

Zani Cajueiro Tobias de Souza

**SOCIEDADE DE RISCO E MEIO AMBIENTE:
O PAPEL DO ESTADO NA GESTÃO COMPARTILHADA DO
PATRIMÔNIO CULTURAL**

**BELO HORIZONTE
ESCOLA DE ARQUITETURA DA UFMG
2013**

Zani Cajueiro Tobias de Souza

**SOCIEDADE DE RISCO E MEIO AMBIENTE:
O PAPEL DO ESTADO NA GESTÃO COMPARTILHADA DO
PATRIMÔNIO CULTURAL**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado da Escola de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Meio Ambiente Construído e Patrimônio Sustentável.

Área de Concentração: Bens Culturais, Tecnologia e Território

Linha de Pesquisa: Conservação de Bens Culturais

Orientador: Luiz Antônio Cruz Souza

**BELO HORIZONTE
ESCOLA DE ARQUITETURA DA UFMG**

2013

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-graduação em Meio Ambiente Construído e Patrimônio Sustentável da Universidade Federal de Minas Gerais, em 21 de março de 2013, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ambiente Construído e Patrimônio Sustentável

Orientador: Luiz Antônio Cruz Souza

Professora Doutora Inês Vírginia Soares Prado

Professor Doutor Luiz Antônio Cruz Souza (Orientador) - UFMG

Professor Doutor Leonardo Barci Castriota - UFMG

Professora Doutora Yacy-Ara Froner Gonçalves

Aos quatro amores de minha vida: Jorge, Matheus, Lucas e Nicolle.

AGRADECIMENTOS

Em um primeiro momento, tenho de confessar que apenas uma pessoa me vem à mente, a quem devo externalizar toda a gratidão por ter me proporcionado a oportunidade de aprofundar conhecimento em área a qual me dedico, há tantos anos, na prática: meu esposo, Jorge Tobias de Souza, incomparável companheiro, amor da minha vida, amigo de todas as horas. Sem sua paciência, sua incondicional dedicação e sua visão de que o outro importa mais do que nós mesmos, chegar até aqui não teria sido possível.

Aos meus filhos, Matheus, Lucas e Nicolle, que tanto trabalho deram ao pai nessa jornada, mas cujos pequenos gestos, sorrisos e brincadeiras me faziam acreditar na importância de trabalhar com a matéria ambiental e tentar entender um pouco mais o mundo. O desafio de criar bem três filhos é a concretização, na sua própria casa, da transgeracionalidade.

Não poderia deixar de agradecer, ainda, aos meus pais, por estar aqui, no mundo e no Ministério Público Federal. Ao Conselho Superior do MPF, que me possibilitou o afastamento de minhas funções por dois meses, para colocar no papel aquilo que os olhos leram, a alma sentiu e a mente absorveu. Trabalhar em Instituição na qual o seu labor cotidiano faz, efetivamente, a diferença, é um presente de Deus.

Por fim, aos queridos Mestres e Doutores do MACPS, bem como a sempre solícita Victória. Retomei, nessa jornada, alguns caminhos que trilhei ainda bem jovem, quando namorei as ciências exatas ao cursar quatro anos de Engenharia Química na UFRJ. Provavelmente daí vem minha mais sincera admiração pelo trabalho do Professor Luiz Souza, querido orientador, químico e restaurador por profissão e paixão. Casei-me, contudo, com o Direito; e essa amálgama de conhecimentos, envolvendo ciências exatas, sociais e, neste trabalho, também as humanas, foi se formando aos poucos.

Ainda há muito a estudar, muito a aprender, muito a evoluir, muito a fazer.

Façamos juntos, então.

RESUMO

O patrimônio cultural vem sendo considerado, majoritariamente, como elemento do meio ambiente. Assim, não somente por sua importância, oriunda dos valores que lhe são ínsitos, mas também em virtude do crescimento da preocupação com viés ambiental, mercê da globalização e do incremento dos riscos, há necessidade de que todos os atores envolvidos na preservação exerçam seus papéis. Se, por certo, a participação popular se mostra essencial nessa seara, resta impossível não reconhecer que o papel do Estado ainda é preponderante, principalmente quando se cotejam culturas e estágios de desenvolvimento tão distintos; e a proteção ambiental ainda é vista como um entrave ao crescimento econômico. A mitigação da necessária e obrigatória intervenção estatal, segundo as três funções do poder, pode ser extremamente danosa. A proposta do presente estudo é analisar como se operou, no arcabouço jurídico nacional e internacional, tal inserção no meio ambiente, bem como seus consectários. Além disso, apoia-se na lei de política nacional de meio ambiente e no princípio da intervenção estatal obrigatória, para delinear o estágio atual de proteção e a aplicação da base principiológica socioambiental, com reforço na atuação estatal. O trabalho foi desenvolvido com base em revisão bibliográfica e estudo de casos, não havendo pretensão, por óbvio, de esgotar o tema, mas refletir sobre a concretização da proteção do patrimônio cultural, em sua máxima amplitude, a beneficiar e respeitar as atuais e futuras gerações.

Palavras-chave: patrimônio cultural, riscos, intervenção estatal obrigatória

ABSTRACT

Cultural heritage has been considered mostly as an element of the environment. Thus, not only for its importance, that became from its values, but also because of growing concern about environmental bias, thanks to globalization and the growing risk, there is need for all stakeholders engaged in preserving their roles. If popular participation is essential, it remains impossible not to recognize that the role of the state is still prevalent, even when comparing cultures and different stages of development and environmental protection is still seen as an obstacle to economic growth. The mitigation required and mandatory state intervention, according to the three functions of power can be extremely harmful. The purpose of this study is to analyze how it operated in the national and international legal framework, one insertion, as well as their consequences. Also, if the law supports national environmental policy and the principle of state intervention required to outline the current state of protection and enforcement of environmental principled basis. The work was developed based on literature review and case studies, with no pretension, obviously, of exhausting the topic of discussion but to reflect about the implementation of protection in its fullest extent, to benefit and meet the present and future generations.

Key Words: heritage, risks, estatal obligatory intervention

SUMÁRIO

O QUE É CULTURA?	9
OBJETO E OBJETIVOS	14
MARCO TEÓRICO	15
MÉTODO	16
1 – INTRODUÇÃO: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL	17
2 - O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO ELEMENTO DO MEIO AMBIENTE	24
3 A BASE PRINCIPOLÓGICA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL	28
3.1 Princípios da Prevenção e Precaução	30
3.1.1 A Sociedade de Risco	36
3.1.2 Perigos e Riscos na Proteção do Patrimônio Cultural	43
3.2 Princípio da Participação Popular	50
3.3 Princípio da Cooperação	53
3.4 Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental	56
3.5 Princípio da Responsabilidade Pós-Licenciamento	60
3.6 Princípio da Funcionalidade Compatível	62
3.7 Princípio da Intervenção Estatal Obrigatória	69
4 - PODER EXECUTIVO - PARTICULARIDADES DO ARTIGO 9º DA LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE	74
4.1 – A AVALIAÇÃO DE IMPACTOS AMBIENTAIS	74
4.1.1 A Tridimensionalidade do Licenciamento Ambiental	79
4.1.2 Aspectos federais do licenciamento ambiental	82
4.1.3 Termo de Referência	84
4.1.4 Arqueologia	91
4.2 - O USO DA MELHOR TECNOLOGIA	96
4.2.1 Conservação do Patrimônio Cultural Tangível	96
4.2.2 Licenciamento Ambiental	103
4.3 PODER EXECUTIVO – O PODER DE POLÍCIA DO IPHAN	107
4.3.1 IPHAN como integrante do SISNAMA	111
4.3.2 IPHAN e as sanções da Lei 9.605/98	115
5 - PODER JUDICIÁRIO – A SINDICABILIDADE APROFUNDADA DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS	120
5.1 Os Limites à Discricionariedade	120
5.2 Proteção por Decisão Judicial	127

6 - PODER LEGISLATIVO – ATUAÇÃO COMISSIVA E OMISSIVA	130
7 - A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	133
8 - A LEI COMPLEMENTAR 140/2011 – COOPERAÇÃO E INCOMPREENSÃO	138
CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
REFERÊNCIAS	145
ANEXOS	151

O QUE É CULTURA ?

O que é cultura? Certamente, um dos conceitos mais conhecidos é aquele de Paulo Freire (1974, p. 41), *in verbis*: “Cultura é todo resultado da atividade humana, do esforço criador e recriador do homem, do seu trabalho por transformar e estabelecer relações dialogais com outros homens.”

Hodiernamente, a própria valoração de entes naturais para os quais o homem não contribuiu diretamente, como os sítios de valor paisagístico, ecológico ou paleontológico, são elementos do conceito, conforme artigo 216 da Constituição da República. Nessa toada, aponte-se a noção trazida por Marchesan (2007, p. 15):

A expressão cultural é polissêmica. Martins, cientista político e estudioso da cultura popular, afirma tratar-se de um “conceito de extensão” miseravelmente vasta. A rigor, quer dizer tudo que não é exclusivamente natureza e passa a significar praticamente tudo num mundo como o de hoje penetrado por todas as partes pela ação criadora do trabalho humano.

A cultura é, então, tudo aquilo que é criado pelo homem. É também um conjunto de entes que, embora não seja fruto da criação humana (ex. as paisagens naturais), são valorados pelo homem como bens culturais (MARCHESAN, 2007, p. 17).

Por óbvio, a amplitude do conceito “cultura” impõe fazer um recorte sobre o qual recaia o ordenamento jurídico, através de instrumentos protetivos. Esses bens protegidos formam, então, o denominado “patrimônio cultural”.

A formação de tal patrimônio cultural é sectária, um movimento de escolha, de valoração.¹ Ao mesmo tempo em que se protege, permite-se a destruição de tantas outras manifestações culturais. Ainda, não há, na nomenclatura “patrimônio”, qualquer conotação oriunda do direito romano, restando pouca importância à dicotomia “público” e “privado”. Cria-se uma nova categoria de bens para além da divisão clássica, os bens de interesse público (SILVA, 2001).

A materialidade do bem, tão arraigada no operador de direito, pode ser, tão somente, o *locus* ou o suporte material para manifestações imateriais, ligadas ao

¹Para aprofundamento no tema, sugere-se a leitura de DE LA TORRE, Marta; MYERS, David. *Assessing the values of cultural heritage*. Los Angeles: The Getty Conservation Institute, 2002.

modo de ser, fazer e viver do ser humano, também elencados como passíveis de proteção pela Constituição da República. Afirma Souza Filho (1997, p. 11) que, “para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha como a evocação mística que dela faça o povo.”

Há que se considerar, ainda, que cultura faz parte do conceito de meio ambiente e que estamos em um mundo globalizado, com crescentes preocupações vinculadas à proteção ambiental, principalmente em virtude da existência de riscos *não verificados em outras épocas*. Note-se que a sociedade que os suporta pode não ter sido sua causadora e/ou a receptora de seus bônus. Ainda, o próprio empreendedor, por diversas vezes, pertence a outras partes do mundo, muito pouco compreendendo – e *valorizando* – a cultura local. Isto sem mencionar a opção feita por nossa sociedade de vinculação ao consumo sem maiores freios. Assim, o que se vivencia é um incremento do risco concomitante ao desenvolvimento econômico, fator que precisa ser gerenciado tendo como ênfase o princípio da intervenção estatal obrigatória.²

Evidencia-se, então, a necessidade de conhecer a base principiológica sobre a qual se concretiza a proteção, a fim de que eventuais colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas, sendo certo que o princípio a ser focado com destaque neste trabalho é o da intervenção estatal obrigatória.

Com efeito, ainda que o poder do Estado-Nação cresça de forma inversamente proporcional à globalização, mercê da mitigação da soberania, fato é que ainda se faz necessária a intervenção estatal ambiental através de instrumental previsto na legislação pátria brasileira. As incertezas científicas e a indisponibilidade do direito fundamental nos impõem o uso da melhor tecnologia no diagnóstico e “reparação” dos danos ambientais culturais, o que foi efetivado pela lei de política nacional do meio ambiente em seu artigo 9º.

É nesse cenário, onde aspectos sociais e culturais passam a fazer parte da noção de meio ambiente, que se faz importante delimitar quais são os instrumentos

² Cite-se, como exemplo, o conflito socioambiental que vem ocorrendo em Paracatu, Minas Gerais, no confronto entre a preservação da cultura dos remanescentes de quilombo “Família dos Amaros” e o incremento local da mineração. Disponível em <http://www.prmg.mpf.gov.br/patosdeminas/portarias-de-icp/200938060006100/arquivo>. Acesso em 14.01.2013.

mais importantes em tal exercício, coibindo, avaliando, mitigando e compensando impactos ambientais. A convivência entre culturas absolutamente distintas e a necessidade de alcançar suposta melhor qualidade de vida pode ter graves conseqüências na seara objeto deste estudo.

O presente texto tratará, então, dos fundamentos teóricos para a efetiva inserção do patrimônio cultural no conceito de meio ambiente. Faremos breve incursão em outros países, mostrando como e se tal inserção ocorre, finalizando com os argumentos que demonstram não haver dúvidas quanto a este ponto segundo o arcabouço normativo brasileiro. Restando tal inserção demonstrada, cabível a aplicação dos princípios norteadores do direito ambiental, razão pela qual alguns deles serão ressaltados neste trabalho. Conferiu-se especial ênfase ao princípio da intervenção estatal obrigatória, sob o viés tripartido da atuação das três funções do Poder – Executivo, Legislativo e Judiciário –, não sem observar a particularidade da atuação do Ministério Público como uma Instituição *sui generis*. Essa intervenção estatal será analisada segundo a linha condutora da Lei 6.938/81, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, lastro normativo que enfatizou, ainda antes da Constituição da República, o conceito de qualidade de vida e, mais, em recorte de seu artigo 9º afirmou da necessidade de proteção ambiental através: 1) do uso de melhor tecnologia; 2) da avaliação de impactos ambientais e; 3) do exercício do poder de polícia.

A melhor tecnologia e sua absorção, explicitadas no artigo 9º, inciso V, mostram-se como essenciais, nas palavras do legislador pátrio, à “melhoria da qualidade ambiental”. E tal previsão infraconstitucional, aprofundada por aquela prevista no artigo 225 da Constituição da República, repercutiu na jurisprudência e na doutrina pátrias.

Assim, se a melhor tecnologia está vinculada à melhoria da qualidade ambiental e, via de consequência, da qualidade de vida, por óbvio há que se acoplar ao desenvolvimento econômico a noção de sustentabilidade. É dizer que avaliar impactos ambientais de forma plena, mitigá-los e compensá-los é um exercício de cidadania e respeito aos direitos dos quais o gestor público não é o titular. Note-se que, mesmo passadas mais de três décadas desde a Recomendação da UNESCO para salvaguarda dos conjuntos históricos e sua funcionalidade,³ no cotidiano não se

³ Para conhecimento, consulte texto integral disponível em: <<http://www.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=249>>. Acesso em 22.07.2012.

observa a efetiva inserção do patrimônio cultural, até mesmo do tangível, nos estudos de impacto ambiental apresentados durante o licenciamento de empreendimentos, conforme se depreende de coleta de dados feita junto ao IPHAN, os quais demonstram claramente a discrepância entre o número de licenciamentos ambientais e o número de manifestações da autarquia, o que será apresentado especificamente no capítulo acerca do licenciamento ambiental.⁴

Ainda, como parte do meio ambiente o patrimônio cultural poderá utilizar, em sua proteção, toda uma base principiológica do direito ambiental antes voltada apenas para aspectos naturalísticos. E o direito ao meio ambiente é um direito fundamental, razão pela qual não cabe ao Estado – seja através de políticas públicas ou legislação em abstrato, seja na figura do licenciador ou mesmo do magistrado – abrir mão, frise-se mais uma vez, de direito que não lhe pertence. Se, por um lado, é certo que o cotejo entre os prós e os contras de um empreendimento acaba, de certo modo, por flexibilizar a proteção ao direito ambiental, por outro, demonstra-se verdadeiro que, na fase de diagnóstico de tais impactos, não se pode transigir com a amplitude da proteção. Diagnosticar de forma correta significa efetivamente avaliar qual o elastério possível para que se concretize o ideal de desenvolvimento sustentável e não apenas de crescimento econômico.

⁴ Em Minas Gerais, há dois casos emblemáticos de lacunas graves nos estudos de impacto ambiental na mineração, inclusive na seara cultural, os quais foram, de forma *sui generis*, objeto de estudos pelo próprio Ministério das Minas e Energia. É o caso, por exemplo, da mineração em Congonhas, cidade cujo crescimento se deu em virtude principalmente da exploração da mina “Casa de Pedra”, porém o enriquecimento da empresa responsável por aquela atividade não se traduziu em efetivos ganhos para a população. O traçado urbano e seus componentes, tombados pelo IPHAN, foram descaracterizados pelo crescimento desordenado, fomentado pela chegada de significativo número de trabalhadores, aliado a um entendimento, pelo poder público, de que a mineração seria a única forma de desenvolver a cidade. A infraestrutura da localidade não acompanhou seu crescimento; a população, assim como os Profetas do Santuário de Bom Jesus de Matozinhos, padece com a poeira avermelhada que sobre tudo se deposita. Verbas públicas, que poderiam ser gastas em outros temas, são utilizadas para a retirada de aproximadamente 120 toneladas de poeira mensal das ruas de Congonhas; e verbas federais foram utilizadas para a limpeza das esculturas de Aleijadinho por diversas vezes. Ao que parece, passados mais de setenta anos do tombamento ainda não há perspectiva sólida de sustentabilidade para a cidade, quando os recursos minerais, por natureza, finitos, deixarem de ser explorados. Uma possibilidade é a exploração turística, inclusive da geologia particular da região, mas pouco foi feito nesse sentido até o momento. Outro exemplo é o de Conceição do Mato Dentro, com fragmentação de comunidades tradicionais, prováveis remanescentes de quilombos, após intensa incursão da mineradora na região, ainda antes do licenciamento ambiental. Esses, dentre outros casos, estão relatados em livro próprio que se encontra disponível no endereço eletrônico <http://www.cetem.gov.br/publicacao/livros/Vol_1_GRANDES_MINAS_TOTAL.pdf> (Acesso em 08.01.2013).

Não menos importante se mostra, ainda, o exercício pleno do poder de polícia, o qual possui viés educativo e repressivo ao mesmo tempo, concretizando a intervenção estatal obrigatória em sua plenitude. Somente a hermenêutica segundo a qual o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) é autarquia integrante do SISNAMA (Sistema Nacional de Meio Ambiente) possibilita tal exercício.

Ainda, também cabe ao Legislativo e ao Judiciário – àquele, através das normas gerais; e a este, através da concretização de tais mandamentos – intervirem na preservação ambiental. A atuação do Legislativo será analisada sob a ótica principalmente do não retrocesso ambiental; a do Poder Judiciário, abordando-se a sindicabilidade aprofundada das decisões administrativas e a necessidade da magistratura construtiva.

A partir da Constituição de 88, verifica-se um novo stakeholder, cuja atuação tem se mostrado essencial, qual seja, o Ministério Público, ao qual é dedicado um capítulo específico analisando os principais instrumentos que a Instituição utiliza na tutela do Patrimônio Cultural.

A efetiva melhoria da qualidade ambiental, apontada pela Lei 6.938/81, somente será alcançada se houver a plena interlocução de todos os atores envolvidos. Serão colacionados alguns métodos de hermenêutica que apontam a melhor exegese, então, para a novel legislação que trata do tema “cooperação entre entes federados”, qual seja, a Lei Complementar 140/2011, afastando-se sua interpretação meramente literal.

Diversidade de atores, diversidade de impactos, diversidade de métodos de avaliação, recuperação, mitigação e compensação, esse é o desafio que o patrimônio cultural enfrenta para que se firme como um fator a ser efetivamente ponderado na opção do Estado em permitir ou não impactos no meio ambiente.

Como disse Choay (2001, p. 248): “A mitologia nos ensinou que Narciso morreu por não poder separar-se nem esquecer-se de si por um momento.” Na seara ambiental, é preciso tal separação, tal esquecimento, a todo o momento, buscando nas outras áreas de conhecimento o complemento de seu próprio saber, aprofundando-se e construindo o novo. É, por certo, um desafio, ao qual se lança este estudo que, ainda que fortemente vinculado à seara jurídica, abebera-se em fundamentos de outras searas para tecer suas considerações.

