos hidrelétricos de qualquer tamanho ou dimensão dentro do território nacional deverão doravante na solicitação da renovação da licença ambiental de operação prever a execução de projetos de levantamento, prospecção, resgate e salvamento arqueológico da faixa de depleção.

Art 2º - Os estudos arqueológicos serão exigidos na faixa de depleção ao menos entre os níveis médio e máximo de enchimento dos reservatórios.

Art. 3º - Os projetos formulados para os estudos arqueológicos na faixa de depleção dos reservatórios devem estar formatados em conformidade com a Lei Federal 3924/61 e das Portarias SPHAN 07/88 e IPHAN 230/2003.

Art. 4º - A critério do IPHAN que notificará o IBAMA e/ou as Agências Ambientais, o IPHAN poderá opinar favoravelmente à concessão da renovação da licença de operação do empreendimento, desde que o projeto de estudos arqueológicos tenha sido aprovado pelo IPHAN com garantias da execução.

Art. 5º - O cronograma dos trabalhos arqueológicos deverão estar compatibilizados com período de esvaziamento do reservatório entre os níveis médio e máximo.

Art. 6º - Os reservatórios a fio d'água, para efeitos desta Portaria, serão excluídos.