OBJETO E OBJETIVOS

A presente pesquisa tem como objeto delimitar a importância da atuação estatal na proteção do patrimônio cultural, considerando todas as três funções do Poder Estatal – executiva, legislativa e judiciária - e o Ministério Público. Ainda, e especificamente quanto ao Poder Executivo, através da delimitação dos princípios norteadores da proteção ambiental, enfatizar a intervenção estatal obrigatória e a importância da utilização da melhor tecnologia tanto para diagnosticar impactos ambientais como na tomada de decisões que importarão em gastos públicos, evitando-se a utilização equivocada do princípio da reserva do possível.

Pretende-se, como objetivos específicos: a) demonstrar a inserção do patrimônio cultural na seara do meio ambiente, inclusive através da observação do direito comparado e das cartas e tratados internacionais; b) estabelecer que os princípios gerais de direito ambiental se aplicam, *in totum*, à preservação do patrimônio cultural, principalmente quanto à indisponibilidade do patrimônio cultural pelo gestor público (Executivo), razão pela qual a melhor tecnologia para diagnosticar, mitigar e compensar danos é exigível no arcabouço jurídico brasileiro e internacional; c) estabelecer os limites de atuação das funções do Poder; d) demonstrar como vêm sendo aplicados os princípios expostos e como o Estado vem atuando na seara; e) identificar a melhor exegese da LC 140/2011, compatibilizando a segurança jurídica aos princípios da proibição da proteção deficiente, motivação dos atos administrativos e do estado federativo.

MARCO TEÓRICO

Conforme exposto, esta pesquisa se propõe a abordar a proteção ambiental sob a ótica da atuação estatal. Tal abordagem, em primeiro momento, pode parecer dissociada da realidade do mundo globalizado, em que o papel do Estado vem cedendo espaço externamente (flexibilização da soberania) e internamente (empoderamento popular).

É justamente em virtude dessa aparente dicotomia (poder estatal/poder popular) que o pensamento de Ulrich Beck (2011) serviu como marco teórico para o aprofundamento do estudo. Atento aos riscos produzidos pela própria ciência, ligada ao desenvolvimento nem sempre sustentável, Beck demonstra como a sociedade atual é uma sociedade de risco, onde estamos expostos a perigos quantitativa e qualitativamente antes não imaginados. Mais ainda, aponta para a falibilidade da ciência e a necessidade de que haja efetiva discussão, junto à sociedade, das opções do gestor, até mesmo porque os riscos não são suportados necessariamente por aqueles que o geraram.

Nessa linha, a presente pesquisa busca fazer convergir o pensamento de Beck com a necessária intervenção estatal, justamente para que esta se mostre como um fator de concretização da justiça socioambiental. Assim, propõe jogar luzes no tema “risco” sob outro viés, qual seja, a de que o Estado precisa despende o dinheiro público também segundo a gradação desse risco, priorizando medidas e não se utilizando do princípio da reserva do possível sem fundamentação aprofundada.

MÉTODO

O método proposto é o dedutivo, a ser desenvolvido segundo as seguintes etapas: Pesquisa bibliográfica dos fundamentos epistemológicos, a fim de se delimitar, apoiada na doutrina e legislação, qual a base principiológica aplicável à proteção do patrimônio cultural, conferindo-se ênfase ao papel do Estado na preservação do meio ambiente em virtude da falaciosa dicotomia sustentabilidade X preservação; pesquisa da legislação Constitucional e Infraconstitucional, tratados e convenções internacionais, para demonstrar qual o lastro normativo utilizado na fixação dos princípios expostos, tendo a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente como “espinha dorsal” da importante intervenção estatal, ratificando a atual amálgama meio ambiente e patrimônio cultural; levantamento de decisões judiciais e jurisprudência singular, para buscar a fácil compreensão das regras e princípios, exemplificando sua utilização e pontuando breve estudo de casos e análise da jurisprudência, os quais refletem a realidade vivenciada onde se aplica, ou deveria se aplicar, a teoria; e descrição dos resultados e conclusões, avaliando-se como a necessária atuação em conjunto dos diversos entes estatais culminou na Lei Complementar 140/2011, seus problemas e suas soluções, bem como analisando, com uma visão crítica, o funcionamento dos três poderes, além do Ministério Público.

1 - INTRODUÇÃO - EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

O patrimônio cultural teve seu conceito ampliado nas últimas décadas. De uma primeira fase, em que se encontrava vinculado totalmente à excepcionalidade do objeto, passa a um segundo momento, em que se mostra importante como espelho de uma nação. É dizer que a valorização resta conectada também ao objeto como portador de referência, na expressão do constituinte, à “identidade do povo”.

Pode-se situar a primeira fase entre o século XVIII e a Constituição da República. Interessante pontuar que, naquele século, há registro da primeira manifestação de um integrante do governo preocupado com a preservação do patrimônio cultural, o que seria, então, inédito ato de intervenção estatal ambiental em tal seara.

Em 1742, o vice-rei D. André de Mel e Castro, conhecido como Conde de Galveias, externaliza, em carta ao governador de Pernambuco, sua preocupação com a conservação do Palácio das Duas Torres, obra monumental, construída por Maurício de Nassau em Recife. A pretensão, então, era destiná-la ao uso militar. Eis um trecho daquela missiva:

Pelo que respeita aos Quartéis que se pretendem mudar para o Palácio das duas Torres, obra do Conde Maurício de Nassau, em que os Governadores fazem a sua assistência, me lastimo muito que haja de entregar ao uso violento e pouco cuidadoso dos soldados, que em pouco tempo reduzirão aquela fábrica a uma total dissolução, mas ainda me lastima mais que, com ela, se arruinará também a memória que mudamente estava recomendando à posteridade as ilustres e famosas ações que obraram os Portugueses na Restauração dessa Capitania.

[...] será mais útil fabricar-se quartéis novos, do que bulir no Palácio das duas Torres, porque tenho por certo que, por mais que se trabalhe em atalhar as despesas, em bulir a obra, sempre ficará coberta de remendos (Disponível em: <www.portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=53>. Acesso em 05.02.2013).

Atravessando-se mais de um século, já sob o auspício do modernismo e em virtude do centenário da República, cria-se através do Decreto nº 15.596, de 2 de agosto de 1922 – que restou considerado por Marés como o primeiro ato legislado de proteção cultural em âmbito federal –, o Museu Histórico Nacional.

É interessante notar que o Museu em tela é fruto direto do trabalho de Gustavo Barroso, intelectual cearense. Ao revés do próprio modernismo, Barroso não trabalhava com o conceito de ruptura, mas, sim, com a continuidade entre

passado (Império) e presente (República), buscando solidificar uma ideia de “identidade nacional”. Valorizava tal passado por meio do conhecimento da história, com exposição de peças autênticas e originais, a maioria delas ligadas ao militarismo.⁵

O texto que concretizou a criação daquele museu é exíguo, mas denota a preocupação com a proteção do patrimônio cultural, conforme locução “culto do nosso passado”, ideia considerada retrógrada pelos modernistas, desejosos de romper tais amarras e mostrar que o país se encontrava pronto para uma nova era de progresso:

Considerando que será da maior conveniência para o estudo da Historia Pátria reunir os objectos a ela relativos que se encontram nos estabelecimentos oficiais e concentrá-los em um museu, que os conserve, classifique e exponha ao publico, e, enriquecido com os obtidos por compra ou por doação ou legado, contribua, como escola de patriotismo, para o **culto do nosso passado**:

Resolve, em vista da autorização expressa no art. 3º do decreto legislativo n. 4.492, de 18 de janeiro do corrente ano, criar o Museu Histórico Nacional, expedir para ele o regulamento que com este baixa, assignado pelo ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores, e organizar-lhe, *ad referendum* do Congresso, o quadro do pessoal (BRASIL. Decreto nº 15.596, de 02.08.1922) (grifou-se).

A preservação do patrimônio cultural restava, ainda, implícita até que a palavra “patrimônio” fosse utilizada no Decreto nº 22.929, de 12 de julho de 1933. Tal diploma erige a cidade de Ouro Preto a Monumento Nacional. A despeito de não trazer, em seu bojo, qualquer delimitação de como se daria a proteção em tela, sua importância não se limita ao reconhecimento do valor daquele sítio, mas também insere o que parece ser um embrião da necessária cooperação entre todos os entes federados, a qual se mostrou clara na Constituição de 1988. Note-se que o monumento nacional foi criado sem ônus para a União, dependendo da cooperação entre esta, o Estado, a municipalidade e as autoridades eclesiásticas:

Art. 1º Fica erigida em Monumento Nacional a Cidade de Ouro Preto, sem ônus para a União Federal e dentro do que determina a legislação vigente.

⁵ Para maior aprofundamento, vide o texto integral do artigo publicado nos anais do XIV encontro regional da ANPUH-Rio – memória e patrimônio – ISBN 978-85-60979-08-0. Disponível em: <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276696974_ARQUIVO_patrimonioemuseus_anpuh2010.pdf>.

Art. 2º Os monumentos ligados à História Pátria, bem como as obras de arte, que constituem o patrimônio histórico e artístico da Cidade de Ouro Preto, ficam entregues à vigilância e guarda do Governo do Estado de Minas Gerais e da Municipalidade de Ouro Preto, dentro da órbita governamental de cada um.

Art. 3º Os monumentos de arte religiosa, mediante acordos que forem firmados entre as autoridades eclesiásticas e o governo do Estado de Minas e a Municipalidade de Ouro Preto, poderão ser por estes mantidos em estado de conservação e assim incorporados ao patrimônio artístico e histórico do Monumento Nacional erigido pelo presente decreto (BRASIL. Decreto nº 22.929, de 12 de julho de 1933).

Frise-se, mais uma vez: a preservação do patrimônio cultural passava pelo recorte do quanto se mostrava grandioso, o que foi ratificado pela Constituição de 1934 em seus artigos 10 e 148. No mesmo ano, criava-se o primeiro órgão de proteção, em âmbito federal, do patrimônio cultural (OLIVEIRA, 2008, p. 34), a Inspetoria de Monumentos Nacionais – também capitaneada por Gustavo Barroso –, que replicou as iniciativas esparsas já existentes em Minas Gerais, Bahia e Pernambuco e debruçou-se primeiramente sobre a restauração de monumentos em Ouro Preto. Três anos depois, a Constituição de 1937, asseverava, em seu artigo 134:

Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Como é cediço, a Constituição de 1937 foi publicada em regime de exceção. O Estado Novo, não raro, tem sido apontado como momento deslegitimador para que tenha entrado em vigor, ainda sob sua vigência, também o Decreto-lei 25/37, que criou o instituto do tombamento, institucionalizou o então SPHAN, hoje IPHAN. A importância de tal diploma faz surgir a necessidade de breve digressão neste estudo.

Parece falacioso afirmar que o decreto-lei em tela tenha sido pensado sob a batuta do autoritarismo. Adveio, na verdade, de profunda discussão entre os modernistas, capitaneada por Gustavo Capanema, então Ministro da Educação e Saúde Pública do Governo Vargas, e foi publicado com apenas vinte dias do golpe que dissolveu o parlamento. Afirma Dinnouti:

O trabalho para promulgar uma lei federal mais forte começa em 1936, quando, o então ministro da Educação e Saúde Pública do Governo de Vargas, Gustavo Capanema, pede a Mário de Andrade que elaborasse um anteprojeto de proteção do patrimônio artístico nacional. É esse texto que vai servir de embasamento para o decreto-lei 25/37, que organiza "a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional", promulgado em 30 de novembro de 1937. Até hoje é fonte estruturadora de jurisprudências na preservação ambiental, rural, urbana. Institui o ato legal para reconhecer, registrar, guardar e proteger aquilo que já não é de um, mas de todos. Com esse mecanismo legal criou-se o tombamento, registrando nos livros de tomo o patrimônio arqueológico, etnográfico e paisagístico; histórico; belas artes; e artes aplicadas. (Disponível em: <<http://www.forumpatrimonio.com.br/print.php?articleID=110&modo=1>>. Acesso em 08/01/2013).

A concretização do novo instrumental, criado pelo Decreto-lei 25/37, segue a linha modernista de afirmar uma identidade brasileira própria, dissociada da coroa portuguesa, mas ainda vinculada à monumentalidade. O recorte intrínseco à designação “patrimônio histórico e artístico” reafirma tal direção, conforme se depreende de seu artigo 1º.⁶ Apesar da ementa do Decreto-Lei 25/37, que define o diploma legal como organizador da “proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”, na verdade, o único instrumento então regulamentado foi, frise-se, o tombamento, que é meramente uma das ferramentas, e não a única, passíveis de utilização para a concretização da intervenção estatal protetiva na seara cultural.

Especificamente quanto ao instrumento do tombamento, em virtude de sua importância, são feitas algumas observações. Não raro, verificam-se assertivas de que, na forma como se encontra o Decreto-Lei 25/37, tal instrumento somente seria aplicável sobre “objetos” de excepcional valor, o que acabaria por esvaziar, em muito, a utilização do tombamento. Não parece, contudo, que seja essa a melhor interpretação. Com efeito, a atual Constituição da República não mais considera a excepcionalidade requisito para que seja determinado bem inserido no rol de patrimônio cultural. Ao revés, a Carta Magna se preocupa com o valor de referência à identidade dos grupos formadores do povo brasileiro. Nessa toada, ao invés de se propor uma hermenêutica que restrinja a amplitude do tombamento – conforme se encontrava na Constituição vigente, na ocasião da publicação do Decreto-Lei 25/37 – parece mais razoável realizar interpretação em conformidade com a Constituição

⁶ Art. 1º Constitui o 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 a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

atual. Em outras palavras, se a excepcionalidade/ monumentalidade era a pedra de toque para a classificação de um bem como patrimônio cultural, a merecer a proteção do Estado, atualmente o que importa é o seu valor de referência, podendo, sem maiores dificuldades, ser aplicado o mesmo instituto. A interpretação, então, restaria conforme a Carta Magna de 1988.

A reforçar tal entendimento, o próprio Decreto-lei supracitado afirma que seu objeto de proteção é “o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público”, descabendo ao intérprete, frise-se, restringir tal campo.

Mais interessante é a discussão sobre a amplitude do Decreto-lei 25/37. Seria este uma norma geral da União, nos moldes do artigo 24, inciso VII, da Constituição da República, ou seria legislação específica de âmbito unicamente federal?

A Constituição de 1937, ao revés da atual, não possuía previsão de competência legislativa, concorrente ou exclusiva, em matéria ambiental. Simplesmente não tratava do tema sob tal ótica. Apenas, reforce-se, preocupava-se com a competência comum dos entes federativos para a proteção em questão, conforme artigo 134.

De uma análise mais profunda do Decreto-lei 25/37, verifica-se que o termo “nacional” por ele utilizado várias vezes refere-se ao patrimônio a ser protegido pelo então SPHAN, ou seja, aquele cuja gradação de importância levava a intervenção federal. Não era, evidentemente, uma norma geral a ser observada pelos demais entes federativos. Era uma norma sobre proteção do patrimônio nacional e não do patrimônio “brasileiro” (termo genérico utilizado pela Constituição atual). Isso implica em dizer que os demais entes federativos utilizam a lei federal por analogia - bastante questionável, por se tratar de norma a restringir direitos - e não por respeito a ela como uma norma geral. Os Estados têm, portanto, competência legislativa plena, neste momento, para legislar sobre a matéria. Assim, parece carregada de significado a ementa exposta acima, quanto ao âmbito nacional da proteção, ainda que esta seja um recorte do todo.

Retomando o caminhar constitucional, ressalta-se a importância da Constituição de 1946, na medida em que insere no rol de bens protegidos os documentos históricos. Retira, contudo, a criminalização de máculas ao patrimônio histórico e artístico como se fossem ao patrimônio nacional. Ainda, diferencia obras de monumentos, o que resta repetido em 1967.

A Constituição da República de 88 é considerada, então, um “ponto de inflexão” por abandonar o referencial da excepcionalidade que se encontrava nas outras constituições.

Em percuciente observação, afirma Marés (1997, p. 48):

A nova Constituição Brasileira, de 1988, foi muito mais profunda do que todas as outras e dispensou uma seção inteira aos bens culturais e à cultura. O texto dos constituintes de 1988 traz algumas novidades em relação à trajetória constitucional brasileira, que se resumem num conteúdo de valor cultural que busca a identidade nacional. Assim como na Espanha, o Brasil passou a reconhecer, proteger e enaltecer a diversidade cultural, os valores indígenas, afro-brasileiros e de outros grupos étnicos. O próprio conceito de patrimônio cultural do artigo 216 refere-se à identidade nacional. A cultura protegida é a praticada, criada e representativa das mais diversas camadas da população, o que, em termos sociológicos, é o povo. Nesta nova conceituação, a cultura brasileira passou a ser considerada com valores muito próximos aos idealizados por Mário de Andrade no começo do século. Poderíamos dizer que há no texto constitucional forte influência do movimento modernista, sessenta e seis anos depois.

É interessante notar como a Constituição de 1988, de forma consciente ou não, abeberou-se nas conclusões do trabalho da Comissão Franceschini – Comissão de inquérito sobre a proteção e valorização das coisas com interesse histórico, arqueológico, artístico e da paisagem, constituída na Itália pela Lei nº 310, de 26 de abril de 1964. Tal Comissão tinha a tarefa hercúlea de avaliar as condições dos bens culturais italianos e propor adequações na estrutura de proteção existente (MARCHESAN, 2007, p. 41), tendo-o feito através de “declarações”. Dentre as 84 declarações por aquela geradas é de extremo valor a que segue:

Pertencem ao patrimônio cultural da Nação todos os bens que tenham referência à história da civilização. Estão submetidos à lei os bens de interesse arqueológico, histórico, ambiental e paisagístico, arquivístico e bibliográfico, bem como qualquer outro bem que constitua testemunho material com valor de civilização.

O “valor de civilização”, no direito pátrio, pode ser traduzido, portanto, na referência aos diversos grupos formadores da identidade brasileira, “nossa” civilização, na forma do artigo 216 da Constituição da República.

Nessa toada, assevera Castriota (2009, p. 85), acerca da novel concepção de patrimônio cultural, concebida no século XX:

Também a noção de “patrimônio cultural” vai sofrer uma ampliação, graças, principalmente, à contribuição decisiva da Antropologia que, com sua

perspectiva relativizadora, nele integra os aportes de grupos e segmentos sociais que se encontravam à margem da história e da cultura dominante. Nesses processos, a noção de cultural deixa de se relacionar exclusivamente com a chamada cultura erudita, passando a englobar também as manifestações populares e a moderna cultura de massa. Ao mesmo tempo, passa-se a considerar com atenção os elementos materiais, técnicos da cultura, rejeitando-se aquela contraposição idealista, longamente cultivada, entre *Zivilization* e *Kultur*. Ao lado dos bens móveis e imóveis, e daqueles de criação individual, componentes do acervo artístico, agora se considera também como parte do patrimônio cultural de um povo, como nos mostram, por exemplo, os escritos de Mário de Andrade e Aloísio Magalhães, uma outra espécie de bens, os utensílios, procedentes, sobretudo, do “fazer popular”, “inseridos na dinâmica viva do cotidiano”. Além disso, superando a visão retificada cultura como um “conjunto de coisas”, tende-se cada vez mais a trabalhá-la como um processo, focalizando-se a questão – imaterial – da formação do significado.

Sob outra ótica, e apesar da evolução ora pontuada, deixou a Constituição da República de esclarecer a gradação da importância para a concretização da proteção, não se diferenciando o que é de âmbito nacional, estadual ou municipal.

Observa, de forma percuciente, Rabello (2009, p. 35-36):

A Constituição Federal não é explícita quanto à especificação do grau de interesse. Ao dispor que cabe ao poder público a promoção e a proteção dos bens de interesse cultural, ela estabelece a concorrência da competência executiva. Esta competência concorrente deve ser compreendida a partir da sistemática que deflui de outros princípios constitucionais. Parece-nos evidente que, se determinado bem não tem importância para a Cultura Nacional, falece à União competência para agir na sua proteção por falta de interesse jurídico. Consequentemente, esta proteção poderá estar na órbita do interesse do Estado, ou do Município. Por outro lado, nada obsta que ocorra uma ação conjunta dos três entes políticos. Esta pode acontecer se determinado bem tiver importância tanto para a União, como para o Estado e o Município. Aí poderão agir todos os entes políticos, cada um por si, praticando os atos necessários à proteção do bem. O ato de proteção de qualquer deles não obsta o do outro ente político. Poderá haver dois ou mais atos de proteção – tantos quantos forem as competências correspondentes aos respectivos interesses jurídicos e nenhum deles, em princípio, eliminará os efeitos do outro. É bem verdade que se os efeitos de cada ação forem diversos, mas compatíveis, incidirão todas as restrições, de modo que, cumprindo a mais restritiva, se cumpra as demais. Entretanto, se as determinações de cada um dos entes políticos forem diversas e incompatíveis entre si, aplicar-se-á o princípio do maior interesse, prevalecendo as exigências do ente federal sobre o estadual e, desse último, sobre o municipal.

Não se pode concordar, contudo, com a parte final do pensamento da famosa jurista. Com efeito, o interesse predominante deverá, sempre, ser o de maior proteção à esfera ambiental, não havendo hierarquia entre os entes federativos e não se podendo pressupor que a mera abrangência territorial sirva como suporte para mitigar a importância de uma manifestação cultural para a localidade.

2 - O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO ELEMENTO DO MEIO AMBIENTE

Continuando na análise da Constituição de 1988, verifica-se, com facilidade, que as matérias “meio ambiente” e “patrimônio cultural” foram tratadas em dispositivos distintos, ainda que inseridas no título da “Ordem Social”.

A posição do patrimônio cultural como elemento do meio ambiente, portanto, não parece – ao menos em uma análise perfunctória – ter restado clara, não sendo, também, uníssona em todo o mundo.

Na Itália, mais precisamente na década de 60, a Comissão Franceschini propôs interessante e abrangente definição para o conceito de bem cultural, pontuada na seção anterior. Ainda, definiu espécies de bens culturais, trazendo para tal rol as paisagens naturais ou transformadas pelo homem, os sítios arqueológicos, os assentamentos urbanos e outros, em proposta vanguardista que seria ratificada na Convenção da UNESCO, em Estocolmo, em 1972.

A legislação francesa, seja pela Constituição, seja pelas leis infraconstitucionais, não mencionava, até 2005, qualquer tutela ao meio ambiente (MARCHESAN, 2007, p. 77). Todavia, em março de 2005, entrou em vigor a Carta Ambiental da França, a qual não aponta, especificamente, o patrimônio cultural como elemento do meio ambiente, mas trata da qualidade de vida, dos princípios da prevenção e precaução e da necessidade, inclusive, da “investigação e inovação” para a preservação.⁷

Já na Espanha, o influente ambientalista Mateo (2003) exclui aspectos culturais do conceito de meio ambiente, em uma visão restrita acerca deste. Bodelón (1981), contudo, defende a noção ampla, na qual os recursos naturais e o homem são formadores da natureza; e este, por vezes, a modifica, criando novas formas e estilos de vida (cultura). O tribunal constitucional espanhol possui julgados, inserindo a visão holística, cabendo ressaltar a Sentença 102/1995, que conceitua o meio ambiente como:

⁷Para aprofundamento, leia <<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp#Charter>>.

*[...] el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida [...]. Em una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción.*⁸

A legislação portuguesa é a que se tem mostrado amplamente vanguardista, vinculando meio ambiente e qualidade de vida, em clara inserção contida na Lei de Bases do Ambiente.⁹ Todavia, tal diploma normativo se encontra em processo de atualização pelo parlamento português, eis que datado de 1987. A oposição ao atual governo afirma que a exiguidade do texto proposto comporta qualquer interpretação e possibilita retrocesso ambiental. Eis o que dispõe seu atual artigo 4º, *in verbis*:

A existência de um ambiente propício à saúde e bem-estar das pessoas e ao desenvolvimento social e *cultural* das comunidades, bem como à melhoria da qualidade de vida, pressupõe a adoção de medidas que visem designadamente:

[...]

k) O reforço das ações e medidas de defesa e recuperação do património cultural, quer natural, quer construído.

No Brasil, é conhecida a definição de José Afonso da Silva (2008, p. 2) de meio ambiente: “[...] interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Diante da aparente separação dos temas em nossa constituição, há que se verificar, então, o arcabouço infraconstitucional.

Em outros diplomas infraconstitucionais é cristalina a inserção do patrimônio cultural no meio ambiente. A Resolução CONAMA 347/2004, por exemplo, ao delimitar que aspectos histórico-culturais e socioeconômicos das cavidades

⁸ “[...] o conjunto de circunstâncias físicas, questões culturais, econômicas e sociais que cercam as pessoas oferecendo-lhes um conjunto de possibilidades para tornar a sua vida [...]. Em decomposição fatorial analítica compreende uma série de elementos ou agentes geológicos, climáticos, biológicos, sociais que envolvem os seres vivos. agindo sobre os mesmos para o bem ou mal, condicionando a sua existência, identidade e desenvolvimento e por mais de uma vez sua extinção, desaparecimento ou consumo.” Para aprofundamento, indica-se a leitura do artigo “Tutela do Meio Ambiente na Espanha”, de Marcelo Losso, publicado na revista *Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*. v. 7, n. 13/14, 2010. p. 331/361. Escola Superior Dom Helder Câmara.

⁹ Para aprofundamento sobre o tema, acesse o endereço eletrônico <<http://www.igaot.pt/wp-content/uploads/2012/01/LeiBasesAmbienteRev.pdf>>.

subterrâneas são fatores para determinação de sua relevância pelo IBAMA. Na mesma linha, a genérica Resolução CONAMA 01/86:

Art. 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:

[...]

c) o meio socioeconômico – o uso e ocupação do solo, os usos da água e a socioeconomia, 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 (grifou-se).

A jurisprudência pátria vem se posicionando pela inserção, conforme se depreende de julgado do E. STJ:

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. RESP 199600767530 RESP - RECURSO ESPECIAL – 115599 (Disponível em: <<http://www.legjur.com/jurisprudencia/eme/111.3571.6000.0700>>. Acesso em: 05.01.2013).

Marchesan (2007, p. 89) também enfatiza a visão holística de meio ambiente, especificamente, quanto à posição do patrimônio cultural como um de seus elementos:

Dos conceitos presentes na legislação, doutrina e jurisprudência alienígena e nacional, é possível inferir uma tendência de síntese em relação à ontologia do bem ambiental. O patrimônio natural é indissociável da cultura, pois nele se assenta parte de nossa memória. Historicamente, a forma como o homem moldou – e por vezes destruiu – a natureza é por si um vivo testemunho. Pinturas rupestres, monumentos naturais, paisagens constituem bens que revelam, na plenitude, a fusão entre cultura e natureza. A dimensão territorial alia-se à temporal para produzir um texto não escrito capaz de concretizar a transmissão cultural.

Essa tendência emana da própria constituição do ser humano: como já dito, o homem é cultura e natureza e só realiza suas plenas potencialidades, quando há equilíbrio entre essas dimensões.

Pode-se afirmar, seguindo o viés constitucional, que a ligação entre o aporte trazido, e recepcionado, pela legislação infraconstitucional deriva da utilização do

conceito de “qualidade de vida” pelo artigo 225 da Carta Magna. Tal conceito, expresso no relatório Brundtland 10 , de 1987, e imbricado àquele de transgeracionalidade, certamente, fundamenta a visão holística mencionada, pois envolve todos os aspectos do ambiente e não somente os naturalísticos.

A melhoria de qualidade ambiental e, conseqüentemente, de vida, como dito alhures, é parte do texto da lei de política nacional de meio ambiente,¹¹ recepcionada pela Constituição. Ainda, a Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei do SNUC – em seu artigo 4º, insere, claramente, a cultura na seara ambiental, *in verbis*:

Art. 4º - O SNUC tem os seguintes objetivos:

[...]

VII - proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural (grifou-se).

Como consequência, toda a base principiológica de proteção ao meio ambiente é aplicável à proteção do patrimônio cultural, o que se mostrará de extrema importância para sua efetividade.

10 - A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, da ONU, criada em 1983, avaliou os 10 anos de política mundial ambiental posteriores à Conferência de Estocolmo. Em 1987 foi publicado relatório intitulado “Our common future”, trazendo resultados das avaliações e reflexões, principalmente, sobre a incompatibilidade entre as mudanças climáticas causadas pelo homem e sua capacidade de recuperar o meio ambiente. Pela primeira vez foi definido, em um documento oficial, a locução “desenvolvimento sustentável”, a saber, aquele que “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. O nome do relatório foi ofertado em homenagem a então presidente da Comissão, Gro Harlem Brundtlandt.

¹¹ “Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: [...]”

Art. 3º - Para os 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; [...]” (BRASIL. Lei 9.985, de 18/05/2000, publicada em 19/05/2000).

3 - A BASE PRINCIPIOLÓGICA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

É sabido que o desenvolvimento sustentável supõe a manutenção ou melhoria da qualidade de vida, respeitando-se as atuais e futuras gerações. A coadunação da proteção ao meio ambiente com o desenvolvimento, essenciais para tal melhoria, parece, contudo, uma utopia.

O efetivo diálogo entre esses dois direitos fundamentais necessita, na prática, da aplicação das regras e dos princípios do direito ambiental, os quais se mostram fundamentais para alcançar a sustentabilidade.

Ocorre que a aplicação do direito nem sempre é tarefa fácil ao intérprete. Muito pelo contrário. Não raro, obrigações, proibições ou mesmo permissões trazidas pelas normas se contrapõem, cabendo delimitar, até mesmo em função da necessária segurança jurídica, quais “regras” serão utilizadas para se determinar a prevalência de uma sobre outra.

A fim de jogar luzes sobre a ciência do direito ambiental, inclusive para reforçar seu caráter de ciência – com clareza conceitual, ausência de contradição e coerência (ALEXY, 2008) –, necessário, então, definir a nomenclatura exposta.

Princípios são mandamentos nucleares de um sistema (MELLO, apud GRAU, 1988).¹² São valores que permeiam toda a interpretação de um sistema normativo.

Guerra (2011, p. 67), discorrendo sobre tais diferenças, afirma:

O conceito de princípios foi elaborado por Josef Esser, em 1956. Para esse pensador os princípios, ao contrário das normas (regras), não contém diretamente ordens, mas apenas fundamentos (critérios para justificação de uma ordem). Ademais disso, segundo o critério de fundamento de validade, adotado por Wolff-Bachof e Forsthoff, os princípios seriam diferentes das regras por serem dedutíveis objetivamente do princípio do Estado de Direito, da ideia de Direito ou do princípio da justiça. Eles funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões.

Alexy (2008), por seu turno, distinguiu, na norma, como gênero, a regra e os princípios como espécies.

Normas, então, são enunciados do que deve ser, significados proibitivos, mandamentais (geram obrigações) ou mesmo permissivos. Compreendem as regras

¹² Leia mais em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1281/principios-constitucionais-e-tributacao#ixzz2luxE47y>>.

e os princípios. daquelas, havendo a ocorrência do fato previsto (subsunção) derivam as consequências jurídicas explicitadas. Na hipótese de contraposição entre duas regras opera-se o que Alexy (2008) denominou de conflito, solucionado pela invalidação de uma das normas ou pelo entendimento de que uma se mostra como exceção da outra.

Por seu turno, nos princípios, tal pensamento “cartesiano” não ocorre. Eles são flexíveis, interpretados conforme juízo de ponderação e proporcionalidade, na medida do caso concreto. Vale dizer que os princípios não delimitam especificamente uma conduta e uma sanção por seu descumprimento, como nas regras. Vão além, eis que permeiam todo o ordenamento jurídico, sendo correto afirmar que sua observância é tão obrigatória quanto o cumprimento das regras.¹³

Na hipótese de oposição entre um princípio e outro, se estaria diante de uma colisão. A “lei de colisão”, delimitada por Alexy (2008), explicitada na análise do “caso Lebach”.

Em 1969, quatro soldados do Exército alemão foram vítimas de latrocínio – roubo seguido de morte. Dos três envolvidos, dois foram condenados à prisão perpétua e um a seis anos de reclusão, mercê de sua menor participação. Às vésperas de sua saída da prisão, uma emissora local pretendia veicular documentário intitulado “Os assassinatos de Lebach”, no qual seriam apresentados foto, nome completo e até mesmo eventuais ilações sobre o envolvimento amoroso dos assassinos.

Ainda que, via de regra, a liberdade de imprensa se sobreponha ao direito à privacidade, mercê do próprio direito à informação e do respeito à coletividade, no caso vertente – e a solução da colisão entre princípios sempre leva em conta elementos fáticos –, a proteção constitucional da personalidade foi considerada preponderante. Segundo entendimento, à época, do judiciário local, a informação a ser veiculada poderia impedir, ou ao menos dificultar, o reingresso do criminoso na sociedade.

Assim, ao se falar de princípios, regras e normas, deve-se estar atento aos ensinamentos de Alexy (2008) e às possibilidades deles extraídas para uma

¹³ Para Alexy (2008), princípios devem ser observados e regras devem ser cumpridas.

hermenêutica das últimas, segundo a ciência do direito ambiental. Os princípios podem ser cumpridos segundo uma gradação; as normas, segundo uma subsunção.

Exemplificando: a destruição de um bem jurídico administrativamente tutelado pela autarquia responsável pela preservação do patrimônio cultural resta tipificada no artigo 62 da Lei de Crimes Ambientais, uma regra. A subsunção da conduta ao tipo gera a sanção penal. Todavia, ao afirmar-se que todos têm direito ao meio ambiente hígido, está-se falando de um princípio que demandará a análise do caso concreto, inclusive do cotejo com outros direitos fundamentais que geram direitos subjetivos. A margem interpretativa para solucionar a colisão é bem maior que aquela existente para solucionar um conflito. Entendendo a transgeracionalidade e o necessário desenvolvimento como princípio - e ao mesmo tempo, a prevenção de danos também o é -, certamente um cederá ao outro, segundo critérios de razoabilidade, até que se alcance a sustentabilidade. Nesse ponto, reside um dos grandes desafios da proteção do patrimônio cultural: aplicar os princípios que se espraiam por todo o sistema jurídico ambiental, observando as particularidades da defesa da cultura.

Em tal matéria, dois princípios se sobressaem, mercê da imensa dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de recuperação específica de danos. Primeiramente, então, serão desenvolvidos os princípios da prevenção e precaução para, depois, delimitarem-se os demais. Importante saber, diante de sua magnitude, a origem desses dois princípios, sua definição e como estes vêm sendo desenvolvidos pela doutrina e aplicados pela jurisprudência pátrias.

3.1 Princípios da Prevenção e Precaução

Ainda que utilizados, por diversas vezes, como conceito unívoco, na verdade, prevenção e precaução implicam em lastreamentos distintos.

O princípio da prevenção traz ínsito o reconhecimento do perigo e o conhecimento do dano a ser provocado por determinada conduta. Implica, portanto, em utilizar todas as medidas para evitar tal dano, dano este objeto de diagnóstico da comunidade científica ou mesmo consequência lógica de determinada atividade.

Nas palavras de Leite (2003, p. 226):

[...] o conteúdo cautelar do princípio da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco corrido da atividade ou comportamento, que, assim, revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução.

Lado outro, o princípio da precaução parte da incerteza. A incerteza científica é inerente ao conceito. Há o reconhecimento do perigo, mas um não conhecimento das proporções do dano.

Guerra (2010, p. 82), citando Leite e Ayala, afirma:

Para Leite e Ayala a distinção corresponde a um perigo concreto (no caso da prevenção) e de um perigo abstrato (no caso da precaução) e complementam: O conteúdo cautelar do princípio da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco fornecido pela atividade ou comportamento, que, assim revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução. O objetivo fundamental, perseguido na atividade de aplicação do princípio da prevenção é, fundamentalmente, a proibição da repetição da atividade que já se sabe perigosa. No caso da precaução, adstringe-se à hipótese de risco potencial, ainda que esse risco não tenha sido integralmente demonstrado, não possa ser quantificado em sua amplitude ou em seus efeitos, devido à insuficiência ou ao caráter inconclusivo dos dados científicos disponíveis na avaliação dos riscos.

Diante da crise ambiental que deveria assentar o mero crescimento econômico ao segundo plano e elevar a preocupação com a devastação do meio ambiente a altos patamares, condutas preventivas são mais adequadas que as reparatórias. Se, não somente pela inserção do patrimônio cultural na seara protetiva do direito ambiental, mas, principalmente, pelo reconhecimento de que sua matriz não é renovável, a prevenção *lato sensu* é medida que se impõe.

Wedy (2011), em seu “*O Princípio Constitucional da Precaução*”, aborda o dissenso doutrinário sobre a diferença entre precaução e prevenção, trabalhando a ideia de Milaré¹⁴ de que o princípio da prevenção é mais amplo, abarcando o da precaução. Contudo, ambos os doutrinadores ressaltam a importância de distinguir os dois princípios.

¹⁴ “Não descartamos a diferença possível entre as duas expressões nem discordamos dos que reconhecem dois princípios distintos. Todavia, preferimos adotar princípio da prevenção como fórmula simplificadora, uma vez que prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba precaução, de caráter possivelmente específico” (MILARÉ, 2005, p. 166).

O princípio da precaução aplica-se quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta em relação ao dano ambiental a ser causado, existindo, no entanto, indicações de que as consequências da conduta possam ser potencialmente perigosas. Desse modo, o aludido princípio merece guarida nos casos em que o dano é incerto. Já o princípio da prevenção tem aplicação quando os riscos e impactos da conduta estão cientificamente comprovados. Logo, há a certeza de que a atividade é perigosa. O dano, portanto, é certo.

Desse modo, como afirmado por Wedy (2011, p, 58), “o princípio da precaução, quando aplicado, trata-se de uma medida para evitar diretamente o mero risco, e o princípio da prevenção é aplicado para evitar diretamente o dano”.

No direito positivo brasileiro, os princípios da prevenção e da precaução têm seu fundamento na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31/08/1981), mais precisamente no artigo 4º, incisos I e IV, de tal diploma legal, que expressa a necessidade de haver equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização, de forma racional, dos recursos naturais, inserindo também a avaliação do impacto ambiental.

Salienta-se que tais princípios foram expressamente incorporados em nosso ordenamento jurídico, no artigo 225, § 1º, V, da Constituição Federal, e também pela Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998, art. 54, § 3º). Isso sem mencionar outro ponto da espinha dorsal deste trabalho – a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, que, ao exigir a avaliação de impactos ambientais antes da implementação de empreendimentos potencialmente degradadores (artigo 9º, III) ratifica a inserção do princípio em tela nas normas ambientais brasileiras.

O artigo 225, § 1º, inciso IV da Constituição Federal expressa que:

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 preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

[...]

IV – Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio do impacto ambiental.

No direito internacional, a célebre carta francesa intitulada *La Charte de L'Environment*, datada de 2005, assevera em seu artigo 5º:

Art. 5º. Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.¹⁵

Na mesma linha, a Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, afirmou em sua carta final, ainda que não de forma cogente, por se tratar de *soft law*, o princípio 15:

Como o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Por seu turno, os Tribunais brasileiros colecionam vários julgados no sentido de defender o meio ambiente pelo viés dos princípios apontados, imputando ações que coadunam com este, afastando perigos potenciais (precaução) e reais (prevenção).

Como exemplo, cita-se o julgado do STJ, em que se faz uma digressão importante: o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, razão pela qual cabe ao poluidor comprovar a inexistência do perigo:

PROCESSUAL CIVIL – [...] - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual. 2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. 4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo

¹⁵ Art. 5º - Quando a ocorrência de qualquer dano, apesar de incerto em virtude do estado do conhecimento científico, pode afetar seriamente e de forma irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas delimitarão, por aplicação do princípio da precaução em suas áreas de competência, a implantação de procedimentos de avaliação de riscos e a adoção de medidas provisórias e proporcionais para lidar com a ocorrência de lesões (livre tradução).

suficiente, para torná-la prescindível, informações obtidas de sítio da internet. 5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano. 6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 200801130826. RESP-RECURSO ESPECIAL – 1060753. Segunda Turma. Rel.: Eliana Calmon. DJE: 14.12.2009) (grifou-se).

A Ministra Eliana Calmon, em outro julgado em que também foi relatora, aponta para aplicabilidade da precaução (e também da intervenção estatal obrigatória) especificamente na seara do patrimônio cultural:

[...] 6. Necessidade de observância do princípio da intervenção estatal obrigatória na proteção do patrimônio cultural, consagrado no art. 23, III e IV da CF, e do princípio da precaução, que, no caso específico de proteção do patrimônio cultural, informa que quando houver perigo de ocorrência de um dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes para impedir a deterioração do monumento. 7. A solicitação do cancelamento do tombamento da coisa por parte do proprietário, nos moldes do art. 19, § 2º, do Dec.-lei 25/37, não se revelaria a medida mais adequada à solução da controvérsia, haja vista que a finalidade do tombamento, em substância, é a proteção do patrimônio cultural nacional, cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico, bibliográfico ou artístico. 8. Agravo Retido manejado pela União Federal em face da decisão que determinou a realização de perícia no imóvel. Questão superada em virtude da conclusão do referido procedimento e da redução do valor inicialmente arbitrado a título de honorários periciais para R\$ 1.056,60. 9. Agravo Retido prejudicado. Apelação provida para, reformando a sentença, julgar procedente a pretensão autoral, inclusive no tocante à aplicação de multa cominatória diária de R\$ 1.000,00, por descumprimento da decisão transitada em julgado. Sem condenação em verbas sucumbenciais, a teor do art. 18 da Lei nº 7.347/85 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 895.530, Rel. Min. Eliana Calmon, DJE: 18.12.2009).

Atualmente observa-se verdadeiro paradoxo entre o desenvolvimento e a conservação do meio ambiente. A opção da sociedade foi pelo desenvolvimento com utilização excessiva dos recursos naturais, de modo pouco sustentável; o homem perde o controle dos efeitos de seu atuar, pondo em risco sua própria existência. Nesse contexto, impende notar que as decisões políticas, então, passam por avaliações cujos perigos e riscos nem sempre são totalmente dominados pela ciência, que evoluiu, em muitos pontos, aquém do necessário para entender a natureza, o que Beck (2011) pontuou com inteligência ao cunhar a expressão “sociedade de risco”. Tal assertiva implica em reconhecer a possibilidade, quiçá a

probabilidade, de graves danos sequer cogitados e que, em virtude da globalização, podem ser distribuídos por todo o planeta – e de forma desigual, como dito alhures.

Assevera Marchesan (apud BECK, 2007, p. 126) que:

Ao desenvolver o seu paradigma das “sociedades de riscos”, por ele definidas como “aquelas sociedades que, a princípio, de maneira encoberta e logo cada vez mais evidente, estão enfrentadas aos desafios da possibilidade de autodestruição real de todas as formas de vida desse planeta [tradução livre da autora], o sociólogo alemão Ulrich Beck adverte que esses novos não mais estão atrelados ao lugar onde são gerados, pondo em perigo a vida na Terra em todas as suas formas. Comparados com eles, os riscos profissionais da industrialização primária pertencem a outra época. [...]

Na mesma linha, Bechara (2009, p. 128) afirma:

O princípio da precaução apresenta-se, assim, como um sinal da nova orientação na relação entre ciência e direito, assim como uma reviravolta epistemológica nessa mesma relação, a partir do momento em que nos demos conta da falibilidade e da relatividade da ciência e da necessidade de o direito atuar no sentido de evitar prejuízos sérios e irreparáveis à saúde humana e ao meio ambiente. Decorrem desse princípio duas consequências de extrema relevância no sentido da tutela dos direitos das populações afetadas: inversão do ônus da prova e imposição de elevados e diferenciados Standards qualitativos para o exercício da atividade potencialmente danosa.

Interessante notar, ainda, que a prevenção não resta limitada temporalmente ao princípio do atuar, do empreendimento etc. Prevenção em matéria ambiental é, nas palavras de Aragão (apud OLIVEIRA, 1999, p. 20), “dinâmica”; vale dizer que deverá ser sempre atualizada, segundo o acompanhamento das eventuais máculas produzidas. Note-se que, por óbvio, o processo produtivo não é estático e as externalidades negativas podem não ter sido corretamente equacionadas – previstas, mitigadas e compensadas – durante o procedimento administrativo do licenciamento ambiental,¹⁶ surgindo, inclusive, posteriormente. Noutra ponta, a própria tecnologia evolui e as possibilidades de afastamento ou, ao menos,

¹⁶ O Licenciamento ambiental é procedimento administrativo que visa avaliar os empreendimentos com potencial para causação de significativos impactos ambientais. Em seu curso, delinea-se a melhor alternativa locacional para o empreendimento, caso viável, bem como medidas que mitiguem ou compensem tais impactos. O licenciamento será estudado com maior profundidade no capítulo sobre a intervenção estatal obrigatória do Executivo.

mitigação da mácula também são modificáveis. Há evidente necessidade, no caso, de atualização das medidas impostas ao empreendedor.

Importante saber, então, como se concretizam as avaliações dos perigos e riscos a que se encontra submetido o patrimônio cultural, a fim de que possam ser gerenciados pela aplicação dos princípios da prevenção e precaução. A tarefa é das mais difíceis, eis que tais riscos não se limitam mais a uma pequena porção territorial. Além disso, a avaliação dos riscos no patrimônio cultural não resta vinculada meramente a fatores físicos, químicos ou biológicos, adentrando nos valores conferidos ao bem pela sociedade. Vivemos, hoje, nessa “sociedade de risco” e necessitamos melhor entendê-la.

3.1.1 A Sociedade de Risco

A globalização é fenômeno que vem sendo estudado pelas lentes das mais diversas esferas de conhecimento, até mesmo porque os dilemas ligados ao meio ambiente são temática que afligem toda a humanidade. Freitas (2009, p. 7) afirma que:

O meio ambiente é, atualmente, um dos poucos assuntos que desperta o interesse de todas as nações, independentemente do regime político ou sistema econômico. É que as consequências dos danos ambientais não se confinam mais nos limites de determinados países ou regiões. Ultrapassam as fronteiras e, costumeiramente, vêm a atingir regiões distantes. Daí a preocupação geral no trato da matéria que, em última análise, significa zelar pela própria sobrevivência do homem.

Especificamente na seara do patrimônio cultural, é interessante notar que a célere troca de informações, a superficialidade das relações “cibernéticas” e a padronização do ambiente em que vivemos acabam por fazer nascer a necessidade da valorização de determinados bens que representem a sociedade. A globalização, portanto, parece ser um motor para o resgate de significados, para o estabelecimento de rol de bens protegidos. Enfim, para a delimitação do conjunto “patrimônio cultural.

Lançando outro olhar sobre o tema, o sociólogo Ulrich Beck, em trabalho iniciado em 1986, fortemente influenciado pela situação europeia do pós-guerra, desenvolveu interessante estudo sobre o que denominou de “Sociedade de Risco”, um efeito, desta feita, deletério da globalização.

Como é cediço, as consequências de uma determinada conduta, em matéria ambiental, sempre estiveram conectadas à noção do liame de causalidade, em posicionamento lastreado no Direito Romano e no civilismo dele derivado. Tal liame era de visualização fácil, estabelecendo-se dentro de um mesmo contexto territorial e, na maioria das vezes, de forma clara, entre um determinado agente e um determinado resultado. Tal fase foi denominada de a primeira modernidade e sustentava-se na divisão da sociedade em classes, sendo certo que os riscos eram suportados pela população localizada nas áreas diretamente afetadas pela atividade.

A noção de evolução da sociedade, que em um primeiro momento parecia extremamente linear, mais tarde deu lugar à consciência de que as diversidades do próprio globo implicam em análises mais complexas. Vale dizer que, ainda que se esteja em um mundo globalizado, mais “padronizado” em virtude da rápida troca de informações e no qual a tendência das nações, independentemente de suas opções políticas, é o desenvolvimento, não há como deixar de perceber que as diferentes etapas de desenvolvimento trarão ao mundo variados estágios e formas de “risco”. Uma Nação não é estanque em si mesma.¹⁷

Com efeito, o período que Beck (2011) denominou “segunda modernidade”, temporalmente conectado ao pós-desenvolvimento industrial, encontra-se intrinsecamente ligado ao conceito de que as nações precisam responder, simultaneamente, a várias demandas, independentemente de seu estágio de desenvolvimento, o que implica em respostas distintas. *Ad exemplum*, o Brasil, que pretende se desenvolver de forma sustentável e inserido em um mundo no qual o conceito de utilização de combustíveis fósseis vem sendo substituído, tem o desafio de equacionar suas necessidades específicas às necessidades do mundo, no que se refere à utilização ou não dos derivados de carbono, vinculados ao pré-sal. Isso, em momento no qual o grupo desenvolvido alcançou o atual estágio justamente

¹⁷ O acidente de Chernobyl, por exemplo, ainda afeta as atuais gerações, mesmo em localidades a milhares de quilômetros de distância da Usina Nuclear. Ainda, monumentos, como Coliseu e Taj Mahal vêm sofrendo degradação em virtude da chuva ácida, que, tal qual a energia nuclear, pode causar danos, a distâncias muito significativas da fonte. Para melhor compreensão, sugere-se acessar os endereços eletrônicos <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/apr/01/fukushima-chernobyl-risks-radiation>> e <http://www.eduquim.ufpr.br/matdid/quimsoc/pdf/roteiro_aluno/experimento10.pdf>. Acesso em: 14.01.2013.

apoiado em um quase esgotamento de seus recursos naturais e crescimento, proporcional, de seu parque industrial.

Para além disso, a própria avaliação das certezas científicas é relativizada. Como determinar um conjunto de diagnóstico e indicações científicas seguras, se os atores – e os perigos a serem caracterizados – são tão distintos e não mais “externos”, mas, sim, fruto da própria ciência, instrumental do desenvolvimento? Isso se mostra ainda mais sensível, quando se trata do patrimônio cultural, e muitos dos atores têm pouco, ou nenhum, contato com a sociedade onde serão inseridos seus empreendimentos. Nessa linha, as certezas científicas sempre dependerão da pesquisa e de um determinado pesquisador/observador, que carregará consigo, mormente quando se trata das temáticas de afetação da população/sociedade, uma forte carga de subjetividade. Essa carga implica em verdadeiro embate com o próprio sentimento da população atingida, podendo culminar na avaliação do dano de formas absolutamente distintas. Se o pesquisador não se encontra conectado socialmente ou não dispõe de conhecimento aprofundado daquela sociedade, dificilmente absorverá a variância de significados oriundas das manifestações de seus cidadãos contra aquela causação ou a favor dela.

A “segunda modernidade” mostra-se, assim, como um patamar de desenvolvimento da sociedade no qual se devem avaliar, ao se buscar o crescimento econômico que pode vir a significar desenvolvimento sustentável, as diferenças intrínsecas entre seus próprios atores e seus diferentes estágios. E isso, tendo-se em pensamento que as áreas direta e indiretamente afetadas pelo empreendimento poderão se localizar dentro de um município ou mesmo abranger um lado a outro do globo.

Ora, se assim o é, as diferenças entre desenvolvidos e não desenvolvidos acabam se acirrando, uma vez que a industrialização dos primeiros poderá gerar danos aos segundos. Ainda, estes podem almejar a utilização, com amplitude, de seus recursos naturais, sendo certo que a mácula ao meio ambiente poderá vir a afetar os mais desenvolvidos. É nesse mundo complexo que vivemos.

A proteção do meio ambiente encontra-se imbricada, portanto, à própria noção de justiça socioambiental. Isso porque o desenvolvimento também foi considerado como um direito pela Declaração do Rio de Janeiro,¹⁸ em 1992, *in verbis*:

¹⁸ Disponível em: <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 29.06.2012.

[...]

Princípio 3

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras.

Na mesma linha, assevera Milaré:

A proteção eficiente do patrimônio ambiental, por mais vaga e genérica que possa parecer, também garante a igualdade entre os homens. Não foi por outro motivo que, em seu Princípio 4, a Carta da Terra deixou claro que as políticas públicas dos países signatários devem ter por objetivo precípua “estabelecer justiça e defender **sem discriminação** o direito de todas as pessoas à vida, à liberdade e à segurança dentro de um ambiente adequado à saúde humana e ao bem-estar espiritual” (Disponível em <<http://www.milare.adv.br/artigos/madp.htm>>. Acesso em 12.12.2012) - grifado

Ainda, acrescenta Bechara (2009, p. 22):

Demais disso, a qualidade de vida – bem tão perseguido pelo Direito Ambiental – depende também do desenvolvimento. Daí por que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986 (Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU), é categórica: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados (artigo 1º)”.

Retomando, portanto, o pensamento de Beck (2011), vale lembrar que um dos principais focos de seu trabalho é justamente mostrar que as certezas científicas das quais vivia cercado o homem deixam de existir. Carreando tal discurso para a esfera ambiental, observa-se que a ampliação das áreas e do público afetado pelo dano, de fato, vêm globalizando os efeitos das condutas, dos perigos gerados, o que, não raro, implica na impossibilidade, inclusive, de recuperação específica do bem jurídico tutelado. Assim, o que está a se exigir é uma postura **cautelar** da sociedade em prol do meio ambiente. Ademais, a ciência não é tão exata na avaliação de perigos e riscos como se supunha ser, exigindo uma intervenção maior de outros setores da sociedade. A ciência é, ao mesmo tempo, causa e suposta solução dos riscos. Solitariamente, portanto, não detém todas as respostas, sendo necessária a

abordagem multidisciplinar de problemas, envolvendo economia, política e sociedade.

Também se debruçando sobre a obra de Beck, e com olhar crítico, Selene Herculano (2002) ressaltou um problema derivado do “paradigma conceitual” da globalização: o obscurecer das hierarquias sociais, no que tange à inversibilidade proporcional entre causação de danos e condição econômica dos atingidos.¹⁹ É dizer que terceiros absolutamente alheios ao processo produtivo, deste não recebendo quaisquer bônus, podem ser atingidos pelas máculas ambientais, suportando somente os ônus de tal processo. E, não raro, os efeitos deletérios chegam com mais força aos menos favorecidos, grupos com alta vulnerabilidade social. Isso leva a pensar, também, não somente nos processos produtivos da indústria clássica, mas também nos processos de gentrificação, acelerados pela “indústria do turismo”, onde a população que possuía vínculo com os bens protegidos acaba por se retirar de seu *locus* primitivo, enfraquecendo suas redes sociais e a própria valoração que impingia ao bem, destinando-se a áreas periféricas. É o caso, por exemplo, de Salvador²⁰ e, em Minas Gerais, de Tiradentes.²¹

Há, por certo, opções políticas efetivamente voltadas à coletividade global, o que tem se mostrado, na prática, uma quimera. Note-se que, a Resolução 41/128 da ONU,²² aliada à Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, enfatizou, mais uma vez, a visão do desenvolvimento também como um direito. Por certo, os riscos trazidos por tal desenvolvimento, no mundo globalizado, implicaram em uma convenção, vinte anos depois – a Rio + 20 –, com metas objetivas para reverter a inversão apontada, ao menos alcançando-se ponto de equilíbrio. Sequer se poderia qualificar tal objetivo como ousado, mas tão somente como realístico, mas não foi alcançado. O documento final – “O futuro que queremos” – é um conjunto de “reconhecimentos” dos problemas vividos e das diferenças socioambientais, lançando base para

¹⁹ Disponível em: <[http://anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene %20Herculano.pdf](http://anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf)>. Acesso em: 02. 07.2012.

²⁰ Para aprofundamento da matéria ler “Intervenções Urbanas em Salvador: turismo e “gentrificação” no processo de renovação urbana do Pelourinho”, de Eduardo Nobre, disponível em <http://www.usp.br/fau/docentes/deprojeto/e_nobre/intervencoes_urbanas_Salvador.pdf>. Acesso em 08.01.2013.

²¹ Sugere-se ler “A inflexão do conceito gentrificação em conjuntos urbanos patrimoniais em cidades de pequeno porte: os casos mineiros de São Thomé das Letras e Tiradentes”, de Gustavo Pimenta de Pádua Zolini, disponível em <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/RAAO-7BQPVN>>. Acesso em 08.01.2013.

²² Veja Anexo A.

discussões futuras e sem data limite para se encerrarem. As esperadas metas, chamadas ODS – objetivos do desenvolvimento sustentável –, não foram definidas, restando debate e eventual fixação para momento posterior, em painel consultivo próprio da ONU, do qual fazem parte a Ministra do Meio Ambiente do Brasil e outros 25 membros.

A erradicação da pobreza foi considerada o maior desafio da atualidade, tendo sido ressaltado pelo documento final, ainda, que o homem é o centro do conceito de desenvolvimento sustentável:

[...] A erradicação da pobreza é o maior desafio global que o mundo enfrenta hoje e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. A este respeito, o compromisso de humanidade livre da pobreza e da fome como um questão de urgência.

6 – Reconhecemos que as pessoas estão no centro do desenvolvimento sustentável e, neste sentido, nós nos esforçamos para um mundo que é justo, equitativo e inclusivo, e nos comprometemos a trabalhar juntos para promover a sustentabilidade e o crescimento econômico inclusivo, com desenvolvimento social, proteção ambiental e, assim, beneficiar a todos (Disponível em: <<http://www.uncsd2012.org/content/documents/727The%20Future%20We%20Want%2019%20June%201230pm.pdf2>>. Acesso em 15.02.2013) (tradução livre).

Tais questões implicam, então, em estudo mais aprofundado da denominada “justiça ambiental”, também definida por Selene Araújo (2002) como:

[...] conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes de ausência ou omissão de tais políticas. Dita de outra forma, trata-se da espacialização da justiça distributiva, uma vez que diz respeito à distribuição do meio ambiente para os seres humanos (tradução livre).

Comentando a obra de Beck, assevera Cerveira Filho (2012):²³

Assim, se a estratificação social mais rígida foi deixada para trás por Beck como premissa para o pleno desenvolvimento de sua teoria do risco, a discussão sobre justiça e injustiça ambiental pretende fixar uma base de apoio na realidade sociológica vivida pelo mundo desigual que o próprio Beck acaba por reconhecer como existente.

O autor identifica duas fases da sociedade de risco, sendo que a primeira corresponde à transição da sociedade industrial à sociedade de risco,

²³ Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/site/evento/sociologiapolitica/GTs-ONLINE/GT7%20online/pos-modernidade-risco-JoseFilho.pdf>>. Acesso em: 07.07.2012.

processada de forma premeditada: não se trata de uma opção, mas de uma dinâmica de radicalização da modernidade, a qual passa a se confrontar com seus próprios efeitos e perigos, que não podem ser controlados ou assimilados segundo os parâmetros da sociedade industrial. Esse processo é denominado por Beck como de “modernização reflexiva”. Os riscos da modernidade ainda são gerados sem se tornarem assunto público ou o centro de conflitos políticos. Na segunda fase, mais propícia a novas estratégias políticas, emerge um quadro diferente, com algumas das consequências da modernidade industrial sendo questionadas política e socialmente por organizações de interesse ambiental e pelo sistema jurídico e político. Aqui, o movimento ambientalista não necessariamente se constitui como um sujeito privilegiado, porque falaria em nome de uma natureza que não existe mais, que seria por sua vez pressuposta como parte do modelo da sociedade que se quer seguir. O que este movimento não consegue é ver a independência entre os processos de destruição e o nível de protesto político, que é mediado simbolicamente e culturalmente. Não é, portanto, nem a evidência do dano nem o reconhecimento científico que geram as ações dos Verdes, mas sim suas idiosincrasias socioambientais e seus valores culturais.

A aplicação da teoria do risco na seara ambiental vincula-se, portanto, à necessidade de analisar o perigo produzido (natural ou artificialmente), quantificar sua probabilidade de ocorrência e seus consectários, na busca de evitá-los ou mitigá-los. Isso, sem esquecer que a obra de Beck é, ao fim e ao cabo, uma análise crítica da própria ciência, quando enfatiza que a pós-modernidade, ou modernidade reflexiva, é uma época na qual o cientificismo restou questionado, uma vez que ciência e técnica não mais conseguem prever os riscos que criaram e que pretendiam controlar. Há tão somente uma estimabilidade dos riscos, permeada por um intenso descontrole social.²⁴

Na proteção do patrimônio cultural, especificamente, tais riscos são potencializados pela globalização, que acaba por contrapor, também, modos de ser, viver e fazer absolutamente distintos. Parece evidente, então, a necessidade da participação social “consciente”. Além disso, e na contramão da mitigação do poder estatal forjada por esse processo, a intervenção estatal ainda se mostra necessária, até mesmo para proteger interesses socioambientais de populações mais fragilizadas e alcançar a verdadeira justiça. O gerenciamento de riscos passa a ser, por certo, uma ferramenta importante na gestão ambiental. Noutra ponta, tal gerenciamento não deve prescindir da necessária interdisciplinaridade, posto que a ciência e a tecnologia não possuem resposta para todas as perguntas.

²⁴ Confira em <<http://r1.ufrj.br/esa/art/200104-095-112.pdf>>.

As palavras de Beck (2011, p. 241), mais uma vez, iluminam o caminho, ao comentar as condições em que se desenvolve o chamado conhecimento científico: “De fato, essas condições são abertamente questionadas, na medida em que uma ciência alveja outra – *através de mediações interdisciplinares*” (destacou-se).

Veja-se, então, ainda que de maneira breve, por não ser o escopo principal deste trabalho, como se opera o gerenciamento de riscos na proteção do patrimônio cultural.

3.1.2 Perigos e Riscos na Proteção do Patrimônio Cultural

Na seara jurídica, não há distinção entre risco e perigo. O senso comum, contudo, induz a diferenciação a certa gradação entre um e outro. O risco seria a potencialidade de ocorrência do dano, enquanto que, no perigo, tal dano seria iminente. Mais precisas parecem as definições de Wharton:²⁵

“Perigo são os tipos de acontecimento que causam ou tem o potencial de causar algum tipo de dificuldade, lesão ou acidente”. “Risco é a probabilidade de um perigo causar dano”.

Exemplificando, um raio pode significar um perigo para determinado monumento, como uma escultura ao ar livre; mas a gradação da possibilidade de ocorrência do dano – ou seja, o risco –, é significativamente menor que em virtude de outros fatores (acontecimentos ou tipos de perigo) que podem causar a degradação do material, como a deposição de poeira, a proliferação de fungos ou mesmo o vandalismo. Gerenciar os riscos, diante da estimabilidade e incerteza de seus fatores, parece ser um desafio.

Será utilizada como definição de gerenciamento de riscos, na linha apontada por Hollós e Pedersoli (2009),²⁶ aquela da norma técnica australiana e zeo-holandesa sobre o tema, a qual define tal locução como “a cultura, processos e estruturas voltados para a concretização de oportunidades potenciais e para o manejo de efeitos adversos”. Os cientistas em tela abordaram, também, a interdisciplinaridade do tema e as suas especificidades em relação à preservação do

²⁵ Disponível em: <<http://www.ecobrasil.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=365&sid=63>>. Acesso em 10.01.2013.

²⁶ Gerenciamento de Riscos, uma abordagem interdisciplinar. Hollos e Pedersoli, PontodeAcesso, Salvador, v. 3, n. 1, p. 72-81, abr. 2009.

patrimônio cultural, estruturando a identificação de riscos considerando a ocorrência de dez agentes de degradação (forças físicas, criminosos, fogo, água, pestes, poluentes, luz/UV, temperatura incorreta, umidade relativa incorreta, dissociação), devendo ser considerado, ainda, o contexto físico em que se situam. Engenheiros, químicos, físicos, biólogos etc. estão envolvidos na avaliação desses riscos.

Essa “estimabilidade” dos efeitos colaterais de uma determinada conduta ou de um determinado perigo poderia, também, ser definida como risco. Não há, frise-se, certezas absolutas, e todo o processo causador da mácula é dinâmico.

Mais uma vez, ensina Beck (2011, p. 241):

Não é possível continuar a aceitar o mito da imprevisibilidade dos efeitos. Não é a cegonha que traz os efeitos – eles são feitos. E, de fato, em meio a e apesar de toda a incalculabilidade, também e justamente nas próprias ciências. Isto se torna visível quando se diferencia sistematicamente calculabilidade dos efeitos e sua imanente previsibilidade. [...] A possibilidade de estimabilidade dos efeitos colaterais saltam à vista somente quando se leva em conta que, com a passagem para a modernidade reflexiva, o próprio conceito de “calculável-incalculável” se altera; calculabilidade já não quer dizer apenas controlabilidade racionalmente funcional e incontrolabilidade tampouco significa a impossibilidade de um controle racionalmente funcional. [...] Se ao contrário, a calculabilidade for compreendida como “estimabilidade, isso corresponderá então à situação objetiva que surge sob as condições da modernização reflexiva: praticamente, os efeitos reais continuam mais imprevisíveis do que nunca. Ao mesmo tempo, os efeitos colaterais são privados de seu caráter latente e, como consequência, tornam-se “estimáveis” em triplo sentido: o conhecimento sobre eles está (por definição) disponível; não é possível sustentar por muito tempo a escusa da incontrolabilidade; nesse sentido, por conta do conhecimento sobre possíveis efeitos, somos forçados a reconfigurá-los. Uma calculabilidade decrescente é assim acompanhada por uma crescente “estimabilidade” dos efeitos colaterais; e mais: uma condiciona a outra.

Elucidativas as palavras de Barboza (2011, p. 25) para melhor entender o gerenciamento:

O gerenciamento de riscos baseia-se na identificação dos perigos existentes e de suas causas, cálculo dos riscos que estes perigos representam, elaboração e aplicação de medidas de redução destes riscos, quando necessárias, com a posterior verificação da eficiência das medidas adotadas.

Aprofundando o conceito de riscos para além das ciências exatas, assevera Brokerhof: “Risco é a possibilidade da perda de valores ínsitos ao objeto protegido”, podendo ser classificado em raro, ocasional ou contínuo.²⁷

Em tal definição, deve ser frisado que a perda se dá nos *valores* ínsitos ao bem – e não necessariamente do bem em si –, como suporte material do valor. Exemplificando: determinada edificação, cujo valor arquitetônico se mantém preservado, mas o esvaziamento da localidade extermina o seu valor de uso, impossibilitando sua funcionalidade. Noutra giro, pode-se pensar no perigo de um ato de descaracterização de um monumento: uma restauração do nariz do busto de Aleijadinho, no Chafariz de Ouro Preto, poderia ser uma intervenção perigosa para este? Haveria desvalorização pela comunidade, que veria no monumento uma inserção de terceiros, maculando o bem protegido?

Nesse ponto, parece residir a peculiaridade mais importante do gerenciamento de riscos na seara da preservação do patrimônio cultural: na observância dos diversos valores que não se subsumem apenas à preservação do suporte material que viabiliza ou mesmo que simboliza a proteção. Ele vai além, devendo considerar todos aqueles apontados no item 7.6 deste estudo.

Há necessidade, portanto, de inserir na proteção interdisciplinar do patrimônio cultural, as ciências humanas. Afinal, valores (significância cultural) vêm do homem, e nosso arcabouço jurídico de proteção da sociedade ainda é antropocêntrico.

Assim, como indicou o Getty Conservation Institute, em documento de 2000,²⁸ há três perspectivas distintas e interdependentes para a análise da preservação do patrimônio: 1) a conservação física; 2) o contexto de gestão, que implicaria na disponibilização de recursos, públicos ou privados, na capacitação de corpo técnico, na intervenção no direito de propriedade etc.; e, finalmente, 3) significância cultural.

A primeira vertente – *conservação física* – traz à lembrança o necessário uso da melhor tecnologia e o papel do cientista da conservação.

Deve-se, primeiramente, entender o conceito em tela para se trabalhar com ele, dentro da visão estabelecida pela política nacional de meio ambiente.

²⁷ In: Collection Risk Management – The Next Frontier – Brokerhof, Agnes W. Disponível em: <http://www.rijksdienstvoorhetcultureelerfgoed.nl/sites/default/files/documenten/downloads/2006_CMA_Next%20frontier.pdf>. Acesso em 08.01.2013.

²⁸ Consulte *Patrimônio Cultural, Conceitos, Políticas, Instrumentos*, de Castriota (2009).

Ainda que o desenvolvimento seja um direito humano fundamental reconhecido internacionalmente, a utilização dos recursos ambientais de forma regrada é um imperativo para que tal desenvolvimento ocorra de forma sustentável. Note-se, como ressaltou Beck (2011, p. 73), tendo como pano de fundo a análise do risco: “A primeira prioridade da curiosidade científico-tecnológica remete à utilidade produtiva, e só então, num segundo passo, e às vezes nem isto, é que se consideram também as ameaças implicadas.”

Os perigos ou ameaças externas trazidas pelos novos empreendimentos, ínsitos ao desenvolvimento, são uma preocupação. Noutra ponta, ainda que eventuais degradações advenham de processos naturais ou do uso, merecem ser avaliadas sob as três vertentes apontadas. As políticas públicas ligadas à conservação do patrimônio cultural, em ambas as hipóteses, justamente por terem como objeto um direito humano fundamental de matriz não renovável, devem ser concretizadas com excelência.

Na Pré-Conferência temática “Ciência e Patrimônio Cultural” para a IV Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, realizada em 09 de abril de 2010, afirmaram os *experts* que:

O patrimônio cultural demanda, igualmente, conhecimento científico para participar do desenvolvimento tecnológico nacional e afirmar domínio em campo especializado de conhecimento. Impõe-se a necessidade de superar a dependência tecnológica, buscando, inclusive, a adaptação às necessidades e peculiaridades do nosso meio físico. É preciso evitar, por exemplo, a subordinação de protocolos de preservação de bens culturais próprios para as condições ambientais do hemisfério norte, assim como a dependência de monopólios de assistência técnica e da importação de equipamentos (Disponível em: <<http://www.icom.org.br/INFORME%20para%20pré>>. Acesso em: 04.07.2012).

Mas o que é, então, “tecnologia”? O termo vem do grego *techne*, que significa artefato, **saber fazer**, e *logos*, pensamento ou razão. Técnica e tecnologia, portanto, são coisas distintas. A técnica é o próprio *modus faciendi*, sendo a preocupação de seu executor, em primeiro plano, o objeto que se pretende produzir. Ao revés, **a tecnologia é o estudo das várias técnicas utilizadas para produção, descobrindo-se a razão pelas quais as mesmas são utilizadas.**

Segundo Longo,²⁹ “tecnologia é o conjunto de conhecimentos científicos ou empíricos empregados na produção e comercialização de bens e serviços”. Verazsto, Silva, Miranda e Simon³⁰ afirmam que:

Na técnica, a questão principal é do como transformar, como modificar. O significado original do termo *techné* tem sua origem a partir de uma das variáveis de um verbo que significa fabricar, produzir, construir, dar à luz, o verbo *teuchô* ou *tictēin*, cujo sentido vem de Homero; e *teuchos* significa ferramenta, instrumento (TOLMASQUIM, 1989; LION, 1997). A palavra tecnologia provém de uma junção do termo *techno*, do grego *techné*, que é saber fazer, e *logia*, do grego *logus*, razão. Portanto, tecnologia significa a razão do saber fazer (RODRIGUES, 2001). Em outras palavras o estudo da técnica. O estudo da própria atividade do modificar, do transformar, do agir (VERASZTO, 2004; SIMON et al, 2004a)

Uma concepção meramente utilitarista e diminutiva da tecnologia deve ser afastada. A ferramenta ou o mero produto gerado com seu uso não são tecnologia. Noutra ponta, uma visão universalista, que assevera da possibilidade de um mesmo produto (artefato tecnológico) ou de uma mesma técnica surgirem em qualquer lugar do mundo, também parece ser uma falácia. A tecnologia encontra-se imbricada com aspectos sociais; é pela cultura permeada.

Ainda, mais uma vez se trazem as afirmações de Verazsto et al:

Assim, colocadas as diferentes ideias e concepções que se tem acerca da tecnologia, neste trabalho assumimos a ideia de que tecnologia é um conjunto de saberes inerentes ao desenvolvimento e concepção dos instrumentos (artefatos, sistemas, processos e ambientes) criados pelo homem através da história para satisfazer suas necessidades e requerimentos pessoais e coletivos.

O conhecimento tecnológico é o conhecimento de como fazer, saber fazer e improvisar soluções, e não apenas um conhecimento generalizado embasado cientificamente. Para a tecnologia é preciso conhecer aquilo que é necessário para solucionar problemas práticos (saber fazer para quê), e assim, desenvolver artefatos que serão usados, mas sem deixar de lado todo o aspecto sociocultural em que o problema está inserido.³¹

Depreende-se de tudo quanto afirmado que a melhor tecnologia, então, destina-se a evitar, mitigar ou até mesmo compensar máculas ao patrimônio cultural

²⁹ “Tecnologia Militar: conceituação, importância e cerceamento. Wladimir Pirró e Longo. Disponível em: < www.walimir.longo.nom.br/artigos/112%20A.doc>. Acesso em 05.02.2013.

³⁰ Disponível em: <http://prisma.cetac.up.pt/60_Tecnologia_Buscando_uma_definicao_para_o_conceito_Estefano_Verazsto_et_al.pdf>. Acesso em 27.07.2012.

³¹ Disponível em: <http://prisma.cetac.up.pt/60_Tecnologia_Buscando_uma_definicao_para_o_conceito_Estefano_Verazsto_et_al.pdf>. Acesso em 27.07.2012.

geradas por empreendimentos a serem licenciados – tradutores do desenvolvimento econômico e que trazem perigos específicos – ou mesmo por outros fatores (vandalismo, raios, chuvas, desastres naturais, ação predatória do homem, desgaste natural do material etc.), não vinculado diretamente àqueles. A locução, então, encontra-se imbricada ao gerenciamento de riscos.

A investigação do comportamento de materiais, as intervenções apropriadas e sua eficácia em longo prazo devem ser objeto, portanto, da ciência da conservação, cuja definição se encontra na Carta de Olinda, documento publicado durante o I Simpósio de Técnicas Avançadas em Conservação de Bens Culturais:

[...] A área de ciência e tecnologia voltada para a conservação de bens culturais que estuda a natureza material destes bens, desenvolvendo métodos de análise, datação e de avaliação de técnicas e processos de intervenção, possibilitando, portanto, materiais e métodos para o entendimento e o tratamento das degradações e suas manifestações, contribuindo ainda para estratégias de conservação preventiva de bens culturais.

Ainda, ao se avaliar um acervo documental ou uma edificação, por exemplo, há necessidade de envolvimento de diferentes profissionais das mais diversas áreas técnicas, como apontou a complexidade e a quantificação indicada por Waller (1995)³² Todavia, conforme já delineado anteriormente – e, com mais razão, na proteção do patrimônio cultural – apenas o conhecimento técnico, não permeado pelas ciências humanas e sociais, parece ser insuficiente.

A terceira vertente então apontada pelo Instituto Getty mostra-se de extrema importância: analisar a “significância cultural” do bem. Aqui se descobre o porquê e para quem o objeto de proteção é conservado e a percepção sobre o impacto das intervenções. Observa Castriota (2009) que a ausência de marco teórico mais sólido, que envolvesse a avaliação principalmente do terceiro ponto, dificulta a participação das Ciências Humanas e Sociais. Para além do rigor da melhor tecnologia, ínsita à

³² Waller traduz sua intensa preocupação com a preservação do patrimônio cultural, identificando a necessidade do gerenciamento de riscos, através de acompanhamento detalhado e quantificado do comportamento de materiais e condições dos envoltórios dos objetos. Não parece, contudo, considerar o aporte que poderia ser trazido à conservação através das ciências humanas e sociais, mantendo a ciência da conservação estanque em relação às demais. Há dois interessantes artigos de sua lavra, indicados para aprofundamento do tema: “Gerenciamento de Riscos aplicado à Conservação Preventiva”, disponível em <<http://www.museum-sos.org/docs/WallerSPNHC1995.pdf>>. (Acesso em 10.01.2013), e “Efetiva Preservação: da reação ao prognóstico”, disponível em <http://www.getty.edu/conservation/publications_resources/newsletters/pdf/v19n1.pdf>.

primeira vertente, há que se pensar também na interdisciplinaridade necessária, em virtude dos valores reconhecidos socialmente, envolvendo antropólogos, sociólogos, historiadores etc. nas avaliações necessárias ao gerenciamento em questão.

Brokerhof (2006), em artigo publicado sobre o tema, expôs estudo de caso sobre o *Museum Amstelkring*, em Amsterdã. A edificação, datada do século XVII, é extremamente importante, não somente pelo acervo móvel e documental que lhe são acessórios, mas, também, porque detém uma particularidade extremamente interessante, considerada por Brokerhof (2006) o seu “objeto” mais significativo: uma igreja católica totalmente preservada, construída em época de banimento do catolicismo e ainda utilizada em cerimônias. No estudo de riscos, chegou-se a mencionar a possibilidade da retirada de parte do acervo do Museu ou restrição drástica do acesso a tal igreja, mercê de vários fatores.³³ Esta, contudo, não foi uma opção levada a cabo. É interessante notar que isso, mui provavelmente, feriria os valores ínsitos à própria edificação e descaracterizaria o local como um local de memória. Além disso, seu “valor de uso” também seria maculado.

Ao final de seu estudo, a cientista holandesa elenca, de forma bastante interessante, o que a humanidade deve fazer para a preservação do patrimônio cultural: 1) produzir dados que nos capacitem a quantificar os riscos; 2) procurar métodos que reduzam as perdas; 3) estar preparado para reagir diante de eventuais desastres; 4) tomar decisões bem fundamentadas para alocar recursos, a fim de evitar os riscos mais relevantes; e 5) cruzar a fronteira da conservação preventiva para o gerenciamento de risco (Brokerhof, 2006).

A necessidade de atrelamento entre avanços tecnológicos e aspectos sociais também foi pontuada por Beck (2010, p. 251), que brilhantemente afirmou:

No envolvimento com riscos do avanço científico-tecnológico, a pesquisa é atada a interesses e conflitos sociais. Na mesma medida, ganha uma importância central e ao mesmo tempo geradora de hipóteses o contexto de utilização dos resultados científicos, imperdoavelmente negligenciado até hoje pela filosofia da ciência. Com isso, porém, a fronteira entre validade e gênese, constitutiva para a prática de pesquisa, é superada ou suspensa. Em seu fulcro, a pesquisa amarra-se a uma reflexividade social. Isto pode proporcionar a categorias de assimilação social e ambiental uma importância decisiva, capaz de fomentar a pesquisa, mas em todo caso entregue a decisão sobre hipóteses aos critérios implícitos da aceitação social.

³³ Para aprofundamento, leia *Collection Risk Management – the Next Frontier*, de Agnes W. Brokerhof, disponível em <http://www.rijksdienstvoorhetcultureelerfgoed.nl/sites/default/files/documenten/downloads/2006_CMA_Net%20frontier.pdf>. Acesso em 08.01.2013.

Por último, mas não menos importante, a segunda vertente: o contexto de gestão. Especificamente quanto à gestão de riscos, traduz-se em uma forma de intervenção do Estado ou mesmo de atuação do particular, avaliando-se os riscos e delimitando-se as medidas de conservação cabíveis à espécie. E na conservação encontra-se o eterno dilema da ausência de recursos suficientes, limite fático que precisa ser transposto ou mitigado. O estabelecimento de prioridades para sua utilização, seja público ou privado, dependerá dessa análise minudente, científica (melhor tecnologia), mas também interdisciplinar com as Ciências Humanas e Sociais.

Evitar e mitigar riscos, portanto, é um objetivo a ser alcançado na seara do patrimônio cultural, principalmente, frise-se, por sua não renovabilidade. Essa forma de atuação envolve não somente o Estado, mas também o particular. Prevenção e precaução parecem ser, então, as palavras de ordem. Mas, somente a aplicação desses dois princípios não basta, razão pela qual se faz necessária a análise de alguns outros que auxiliam, e muito, na proteção do patrimônio cultural.

3.2 Princípio da Participação Popular

A valoração de determinada criação como “patrimônio cultural” depende de sua importância para determinado grupo social. Ensina Castriota (2009, p. 15):

O fato é que as decisões sobre a conservação do patrimônio sempre lançaram mão, explícita ou implicitamente, de uma articulação de valores como ponto de referência: em última instância vai ser a atribuição de valor pela comunidade ou pelos órgãos oficiais que leva à decisão de se conservar (ou não) um bem cultural. Assim, as políticas de preservação trabalham sempre com a dialética lembrar-esquecer: para se criar uma memória, privilegiam-se certos aspectos em detrimento de outros, iluminam-se certos aspectos da história, enquanto outros permanecem na obscuridade. Como sabemos, no campo da conservação do patrimônio, os valores vão ser sempre centrais para se decidir o que conservar – que bens materiais e imateriais representarão a nós e a nosso passado – bem como para determinar como conservar – que tipo de intervenção esses bens devem sofrer para serem transmitidos para as gerações futuras.

A Constituição da República, em seu artigo 225, delimita como dever do Estado, mas também de todo cidadão, a preservação do meio ambiente. Ainda, e logo em seu início – artigo 1º, inciso II –, estabelece como seu fundamento a cidadania. Preservar, por óbvio, é parte da cidadania. O senso comum aponta para uma definição simplificada de tal termo, como o espectro de direitos e deveres de

uma pessoa na sociedade. Noutra ponta, Marshall (1967)³⁴ enfatizava, já na década de 60, a tridimensionalidade da cidadania, a saber, política, civil e social, tendo afirmado a importância desta última como meio, inclusive, de mitigar as desigualdades de classe, propiciando o bem estar social. Hodiernamente, diante da complexidade das relações sociais, bem observou Bignotto:³⁵

Nos dias atuais, o debate sobre cidadania tornou-se ainda mais agudo diante do desafio levantado pelas transformações sofridas pelas sociedades industriais. Em primeiro lugar, a associação entre cidadania e nação, que presidiu a vida política do Ocidente nos últimos séculos, é questionada pelo fato de que a constituição de comunidades transnacionais exige uma nova compreensão da relação do cidadão com o corpo político. O que, antes, era definido por fronteiras conquistadas por meio de longas lutas e guerras, agora, passa a se referir a blocos de países e a ordenamentos jurídicos muito mais amplos. Em segundo lugar, está o fato de que a migração intensa de populações culturalmente muito diversas, que passaram a habitar o mesmo território, fez nascer uma demanda por novos direitos, que podemos chamar de culturais e expõem a face complexa das sociedades multiculturais. Por fim, o progresso do individualismo e a apatia crescente que domina a vida das sociedades democráticas põem em questão um conceito que foi essencialmente político em sua origem e que se desenvolveu pela extensão progressiva de direitos à totalidade dos componentes do corpo político.

Além da fonte constitucional, a declaração do Rio sobre desenvolvimento e meio ambiente (1992) também explicita o princípio em tela:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Fato é que, na seara do patrimônio cultural, necessariamente, as intervenções têm de passar pelo cotejo dos diversos valores ínsitos ao bem protegido, sob pena de, não o fazendo, retirar-lhe a vida e a vinculação à população, esvaziando seus significados, seja aquele material ou imaterial.

³⁴ Leia mais em <<http://jus.com.br/revista/texto/14512/sobre-o-conceito-de-cidadania-e-sua-aplicacao-ao-caso-brasileiro#ixzz2DYDBUdeh>>.

³⁵ *Um conceito em evolução*, de Newton Bignotto, disponível em <<https://www.ufmg.br/diversa/8/artigo-umconceitoemevolucao.htm>>. Acesso em: 16.01.2013.

Com efeito, o exercício da cidadania vincula-se à educação patrimonial, criando a consciência dos valores intrínsecos ao bem e dos aspectos positivos das limitações administrativas geradas pelos instrumentos protetivos, os quais são, de fato, necessários à preservação.

A Carta final do IV Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, ocorrido em Ouro Preto, propugna, em seu princípio 17: “A educação patrimonial é um processo de alfabetização cultural, devendo ser exercida de forma permanente e sistemática centrada no patrimônio cultural.”

Exemplo maior é a limitação ao direito de propriedade na qual pode se traduzir o tombamento – tanto por sua amplitude, como por recair em bens materiais/tangíveis, mitigando tal direito, ainda tão importante para o ser humano. Essa limitação resta muito melhor compreendida, e aceita, quando precedida da interlocução entre poder público e particular.

Na mesma linha, os licenciamentos ambientais de empreendimentos que afetarão determinada comunidade demandam o entendimento do que está por vir, a manifestação dos atingidos e, principalmente, a tomada de decisões, levando-se em consideração tais manifestações. Aliás, a atuação junto aos gestores públicos, seja nas opções de políticas públicas, seja especificamente nos licenciamentos, inclusive através de audiências públicas, culminando em iniciativas no campo legislativo e no exercício de sua legitimidade para utilização da tutela judicial, são claros exemplos da participação popular.³⁶

Especificamente quanto às audiências públicas, imperioso asseverar que a utilização do instrumento somente se mostra como via real de concretização do princípio em questão, se a população se encontra devidamente informada e tem condições efetivas de participar. O TRF 4ª região mostrou-se sensível a tal ponto, no julgamento da Apelação em Recurso Extraordinário n. 200171010014971:

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. PERDA DO OBJETO. HONORÁRIOS. 1. No que se refere à suposta perda de objeto, efetivamente tal não ocorreu, já que, como bem evidenciado, trata-se de dois aspectos, Complexo Mineiro e Complexo Industrial, e apenas com relação ao último é que o Grupo Paranapanema, em 19.03.2003, desistiu de sua implantação "na forma originalmente formulada pelo Reg. 2147. Resta a questão do Complexo Mineiro, e quiçá, um novo encaminhamento do outro projeto, assim, o objeto

³⁶ *Princípios Fundamentais de Direito Ambiental*, de Álvaro Luiz Valery Mirra, disponível em <<http://www.direitoambiental.adv.br/ambiental.qps/Ref/PAIA-6SRNQ8>>. Acesso em: 10.12.2013.

da demanda permanece íntegro, não havendo motivo para declarar-se perda do objeto. 2. Na questão de fundo, é de ser mantida a sentença, pois realizar audiência pública sem antes promover estudos determinaria uma consulta popular sem conhecimentos técnicos suficientes, a população sequer teria sido convenientemente informada sobre a discussão dos impactos que a região sofreria. É o princípio da informação e publicidade que precisa ser assegurado de forma correta e consistente. Participação desinformada equivale a participação nula. 3. Merece provimento o apelo apenas no que se refere à condenação em honorários imposta ao IBAMA, pois não é o caso de lei de regência.

A efetivação do princípio da participação popular é um espelho, portanto, do grau de cidadania alcançado pela sociedade, que pode corroborar na concretização dos direitos fundamentais, neles incluído a proteção ao patrimônio cultural. Mais uma vez, a leitura de Beck (2011, p. 290) se mostra pertinente:

Direitos fundamentais são, nesse sentido, pontos decisivos para uma descentralização da política com efeitos amplificadores de longo prazo. Eles oferecem várias possibilidades de interpretação e, em situações históricas diversas, sempre novos pontos de partida para romper com interpretações restritivas e seletivas até então válidas. A mais recente variante desse aspecto verificou-se na ampla participação política dos cidadãos, que, com uma diversidade de formas que ultrapassa todos os esquemas políticos habituais – de grupos de iniciativa, passando pelos assim chamados (novos movimentos sociais”, até formas alternativas e críticas de atuação profissional (entre os médicos, químicos, físicos nucleares etc.) - , usufruem, com urgência extraparlamentar, de seus direitos antes de mais nada formais e dão-lhes a vida que faz com que sejam algo pelo que lutar. Nessa medida, confere-se importância especial a essa participação dos cidadãos para todos os temas possíveis justamente porque estão abertos a ela também os outros foros decisivos da subpolítica (jurisdição e esfera pública dos meios de comunicação) e porque – como mostra seu avanço – ela pode ser usada, ao menos pontualmente com bastante efetividade, precisamente para favorecer a percepção de seus interesses (na proteção do meio ambiente, no movimento contra a energia atômica, na proteção da privacidade).

3.3 Princípio da Cooperação

A Constituição da República estabelece, em seu artigo 23, a competência comum dos entes federativos para o trato da matéria meio ambiente. O parágrafo único do citado artigo indicou a necessidade, ora aparentemente suprida pela Lei Complementar 140/2011, de que tal cooperação fosse regulamentada.

O princípio da cooperação, não raro, é visualizado apenas como decorrência de tal dispositivo. Tal visão, *data venia*, parece ser superficial. Isso porque ele não se volta apenas para a intervenção estatal obrigatória dos entes federativos. Vai além da cooperação entre entes estatais, exigindo a participação popular que legitima as

decisões do gestor público. Cooperação, na verdade, advém do estabelecido na Constituição da República, artigo 1º, inciso II, que enfatiza a cidadania como fundamento da nação brasileira. Além disso, não se limita ao âmbito de nossas fronteiras, extrapolando-as na necessária cooperação internacional, também prevista, desta feita, como princípio regente das relações internacionais, no mesmo diploma, artigo 4º, incisos, II, IX e parágrafo único.

Em matéria de patrimônio cultural tal princípio é de suma importância, pois a valoração do objeto protegido é concedida, justamente, por meio da participação do povo e da sua cooperação com o gestor público. Ademais, se a intervenção estatal obrigatória implica na proteção da qualidade de vida pelos entes federados e seus poderes, não menos correto é afirmar que há inúmeros bens integrantes do patrimônio cultural que são objeto de valorização em âmbito internacional – como no caso daqueles considerados patrimônio da humanidade pela UNESCO – cuja proteção aponta para a necessária cooperação não apenas internamente, mas também em âmbito internacional.

Demonstrando a vinculação da cooperação com a realidade do mundo globalizado, analisa Leite (2003, p. 51):

O princípio da cooperação encontra-se claramente vinculado ao princípio da participação, ambos faces da mesma moeda. A cooperação necessita, para a sua consecução, do exercício da cidadania participativa e, mais que isso, da co-gestão dos diversos Estados na preservação da qualidade ambiental. Sabe-se que os problemas de degradações ambientais não se circunscrevem ao âmbito local, mas, ao contrário, exigem uma cooperação de Estados de forma intercomunitária, visando a uma gestão do patrimônio ambiental comum. Hoje ninguém mais ignora a existência das dimensões transfronteiriças das atividades degradadoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais e urge a necessidade de uma troca de informações e de outras formas de cooperação entre os Estados, em face da tutela do ambiente.

Se a Constituição da República deixou claro seu intuito de fomentar o diálogo e a cidadania, servindo como lastro de tal princípio, as Cartas Internacionais também espelharam o desiderato em tela.

A Carta de Atenas, ainda nos idos de 1931, mencionava a necessária “cooperação técnica e moral” para “favorecer a conservação dos monumentos de arte e de história”.³⁷ Na mesma toada, a Carta de Nova Delhi menciona o princípio

³⁷ Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=233>>.

da participação popular, logo em seu segundo parágrafo; e, no terceiro, enfatiza a necessidade da “cooperação internacional” na proteção dos sítios arqueológicos.

Por fim, a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, de 1972, trilhou o mesmo caminho, conforme se depreende de seus princípios 24 e 25:

Princípio 24

Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera possam ter para o meio ambiente, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados.

Princípio 25

Os Estados devem assegurar-se de que as organizações internacionais realizem um trabalho coordenado, eficaz e dinâmico na conservação e no melhoramento do meio ambiente (Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/material/legislacoes/declaracao_estocolmo_meio_ambiente_humano_1972.pdf>).

No licenciamento ambiental, especificamente no que tange à cooperação entre os Entes Federados, serão tecidas novas considerações em capítulo próprio, no qual será analisada a LC 140/2011, que regulamentou o artigo 23, parágrafo único, da Constituição da República.

3.4 Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental

O direito à cultura foi reconhecido como fundamental – integrante do núcleo mínimo indispensável à vida digna –, ainda nos idos de 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXI:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

A par de sua inserção em tal categoria, parece correto afirmar, também, que aquele é um direito social. Note-se que sua concretização depende de prestações Estatais, no exercício do dever-poder de intervenção. Impossível se pensar na observância do respeito à preservação do patrimônio cultural sem a participação efetiva do cidadão, mas também do Estado.

Essa dúplice natureza do direito ao meio ambiente cultural implica em aplicabilidade de princípio extremamente importante. Conhecido como *stand still*, na Bélgica; *cliquet anti-retour*, na França; *eternity clause*, na Inglaterra; *prohibicion de regresividade*, na Espanha; foi alcunhado de “proibição de retrocesso ou retrogradação”,³⁸ no Brasil e em Portugal.

Mas o que é o princípio da proibição do retrocesso social? Como é cediço, o direito ao meio ambiente é um direito difuso, ausente titular delimitado. O Estado apenas exerce a gestão dos bens que integram o meio ambiente, não sendo seu titular; o cidadão é que o é. E detém peculiaridade ímpar: as futuras gerações, cidadãos ainda nem existentes, sequer nascituros, são titulares desses direitos, mercê da transgeracionalidade.³⁹ A sadia qualidade de vida deve ser mantida para “as presentes e futuras gerações”, na toada do ditame constitucional previsto no artigo 225.

Mas o direito, como regramento social que fundamenta decisões estatais, como se sabe, é mutável por essência. As regras devem estar consonantes com a realidade social e isso as faz suscetíveis às mudanças. Ocorre que tais mudanças, na seara ambiental, devem implicar na busca da máxima qualidade de vida, pois este é um desiderato contínuo na proteção ambiental. Não se pode pensar em modificações legislativas, ou mesmo em decisões administrativas ou judiciais que venham a diminuir tal qualidade.

³⁸ In: “O princípio da proibição de retrocesso ambiental”. Biblioteca Digital do Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, do Consumidor e Fiscalização e Controle. Michel Prieur. Brasília, 2012.

³⁹ A titularidade de direitos sempre esteve vinculada a *existência* da pessoa, vale dizer, à existência de vida. O direito fundamental difuso ao meio ambiente possui titularidade plúrima, não definida e indivisível. Pertence a toda sociedade. Essa ideia de titularidade de direito, frise-se, por quem sequer existe (geração futura) rompe qualquer barreira com a doutrina clássica civilista. Nesta, somente quem possui vida possui direitos, cabendo ao nascituro uma expectativa de direitos que pode ser defendida inclusive judicialmente. Note-se, contudo, que as futuras gerações detêm direitos efetivamente – e não meramente a expectativa deles. Detêm o direito à qualidade de vida no mínimo igual às presentes gerações. E há legitimação tanto do cidadão comum como do Ministério Público para a defesa de tais direitos em Juízo e a obrigação das três funções de poder de preservar tal direito. Nessa linha, parece ser interessante a diferença entre sujeito de direito e pessoa. Esta resta vinculada ao nascimento com vida. Aquele, ao que a lei assim determinar. Estamos com Ferraz Jr. quando afirma que, de maneira muito restritiva, o senso comum tende a ver apenas a pessoa como sujeito de direito, mas que os conceitos não se confundem. Tanto é assim que a herança jacente é sujeito de direito, razão pela qual define sujeito de direito como “ponto geométrico de confluência de diversas normas” (FERRAZ JR., 2001). Sujeito de direito, portanto, é quem o ordenamento jurídico determinar que o seja, e no caso do meio ambiente a própria Constituição delimita como sujeito de direito as gerações futuras. Assim, e de forma singular, estamos diante de sujeito de direito indeterminado e indivisível que sequer existe no mundo físico, quer seja como pessoa (com vida ou com expectativa de vida) quer seja como ente (herança jacente).

Assim, o princípio da proibição do retrocesso ambiental poderia ser definido como a proibição de atos estatais, de quaisquer das funções do poder, implicarem em diminuição da proteção ambiental, nesta, por óbvio, incluída a proteção ao patrimônio cultural.

A construção do princípio em questão vem sendo sedimentada na doutrina nacional e internacional. O francês Michel Prieur (2012) identifica uma base tríplice para tal construção: 1) finalidade do Direito Ambiental (máxima qualidade de vida – implica uma “obrigação de resultado”); 2) necessidade de afastar a apontada mutabilidade do direito, sem limitações; e 3) intangibilidade dos direitos humanos.

A finalidade do direito ambiental, com base na transgeracionalidade exigida constitucionalmente, aponta para sua perenidade e intangibilidade. É intuitivo pensar que algo a ser preservado não pode sofrer retrocessos em sua proteção. Noutra ponta, a preocupação com os direitos fundamentais implicou na fixação de cláusulas pétreas na Constituição da República de 1988, que admitiu expressamente a intangibilidade dos direitos fundamentais, nos quais, por construção doutrinária, encontra-se o meio ambiente.

Em solo pátrio, Sarlet (2012) tem se dedicado ao aprofundamento do estudo do princípio em tela. Afirma o doutrinador gaúcho:

O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social ou ecológico no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito socioambiental constitucionalmente assegurado. Assim, e em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, representa aquilo que efetivamente se encontra protegido (SARLET, 2012, p. 165).

Duas importantes ADINs foram propostas tendo como pano de fundo o princípio da proibição do retrocesso. A primeira, ADI 4252, questiona a constitucionalidade da Lei 14.675/2009 (Código Ambiental de Santa Catarina), mercê da diminuição da proteção conferida, principalmente, às áreas de preservação permanente. Passados mais de três anos da propositura, ainda não há, contudo, decisão sobre o tema. Recentemente, foi proposta pela ASIBAMA Nacional – Associação dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente, a ADI 4757, que questiona a constitucionalidade da novel legislação sobre cooperação

entre os entes federativos, a qual restringiu a fiscalização unicamente ao órgão licenciador. A ADI em questão teve parecer do Procurador-Geral da República, afirmando que a restrição imposta por tal diploma normativo para a fiscalização possibilita a proteção deficiente.⁴⁰ Por fim, em 21 de janeiro de 2012, foram propostas três ADIs, questionando o novo código florestal, Lei 12.651/2012, inclusive no que tange ao retrocesso ambiental que a novel legislação representa (ADI 4901, ADI 4902 e ADI 4903).⁴¹

É interessante notar que a proibição do retrocesso, não raro, é confundida com uma posição estática, de garantia de um mínimo essencial não modificável. Tal rigidez é um equívoco, posto que a garantia é de patamar mínimo de proteção, o que não implica em engessamento do próprio objeto. Rothenburg (2012) nos brinda com digressão acerca do direito de acesso à informação. Note-se que a informação é o lastro através do qual o cidadão participa das decisões estatais, sendo de extrema importância, conforme já demonstrado, a participação popular, ainda mais na seara cultural. A ausência de informação ou sua desatualização é uma forma de retrocesso. É um não demonstrar a realidade a quem pode – e deve – sobre ela se manifestar, prevenindo danos e promovendo a transgeracionalidade.

Tome-se como exemplo o dever legal do IPHAN de manter cadastro de sítios arqueológicos disponível à comunidade. A alimentação de tal cadastro não se dá apenas pelas iniciativas estatais, mas também – e deveria ser principalmente por essa via, ao se considerarem os inúmeros licenciamentos ambientais – pelo resultado da denominada “arqueologia de contrato”. Ocorre que não há controle do quanto foi prospectado e/ou resgatado pelo arqueólogo responsável por tal seara no empreendimento em licenciamento. Há somente a formalidade da entrega de relatórios para fins de obtenção das licenças específicas, e isso quando a autarquia federal é efetivamente chamada a participar do licenciamento ambiental. Em 2011, o Ministério Público Federal requisitou informações à autarquia sobre o controle em questão, tendo obtido a resposta de inexistência de dados fidedignos ou mesmo de procedimentos administrativos devidamente organizados que pudessem ser pesquisados. A inobservância da dinâmica da informação é, por certo, uma forma de

⁴⁰ A íntegra do parecer do Ministério Público Federal encontra-se no Anexo B deste estudo.

⁴¹ A íntegra das peças iniciais das ações civis públicas pode ser encontrada no endereço eletrônico <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/pgr-questiona-novo-codigo-florestal>. Acesso em 24.01.2013.

retrocesso ambiental. E não foram poucos os projetos envolvendo o patrimônio arqueológico. Pelo contrário, segundo informações colhidas junto à Coordenadoria de Licenciamento Ambiental do IPHAN, novo órgão cuja criação foi destinada a também suprir tais lacunas, nos últimos doze anos houve significativo incremento da pesquisa e da arqueologia de contrato, com os seguintes dados (Gráfico 1):

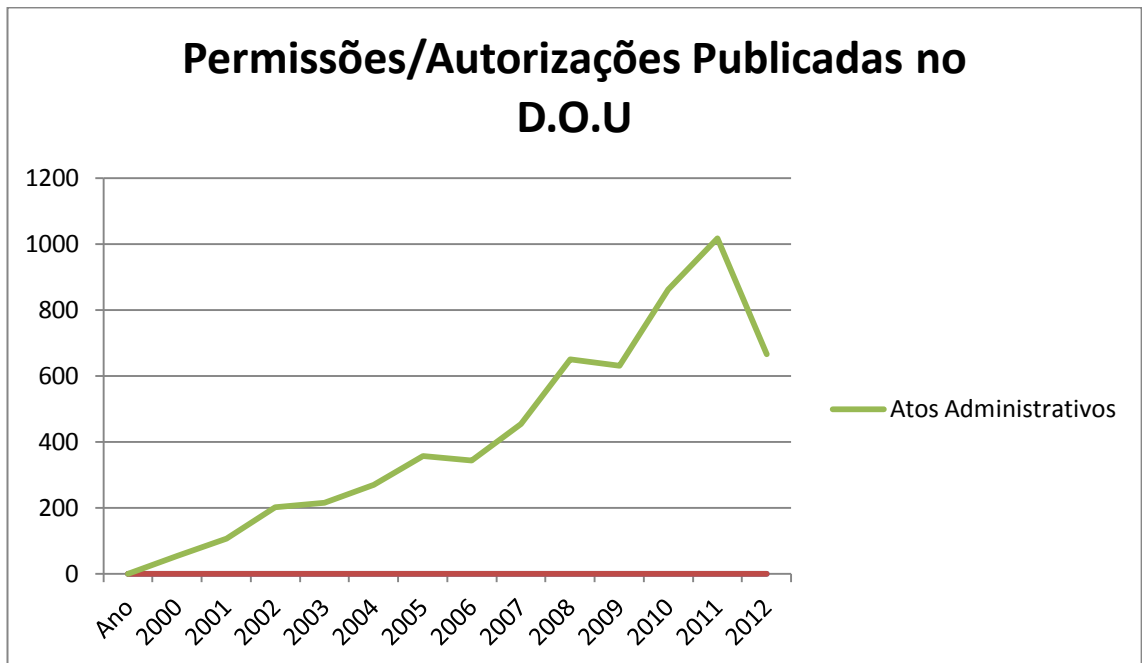


GRÁFICO 1. Demonstrativo da evolução do número de permissões/autorizações entre os anos 2000 e 2012.

Fonte: Coordenadoria de Licenciamento Ambiental do IPHAN – CNA

Pode-se pensar, também, na atualização tecnológica que leva à descoberta de que níveis de poluição anteriormente aceitos em normas administrativas – portarias e resoluções, por exemplo – restam defasados. A intervenção estatal obrigatória e o princípio do não retrocesso determinam o dever do Administrador em modificar tais normas.

Para além dessa necessária atualização de padrões e dados, bem como da maximização na interpretação dos direitos fundamentais, incumbe observar que apenas a indicação da proibição de retrogradação não se mostra suficiente para garantir o direito das futuras gerações. É preciso mais. É necessário progredir, e não meramente atualizar, a proteção.

A cláusula de progressividade restou prevista no artigo 2º, parágrafo 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que entrou em vigor em 1992, pelo Decreto 591, durante o curto mandato do presidente Fernando Collor. A mesma linha foi seguida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 – e que somente entrou em vigor no Brasil, em 1992, após publicação do Decreto 678 pelo então presidente Itamar Franco – que explicitou tal necessidade em seu artigo 26:

Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

As convenções em questão gozam de *status* de normas supralegais, ainda que não constitucionais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, na linha do quanto defendido pelo Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343/SP)⁴² em sua visão dualista espelhada na escola do alemão Carl Heinerich Triepel. Assim – e até mesmo independentemente de questionamento sobre o retrocesso socioambiental – prevalecem sobre a legislação infraconstitucional que lhe for posterior.

E, mais uma vez, a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, Lei 6.938/81, mostra que o arcabouço jurídico nacional e internacional encontra-se completamente interligado, direcionando a tutela ambiental para a progressividade no artigo 2º, que delimita como objetivo de tal regra a melhoria da qualidade de vida.

3.5 Princípio da Responsabilidade Pós-Licenciamento

O princípio do poluidor-pagador encontra-se claro na Constituição da República (artigo 225, parágrafo 3º), na Lei 6.938/81 (artigos 4º, inciso VII, e 14, § 1º) e na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente⁴³ (no princípio 16). Aponta Guerra (2009, p. 133), citando Benjamin, que:

⁴² Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24.01.2013.

⁴³ A “Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente” consta no Anexo C deste trabalho.

O princípio do poluidor-pagador impõe o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição, ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação ou omissão.

Tal garantia, por óbvio, vai além do momento do licenciamento ambiental, eis que visa impedir que a sociedade arque com eventuais custos oriundos de condutas lesivas sobre bens que são de interesse público, o que representaria um “subsídio ao poluidor” (GUERRA, 2009, p. 132).

A assertiva reveste-se de especial importância na seara arqueológica, aqui sob outra ótica. Em linhas gerais, pode-se afirmar que, em paralelismo com a licença prévia de instalação e de operação, há necessidade da realização do diagnóstico, prospecção e eventual resgate do material arqueológico.

Diagnóstico é conceituado pela portaria IPHAN 230, de 17 de dezembro de 2002, em seu artigo 2º, inciso I, como um “relatório de caracterização e avaliação da situação do patrimônio arqueológico da área de estudo”.⁴⁴

Prospecção é a investigação, aprofundada, dos indícios trazidos pelo diagnóstico, objetivando o quanto contido no artigo 5º, parágrafo 1º, da citada portaria, e culminando com o programa de resgate arqueológico, caso não haja opção pela conservação *in situ*.

O resgate é o salvamento do material encontrado. Ocorre que, uma vez resgatado, o material será guardado por terceiros, autorizados pela autarquia, que deverão propiciar seu estudo, compensando-se a destruição dos sítios pela incorporação dos conhecimentos produzidos à Memória Nacional. Para tanto, fazem-se necessárias verbas que garantam o aprofundamento da pesquisa e a manutenção do acervo em boas condições. Saliente-se que a destruição do sítio arqueológico, ínsita ao resgate do material, é uma externalidade do empreendimento, a princípio, negativa, a qual pode ser mitigada ou compensada. Assim, não basta meramente resgatar o material e entregá-lo a terceiros. O empreendedor tem a responsabilidade, frise-se, de mantê-lo em condições para pesquisa, eventual acesso ao público e dele gerar conhecimento. A salvaguarda deve ser física e informacional.

⁴⁴ O texto integral encontra-se disponível no endereço eletrônico <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=337>>.

Lamentavelmente, o Brasil não é signatário da Convenção para Proteção do Patrimônio Subaquático, que explicita claramente tal princípio em sua regra 17,⁴⁵ aplicável, por analogia, a todo patrimônio arqueológico, *in verbis*:

Antes do início de qualquer intervenção, excepto em casos de urgência para proteger o património cultural subaquático, deve ser garantida uma base de financiamento adequada, suficiente para completar todas as fases do plano do projecto, incluindo a preservação, a documentação e a preservação do material arqueológico, assim como a preparação e a divulgação dos relatórios.

Tal lapso, contudo, não possui o condão de afastar a aplicabilidade do princípio, inclusive de sua extrusão para outras searas que não a arqueológica, eis que se trata, na verdade, de um consectário do princípio do poluidor-pagador. E a portaria 230/2002 do IPHAN, deixou claro tal entendimento, ao afirmar a necessidade de pesquisa, programa de educação patrimonial e manutenção dos bens a cargo do empreendedor.

Assim, concorda-se com Soares (2009, p. 168-169) que, reconhecendo a aplicabilidade do princípio em solo brasileiro, afirma:

Esse princípio também indica a responsabilidade do empreendedor pela base de estoque cultural que deve ser repassada para as futuras gerações. Por isso, essa obrigação não fica limitada às operações de salvamento, registro, resgate, entre outras, determinadas no curso do licenciamento ambiental, mas perdura na manutenção do espaço de exposição e fruição do bem cultural pela comunidade.

3.6 O Princípio da Funcionalidade Compatível

A funcionalidade compatível pode ser definida como a observância dos valores ínsitos ao bem na determinação de eventuais usos para o mesmo. O princípio em tela é aplicável ao patrimônio cultural material, recorte específico do patrimônio cultural.

Meramente em virtude de opções do gestor, um bem poderá ser desvinculado de seu tradicional uso, destinando-se a outra finalidade. Não raro, contudo, tal mudança é precedida de atos de conservação, como no caso, por exemplo, dos

⁴⁵ Confira Anexo D deste trabalho: Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático.

bens imóveis oriundos da Rede Ferroviária Federal e cuja grande polêmica, para além da simples restauração, é a destinação a lhe ser conferida.⁴⁶

Primeiramente, há necessidade, então, de definir alguns termos que conduzirão a análise do princípio em questão e que pertencem à seara não jurídica.

A Carta de Burra (ICOMOS, 1980)⁴⁷ definiu conservação como:

[...] os cuidados a serem dispensados a um bem para preservar-lhes as características que apresentem uma significação cultural. De acordo com as circunstâncias, a conservação implicará ou não a preservação ou restauração, além da manutenção; ela poderá compreender, ainda, obras mínimas de reconstrução ou adaptação que atendam às necessidades e exigências práticas (tradução livre) (grifou-se).

Na busca de uma terminologia única, o ICOM-CC, durante a Conferência de Nova Delhi (2008), vinte e oito anos depois, delimitou as seguintes definições:

Conservação: todas as medidas e ações que tenham como objetivo a salvaguarda do patrimônio cultural tangível, assegurando sua acessibilidade a gerações presentes e futuras. A conservação compreende a conservação preventiva, a conservação curativa e a restauração. Todas essas medidas e ações deverão respeitar o significado e as propriedades físicas do bem cultural em questão;

Conservação preventiva: todas as medidas e ações que tenham como objetivo evitar ou minimizar a deterioração do material. São realizadas sobre o objeto isolado e seu “entorno”, ou mais frequentemente sobre um conjunto de bens, independente de sua idade ou condição, sendo certo que tais medidas e ações não interferem nos materiais e estruturas dos bens nem mesmo modificam sua aparência;

Conservação curativa: todas as ações diretamente aplicadas em bens com o objetivo de parar a degradação ou reforçar estruturas. As ações são realizadas quando os bens se encontram em perigo, em virtude de fragilidade ou deterioração acelerada, podendo ser perdidos em tempo relativamente curto. Por vezes, alteram a aparência do objeto;

⁴⁶ O artigo 9º da Lei 11.483/07 determinou ao IPHAN o dever de preservar a “memória ferroviária”, através da avaliação dos bens oriundos da RFFSA e, na hipótese positiva de significância cultural, gestão compartilhada com outras entidades públicas ou cessão a entes privados. Com um patrimônio estimado em mais de 52.000 imóveis, espalhados por todo o Brasil, além de um absoluto descontrole em relação ao quantitativo de bens móveis e documentos, a filtragem a ser promovida pelo IPHAN, segundo o princípio da prevenção (a avaliação deveria ser prévia a qualquer repasse a terceiros) mostrou-se uma tarefa de difícil consecução. O Ministério Público interviu, conseguindo alguns avanços, tais como um padrão de minuta de termo de acordo para cessão de imóveis a terceiros, o firmar de TACs com prefeituras para conservação de imóveis, assim como recuperação de bens móveis e documentos. Malgrado os hercúleos esforços, fato é que a solução do problema está longe de se concretizar e passa por política pública de revitalização de trechos, com novas funcionalidades aos imóveis da extinta RFFSA não operacionais, ou seja, que não são usados pelas concessionárias. A mera restauração, dissociada do uso, é evidente gasto público, na maioria dos casos, sem sustentabilidade ao longo do tempo. Ainda, necessária se faz a efetiva catalogação dos bens móveis documentais e sua recuperação, caso vinculados à preservação dessa parte tão significativa de nossa história.

⁴⁷ Disponível em: <http://5cidade.files.wordpress.com/2008/03/carta-de-burra.pdf>. Acesso em: 09.01.2013.

Restauração: todas as ações aplicadas de maneira direta a um bem individual e estável, que tenham como objetivo facilitar sua apreciação, compreensão e uso. São realizadas quando o bem houver perdido uma parte de seu significado ou função através de uma deterioração. Se baseiam no respeito ao material original e, na maioria dos casos, alteram a aparência do bem⁴⁸ (tradução livre) (grifou-se).

Note-se que ambas as definições de conservação restam impregnadas pela preocupação com a significação cultural do bem. E tal significado decorre do conjunto de valores que lhe são ínsitos, na toada da definição, também trazida pela Carta de Burra, para significação cultural, *in verbis*: “[...] o termo significação cultural designará o valor estético, histórico, científico ou social de um bem para as gerações passadas, presentes ou futuras” (tradução livre).

Para além destes valores clássicos, há, atualmente, intensa preocupação com os denominados valores econômicos e políticos, que em muito influem na conservação do patrimônio cultural. Verifica-se, portanto, uma ampliação da visão da atividade de conservação, que deve se preocupar com o a conservação do material, mas também com o contexto de gestão e trabalhar, sempre, na perspectiva da manutenção da significância cultural, conforme dito alhures.

Observando que a definição de restauração traz explicitamente o que resta implícito nas demais: o uso deve ser considerado para garantir a preservação de tal significação –, acrescenta Araújo:⁴⁹

Neste contexto, nota-se que os desafios desta atividade surgem dos contextos e não dos bens em si, ou seja, dos valores que são a estes atribuídos. Segundo Avrami, seria mais importante que os envolvidos na conservação se preocupassem com as funções que o patrimônio desenvolve na sociedade, seus usos, etc., que são as fontes reais de seu significado e a razão de ser da conservação. Neste sentido, muitas pesquisas já estariam sendo desenvolvidas, por exemplo, na Inglaterra, pela *English Heritage*, nos Estados Unidos, pela *National Park Service* e na Austrália pelo ICOMOS, na tentativa de incorporar os valores mais efetivamente no planejamento e gestão da conservação, inclusive nas tomadas de decisão.

A funcionalidade compatível é, portanto, ultrapassar a preocupação com o tangível e pensar, também, no intangível que o acompanha, nos valores conferidos

⁴⁸ Texto integral disponível em <<http://www.icom-cc.org/54/document/icom-cc-resolucion-terminologia-espanol/?id=748>>.

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/13.145/4387>>.

ao bem pelos diversos *stakeholders*, proporcionando, inclusive, eventual revitalização do objeto de proteção, ressignificando-o. A plena conservação – observada a amplitude do conceito – e a revitalização somente serão alcançadas se a funcionalidade mantém vinculação com os valores conferidos ao objeto pela população. De pouco adianta restaurar a matéria, mas permitir a utilização da edificação, por exemplo, para atividades absolutamente distintas de qualquer vinculação à preservação do patrimônio cultural. Ou mesmo restaurá-lo e não ampliar tal ato à efetiva revitalização, quando necessário, como se o uso do bem não estivesse contido em qualquer discussão sobre o tema. Também pouco “valor” para a sociedade haverá na mera restauração de documentação, sem que seja dado acesso ao público para que conheça a informação nela contida.⁵⁰

Assim, a tríade da conservação do bem se apoia na observação de sua estética, de sua história e de seu uso (funcionalidade), em compatibilidade com seu valor.

Mas o que seria, objetivamente, tal compatibilidade? A Assembleia do ICOMOS, realizada em 1997, debruçou-se sobre o tema, sob a ótica do urbanismo, pontuando, em seu enunciado 12, que:

Novas funções e atividades devem ser compatíveis com o caráter de área urbana ou centro histórico. A Adaptação dessas áreas à vida contemporânea requer cuidados na instalação ou melhoria dos serviços públicos.

Note-se que tal carta, que serve como um norte a ser seguido, não vincula a destinação do bem à sua função anterior, mas sim a sua real inserção no novo contexto da localidade em que se encontra. Nessa toada, e considerando a aplicação do princípio a um dos mais utilizados instrumentos protetivos do patrimônio cultural, afirma Rabello (2009) que o tombamento não poderia engessar o uso do bem, cabendo restrições a nova destinação apenas se demonstrada sua incompatibilidade com a conservação, física, daquele, mercê da não incidência do instituto sobre bens incorpóreos.

⁵⁰ Tome-se como exemplo o acordo firmado com o IPHAN no bojo da ação civil pública, que, para além da restauração do imóvel edificado na Rua Sapucaí 33, oriundo da extinta RFFSA e de evidente valor para a preservação do patrimônio cultural e da memória ferroviária, delimitou-lhe o uso como Museu ou Centro de Memória, conforme avaliação de seu acervo a ser feita pelo próprio Instituto.

Não nos parece, contudo, seja este o caminho mais correto a trilhar, vinculando-se a mácula meramente à materialidade do bem protegido. A proteção, ainda que recaia sobre bem tangível, deriva de valores atribuídos pelos sujeitos, valores estes vinculados não somente a aspectos arquitetônicos – para o qual o raciocínio de Rabello se mostra perfeito – mas também a questões históricas e sociais, enfim, vinculadas à formação da identidade do povo. O imóvel resta impregnado, muitas vezes, do próprio uso, não podendo se desvincular totalmente de um mínimo necessário, como referencial àquele, sob pena de se propiciar, ao revés da revitalização, a “desvitalização”.

Um exemplo que parece ser bastante interessante é o da Praça da Liberdade. Tal conjunto arquitetônico foi construído como forma de contraposição ao poder da Igreja, restando como ponto focal o Palácio da Liberdade, em cuja circunvizinha foram erigidos diversos casarões com funções também típicas de poder (descentralização). Após décadas mantendo a mesma funcionalidade de quando edificado o conjunto, o Poder Executivo estadual optou pelo fomento ao crescimento do determinado “vetor norte”, deslocando para esta parte da região metropolitana da Capital mineira um novo centro de poder, cujo projeto de edificação, inclusive, é do arquiteto Oscar Niemeyer.

A sociedade local restou dividida em tal episódio. Se houve quem aplaudisse a iniciativa, não raro foram os que a criticaram, sobretudo pelas modificações arquitetônicas nas edificações tombadas – em âmbito estadual –, além da modificação do uso.⁵¹

Sem adentrar no mérito da possibilidade, ou não, das modificações físicas dos imóveis (valores de forma), ou mesmo da incompatibilidade “física” do novo possível uso, de fato este era completamente distinto do anterior e dissociava-se de seu histórico. Para alguns, o esvaziamento de seu valor de símbolo era evidente. Para outros, havia necessidade de se conferir usos compatíveis ao conjunto, mas sem olvidar que as funcionalidades tecnológicas necessárias à manutenção do poder na área poderiam vir a descaracterizar ainda mais a Praça. Nessa toada, pareceu

⁵¹ É interessante notar como a Praça da Liberdade, criada primordialmente como referencial de poder, teve modificação de uso aceita pela população, quando da instalação da feira de arte e artesanato em seus jardins. Em primeiro momento, tal manifestação contava com o apoio da Prefeitura e reunia artistas plásticos que procuravam, conforme os moldes europeus, popularizar a arte. Todavia, esse encontro arte-população foi se deteriorando na década de 80, transformando-se em algo indesejável, onde a arte dividia espaço com camelôs que comercializavam importados dos mais diversos, até que, finalmente, em 1991, a feira foi transferida para a Avenida Afonso Pena.

consoante com ideários de conservação a destinação que lhe foi dada, após “esvaziada” de seu uso costumeiro, qual seja, a de circuito cultural, pois este não afetaria o valor que a sociedade conferia ao bem.⁵²

Mais uma vez Castriota (2009), analisando as contraposições e dificuldades típicas das decisões relativas à conservação e, especificamente sob a ótica do restauro, explica e exemplifica, ao mencionar o processo de restauração do Paço Imperial, no Rio de Janeiro. A edificação passou, ao longo de mais de 250 anos, por intensas modificações, quer sejam arquitetônicas (estilísticas), quer sejam de funcionalidade (moradia de governadores, vice-reis, sede administrativa do Império e repartição pública no período Republicano). Por fim, acrescenta que a questão da funcionalidade “[...] poderia levar, por exemplo, a reconversões mais radicais” (Castriota, 2009, p. 94).⁵³

A toda evidência, há extrema subjetividade na aferição prática de critérios de compatibilidade. Aliás, não é uma particularidade desse ponto da proteção do patrimônio cultural. A diversidade de valores envolvidos na preservação da edificação, para muito além dos meramente arquitetônicos, parece ser o ponto nevrálgico, frise-se, para se determinar a nova funcionalidade do bem. Imprescindível, então, definir as espécies de valor, para o que consideraremos o trabalho de Soares (2009).

Ressalta Soares (2009, p. 42), retomando a discussão sobre “valores”:

Os valores de referência, segundo a doutrina mais abalizada, podem ser divididos em quatro grandes grupos – associativos, estéticos, econômicos e informativo-científicos – ou em três grandes categorias – valor de uso, valor de forma e valor de símbolo (grifou-se).

Segundo a autora, **o valor de uso** (valores econômicos e informativo-científicos) é aquele atribuído ao bem em razão do que este pode oferecer na satisfação de uma necessidade específica e contemporânea, seja ela individual ou

⁵² Discorrendo sobre a inadequação das modificações arquitetônicas e de uso propostas, sob a ótica da ilegalidade e da incompatibilidade física, ler o interessantíssimo artigo do ex-chefe do Escritório Técnico do IPHAN em Ouro Preto, Benedito Tadeu de Oliveira, intitulado “Circuito Cultural ‘Praça da Liberdade’ em MG – um desrespeito a um Monumento Nacional”, publicado na revista *Defender* e disponível no endereço eletrônico <<http://www.defender.org.br/uploads/Artigo1.pdf>>.

⁵³ Exemplo de reconversão radical, gerado pela diminuição na frequência aos templos religiosos e aumento no valor de uso tangível do imóvel, são os novos usos destes, tais como boates, livrarias, etc, o que foi bem delineado na interessante reportagem de Marcos Losekann, disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/09/antigas-catedrais-abrigam-hoteis-livrarias-e-ate-discotecas-na-europa.html>>. Acesso em 18.02.2013.

coletiva. Tal valor pode ser percebido pela geração atual, que não tem como acessá-lo ou usufruí-lo de modo satisfatório, seja pela ausência de elementos que permitam explorá-lo ou pela inexistência de tecnologia que atenda às especificidades do patrimônio cultural.

Ainda, o valor de uso pode ser imediato e direto, nesse caso, tangível; ou menos imediato, quando então será intangível. O valor de uso tangível de um bem cultural se desponta, quando o bem possui características que permitem seja usufruído, atendendo a necessidades concretas, no plano individual ou coletivo. Por outro lado, o bem que possui valor de uso tangível pode ser material ou imaterial, importando apenas que seu uso seja imediato e direto.

Mesmo que um bem cultural seja portador de valor de uso tangível, as suas peculiaridades não podem ser desconsideradas nas situações concretas de fruição e consumo, ou mesmo na fase anterior, na qual são feitas as renovações e adaptações que tornam o bem “usável”. Além disso, se o bem portar outros valores, além do tangível, aqueles devem ser ponderados pelo Poder Público, cabendo maiores exigências para a realização das intervenções necessárias, além da abertura do processo de autorização para oitiva da comunidade sobre o novo uso, bem como sobre os limites da intervenção.

No que tange ao valor de forma (valor estético), nos dizeres de Ballart e Tresserras (apud SOARES, 2009, p. 44) decorre da avaliação do bem pela “atração que desperta nos sentidos e em função do prazer estético e a emoção que proporciona, mas também em função de outros atributos difíceis de conceituar, tais como raridade, preciosidade, aparência exótica ou genial”. É, portanto, apenas um dos valores a serem preservados.

Todavia, o bem pode ter, também, o **valor de símbolo**, dependente do quanto é identificado pelo próprio imaginário popular e o quanto se vincula a uma determinada finalidade. Este valor parece ser o grande desafio na indicação de um novo uso (e a Praça da Liberdade se mostra, novamente, como um bom exemplo na discussão de valores, por seu valor de símbolo do poder). Depende, portanto, de uma opção coletiva, de efetiva participação popular nas decisões administrativas, evitando-se descaracterização do bem e seu esvaziamento, perdendo-se como um dos elementos de identidade daquela população. O que se propõe, portanto, é uma destinação congruente aos valores estético e simbólico do bem.

Por fim, convém salientar que a “Carta Europeia do Patrimônio Arquitetônico” (Amsterdã), de 1975, traz nova nomenclatura: a de conservação integrada. Não parece, contudo, se distinguir daquela exposta pelo ICOM-CC, pelas razões aqui já expendidas. Vale dizer, para haver conservação, há que se ter preservação da significação cultural. De qualquer sorte, importante transcrever o conceito encontrado na referida Carta:

A conservação integrada é conseguida pela aplicação de técnicas sensatas de restauro e pela correta escolha de funções apropriadas. No curso da história, os centros das Cidades e de algumas aldeias têm sido deixados degradarem-se e transformaram-se em áreas com habitação em condições abaixo do aceitável. Esta degradação deve ser compreendida num espírito de justiça social e não deve provocar a partida dos habitantes mais pobres. Por essa razão, a conservação deve ser uma das primeiras considerações em todos os planejamentos urbanos e regionais.

A “Declaração de Amsterdã”⁵⁴ acolheu, calorosamente, a Carta Europeia em tela e ratificou a necessidade da conservação integrada e, por consequência, do estabelecimento de funcionalidade compatível do patrimônio edificado, ao afirmar que os poderes locais deveriam “atribuir às construções funções que, respeitando seu caráter, respondam às condições atuais de vida e garantam, assim, a sua sobrevivência.”

Imprescindível, ainda, a lição contida na Carta de Cracóvia,⁵⁵ acerca da identidade da edificação, ao afirmar que a mesma é uma “referência coletiva englobando, quer os valores atuais que emanam de uma comunidade, quer os valores autênticos do passado”, e essa autenticidade seria “o somatório das características substanciais, historicamente provadas, desde o estado original até à situação atual, como resultado das várias transformações que ocorreram no tempo.”

3.7 Princípio da Intervenção Estatal Obrigatória

De forma proposital, foi legado como derradeiro o princípio da intervenção estatal obrigatória, eis que este servirá como linha mestra, ao lado da Lei de Política

⁵⁴ A “Declaração de Amsterdã” está disponível no endereço eletrônico <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=246>>. Acesso em: 22.10.2012.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.igespar.pt/media/uploads/cc/cartadecracovia2000.pdf>>. Acesso em 26.02.2013.

Nacional de Meio Ambiente, para análise da atuação do Estado, importantíssimo *stakeholder*, na preservação do patrimônio cultural.

O individualismo torna míope a visão preservacionista. Ao afetar a esfera de interesses estritamente individuais, a preservação do bem comum resta relegada a segundo plano. É o caso, por exemplo, das modificações nas edificações tombadas, na utilização de verbas públicas para fins eleitoreiros ou mesmo de instalação de empreendimentos sem realização do correto diagnóstico das possíveis máculas ambientais.

A intervenção estatal obrigatória é muito semelhante à “*public trust doctrine*” americana, através da qual se reconhece a necessidade da atuação estatal para garantir bens, recursos e serviços ambientais que interessam, difusa e não individualmente, a toda a população.

O constituinte brasileiro foi sensível ao tema quando no artigo 227 da Constituição da República, incumbiu à família, à sociedade e ao *Estado* zelar por diversos elementos – inclusive, explicitamente, a cultura – os quais se mostram imprescindíveis para a sadia qualidade de vida.

Na mesma toada, o artigo 17 da Declaração de Estocolmo assim dispõe: “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”.

Primeiramente, então, é preciso definir o próprio Estado. Silva (2005, p. 216) afirma que o “Estado seria uma organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo”. O senso comum o vincula precipuamente ao Executivo, olvidando que aquele é formado por três poderes distintos, segundo a clássica visão de Montesquieu em seu “Espírito das Leis”.

Interessante notar que Montesquieu, de origem nobre, lastreando seu pensamento em John Locke, afirmava a necessidade da divisão do poder estatal em três funções distintas (executiva, legislativa e judiciária). Cada um deles, através de suas funções precípuas, limitariam os outros “poderes”, evitando um despotismo absoluto. Segundo Montesquieu, qualquer pessoa que tenha o poder tende a abusar dele, sendo certo que, em prol da organização da sociedade, um poder deve conter o outro.

A palavra Estado deve ser interpretada, portanto, à luz do dispositivo 17 da Carta de Estocolmo; vale dizer, as instituições nacionais competentes não são apenas os órgãos do Poder Executivo, sendo o Estado formado por este, pelo Legislativo e também pelo Judiciário, bem como pela descentralização do Poder Executivo. Assim, nenhum dos ditos três Poderes ou das três funções do Poder⁵⁶ podem se furtar a exercer esse poder-dever de proteger o meio ambiente.

A Constituição brasileira afirma, ainda, em seu artigo 23, incisos III, IV e parágrafo único, que incumbe ao Estado proteger o patrimônio cultural e o meio ambiente, atuando os entes federativos de forma coordenada.

Primeiramente será analisada, então, a atuação do Executivo, utilizando, como linha mestra, recorte do quanto disposto no artigo 9º da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, a saber: 1) o uso da melhor tecnologia; 2) a avaliação e licenciamento ambientais e; 3) o poder de polícia:

Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

[...]

III - a avaliação de impactos ambientais;

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

[...]

IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.

[...] (grifou-se).

Com efeito, a opção por determinada política pública deve levar em consideração a variável ambiental. De forma mais próxima à realidade de nosso dia a dia, mais uma vez, as opções feitas no licenciamento ambiental – desde a delimitação do termo de referência, passando pela fixação da alternativa locacional, até a concessão da licença de operação – também se mostram como uma forma de observância, ou mesmo de descumprimento, do poder-dever acima delineado.

⁵⁶ Em seu *De l'Esprit des Lois*, Paris, 1748, Montesquieu afirmou a divisão do Poder, oriundo da soberania estatal, em três Poderes distintos – ou três funções de poder: legislativo, executivo e judiciário. Cada um deles possui uma atuação/função típica, não havendo exclusividade, contudo, no exercício de tais funções, mas tão somente preponderância do exercício, o que acaba por caracterizá-los.

Um viés de atuação específico do Estado Executivo que, não raro, se encontra imbricado à preservação do patrimônio cultural, ainda mais por ser considerada uma das grandes indústrias da atualidade, é o turismo.

De forma percuciente, Flores Filho (2010, p. 42) aponta:

A criação do patrimônio cultural é um marco de apropriação da cultura pelo Estado. Mas, atualmente, observa-se, também, um fenômeno inverso. Os bens culturais móveis, os bens imateriais e até mesmo alguns bens imóveis estão se tornando progressivamente objeto da cobiça do homem, estão adquirindo cada vez mais valor de mercado. Em consequência disso, estão se tornando objeto de apropriação privada.

A intervenção estatal obrigatória, em casos que tais, é justamente a de estabelecer políticas públicas que mitiguem a possibilidade de gentrificação, como apontado alhures. Os espaços, antes públicos, ou mesmo de propriedade da população local, passam a ser privatizados e excludentes (FLORES FILHO, 2010, p. 37), esgarçando-se o tecido social que possui vinculação com os valores ínsitos ao patrimônio cultural.

O grande desafio na concretização da intervenção estatal obrigatória é fazer a atuação do Estado situar-se entre a *proibição do excesso* – quando o meio ambiente é alçado a dogma imodificável, ainda que sob o crivo da ponderação com outros princípios – e a *proibição da insuficiência* – quando a atuação estatal é meramente performática ou midiática, sem a profundidade desejada para alcançar a efetiva proteção do bem em questão.

No capítulo seguinte analisaremos a atuação do Poder Judiciário, contribuindo para a preservação na medida em que respeita o princípio da demanda eficiente e da magistratura construtiva (sindicabilidade aprofundada das decisões administrativas e possibilidade de proteção pelo judiciário). Seria esvaziar o conteúdo dos mandamentos constitucionais limitar a atuação da magistratura, definindo-lhe a perfunctória tarefa de interpretação meramente literal das regras jurídicas. Cabe-lhe mais: aferir o cumprimento dos papéis dos demais Poderes na proteção ambiental, inclusive, no que tange à tipificação da ação ou omissão do agente estatal na improbidade administrativa; sindicat os limites da discricionariedade do licenciador e demais órgãos ou instituições que se manifestam no licenciamento ambiental; avaliar eventual mácula ao preceito primário da norma penal, fazendo dar concretude ao seu preceito secundário, dentre outros.

No capítulo 6 será estudado o papel do Poder Legislativo, que protege o direito humano fundamental à preservação do patrimônio cultural através de regramentos abstratos ou concretos. Com efeito, o fundamento maior para a proibição do retrocesso social – que a proteção ambiental deve ser progressiva – é uma forma geral de atuação do Legislativo em prol do meio ambiente. Ainda, a quase ultrapassada discussão sobre a possibilidade de “tombamento” via Poder Legislativo é um exemplo claro de exercício do poder-dever exposto, desta feita debruçando-se sobre casos concretos.

Por fim, a atuação do Ministério Público, estrutura de poder *sui generis* e um significativo *stakeholder*, que detém três importantes garantias constitucionais, as quais lhe propiciam a imparcialidade necessária para tratar do tema, além de representar a sociedade.

4 - PODER EXECUTIVO - PARTICULARIDADES DO ARTIGO 9º DA LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

A lei 6.938/81 constitui importante marco legislativo. Antes de tal diploma legal, não havia uma diretriz geral para a atuação dos poderes estatais, o que permitia a cada Estado estabelecer sua própria política sem um norte que trouxesse maior harmonia entre os entes federativos. A lei de política nacional de meio ambiente criou o “sistema nacional de meio ambiente – SISNAMA”, delimitando instrumentos de atuação bem como diretrizes e metas a serem atingidas em conjunto.

Em seu artigo 9º traz diversos instrumentos que deverão ser utilizados para atingir, conforme preceitua seu artigo 2º, a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, assegurando no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Analisemos alguns desses instrumentos, cuja importância tem se mostrado considerável para a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

4.1 – A AVALIAÇÃO DE IMPACTOS AMBIENTAIS

A locução “crescimento econômico”, não raro, é tratada como sinônimo de “desenvolvimento sustentável”. Celso Furtado (apud VEIGA, 2009), no início da década de 70, apontava na direção da convergência meramente eventual, expondo que esta última implica, também, na tradução do crescimento em qualidade de vida para a sociedade.

Se for certo que todos têm o direito fundamental ao meio ambiente hígido, não menos certo é que todos são titulares, também, do direito ao desenvolvimento, nos moldes da Declaração do Rio de Janeiro de 1992. Isso implica afirmar, conforme Chambault (1985), que nem sempre a visão protetiva ao meio ambiente, lastreada no senso comum, prevalecerá na opção do gestor, uma vez que se avaliam também as vantagens econômicas e sociais daquele.

Desenvolvimento implica, portanto, a realização de atividades e obras, das quais os impactos devem ser previamente analisados. E a compatibilização de tal desenvolvimento com a preservação do meio ambiente impõe a atuação estatal obrigatória através de diversos instrumentos. Ressalta Guerra (2012, p. 26):

[...] para a consecução dos seus objetivos, a Lei nº 6.938/1981 elegeu como instrumento só estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; o zoneamento ambiental; a avaliação de impactos ambientais; o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; os incentivos à produção e instalação de equipamento e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; a criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e as de relevante interesse ecológico, Pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal; o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; o Cadastro Técnico Federal de Atividades e instrumentos de Defesa Ambiental; as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção de degradação ambiental.

A Lei 6.938/81, em seu artigo 9º, incisos III e IV, prevê a utilização de dois instrumentos específicos para a avaliação de tais impactos, repise-se: a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento ambiental. A AIA (Avaliação de Impacto Ambiental) engloba as diversas modalidades de avaliação de impactos ambientais – inclusive as insertas no licenciamento. Assim, o termo abrange as avaliações setoriais e regionais, que podem ser utilizadas para a fixação de políticas públicas em um setor, v. g., a avaliação ambiental estratégica, até questões pontuais, como o EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental) ou RCA/PCA (Relatório de Controle Ambiental/Plano de Controle Ambiental) de determinado empreendimento no bojo de licenciamento ambiental específico.

O Brasil ainda é incipiente no uso das diversas vertentes da AIA, e a atuação do gestor público ainda encontra-se extremamente vinculada à avaliação dos impactos ambientais pontuais dentro de um licenciamento ambiental. Nessa toada, pode-se afirmar que o licenciamento ambiental é, antes de tudo, um instrumento de intervenção e gestão à disposição do Estado – e o instrumento certamente mais utilizado.

Sob outro viés, sua natureza jurídica é, também, de procedimento administrativo, pelo qual ocorre a avaliação dos impactos ambientais de determinado empreendimento ou atividade que utiliza recursos naturais. A partir de tal avaliação, faz-se o cotejo das externalidades negativas e positivas e, então, há a tomada de decisão pela viabilidade, ou não, do empreendimento, definindo-se, no primeiro caso, medidas que venham a recuperar os aspectos afetados, bem como medidas mitigadoras e compensatórias do dano diagnosticado. Segue-se, então, para a

instalação propriamente dita do empreendimento ou atividade, bem como para sua operação.

Na visão de Talden Farias (2010, p.113), o licenciamento ambiental pode ser definido como:

[...] processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente. O fundamento constitucional direto desse mecanismo é o inciso V do § 1º do art. 225 da Carta Magna, que dispõe ser incumbência do Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

O licenciamento é, portanto, um **procedimento administrativo**. E, como procedimento, é composto de vários atos que culminam com o ato administrativo complexo intitulado “licença ambiental”. A própria licença ambiental – segundo o senso comum, aquela que valida o funcionamento do empreendimento – é o culminar desse licenciamento ambiental. No curso deste há, na verdade, o desdobramento em três licenças distintas, cada qual com um desiderato específico, sendo a licença seguinte consectário das demais, tudo em conformidade com a Resolução 237/97, do Conselho Nacional de Meio Ambiente. A Resolução em comento define o licenciamento ambiental em seu artigo 1º, inciso I, *in verbis*:

[...] procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

O esquema abaixo, ainda que simplificado, poderá facilitar o entendimento do *iter* procedimental:

LICENÇA PRÉVIA

- avaliação, através de estudos de impacto ambiental, da viabilidade do empreendimento;
- delimitação das condicionantes e exigências básicas para fases posteriores.



LICENÇA DE INSTALAÇÃO

- Autorização para o início das obras propriamente ditas (instalação do empreendimento);
- a realização das obras poderá trazer novas exigências, em conformidade com a situação fática encontrada.



LICENÇA DE OPERAÇÃO

- possibilita o funcionamento do empreendimento;
- pressupõe o cumprimento dos requisitos e condicionantes estabelecidos nas etapas anteriores.

Ainda, a licença ambiental não possui exatamente as mesmas características que o clássico ato administrativo “licença”, quais sejam, a vinculação e a definitividade. Note-se que há certo grau de discricionariedade do Administrador no balanceamento adrede mencionado, bem como de precariedade, ao menos na limitação temporal da duração de suas etapas. Talvez por isso, Fiorillo (2001) a classifique como um ato com discricionariedade *sui generis*. Assevera Costa Neto (apud ROSA, 2009, p. 105), acerca da licença ambiental, que:

Não permite o desvelamento de todo o complexo embate de interesses e valores que permeiam o procedimento de licenciamento ambiental. Com efeito, imagine-se o licenciamento de uma determinada atividade (p. ex. usina hidroelétrica), cuja realização implique completa inundação ou desflorestamento intenso de uma área detentora de valor ecológico relevante. Por certo, não bastará afirmar, beirando precisão aritmética, o cumprimento de “requisitos legais” para a obtenção da outorga, na medida em que a conclusão sobre o preenchimento ou não de tais condições pressupõe um formidável exercício de ponderação e balanceamento de valores.

A licença prévia parece-nos a mais importante dentre as três apontadas, por ser a declaração do poder público de que o empreendimento é viável nos moldes propostos e na localização determinada, segundo a avaliação das alternativas locacionais apresentadas. A melhor tecnologia para avaliação dos impactos ambientais deve ser, portanto, utilizada na avaliação das externalidades negativas

desde tal momento.⁵⁷ A avaliação, sem profundidade, de impacto ambiental implicará medidas de mitigação e compensação, caso concedidas as demais licenças, aquém do quanto exigido para a higidez ambiental. E isso se torna ainda mais grave na seara do patrimônio cultural sobre a qual recai o princípio da matriz finita. A perda de um bem de expressivo valor para a cultura é, na maioria das vezes, irrecuperável. Nessa linha, afirma Soares (2009, p. 413), inclusive reforçando a aplicabilidade do princípio da precaução:

O princípio ambiental da precaução é um dos pilares mais importantes para a tutela do patrimônio cultural material e imaterial. A consagração desse princípio impôs, em definitivo, a adoção do enfoque da prudência e da vigilância na aplicação do direito ambiental às condutas e atividades lesivas aos bens que integram ao meio ambiente, em detrimento do enfoque da tolerância e da certeza científica. O caráter peculiar da irreversibilidade do dano causado a um bem ambiental ressalta a necessidade de que todos os estudos e análises considerem o risco a que está exposto o bem cultural localizado na zona direta ou indireta do empreendimento.

Mas como avaliar os impactos ambientais no meio ambiente cultural especificamente? De novo, parece ser imprescindível avaliar os valores ínsitos ao bem protegido. Nos dizeres de Castriota (2009, p. 15):

Como sabemos hoje, só uma compreensão acurada dos valores percebidos pelos diversos “agentes” – valores esses que definem seus objetivos e motivam suas ações – pode nos fornecer uma perspectiva crítica para a gestão estratégica sustentável e de longo prazo para os bens culturais.

Tal avaliação, então, mercê da multidisciplinaridade do licenciamento ambiental, poderá implicar utilização de equipe formada por sociólogos, antropólogos, assistentes sociais, historiadores, cientistas da conservação, engenheiros, geólogos etc. em diversas metodologias de avaliação que trariam suporte suficiente para as decisões do gestor público. Há que se lembrar da tríade, apontada pelo Getty Conservation Institute, para a conservação: ciência, gestão e significância cultural.

Declarada, então, a viabilidade ambiental, segue o licenciamento para a etapa seguinte: aquela que poderá culminar na licença de instalação. Neste ponto, abre-se a possibilidade de realização das obras que conferirão a estrutura ao empreendimento. Por fim, executadas tais obras em conformidade com o quanto licenciado, o procedimento finaliza-se com a licença de operação.

⁵⁷ O uso da melhor tecnologia no licenciamento ambiental terá aprofundamento na seção 11.2

A licença ambiental de operação é *rebus sic stantibus*: o licenciado poderá atuar *enquanto as* condições avençadas e/ou delimitadas forem cumpridas. O licenciamento acaba por delimitar, inclusive de forma temporal, para utilização e renovação da “autorização” governamental, o direito do licenciado. A mesma resolução CONAMA, em seu artigo 19, assevera da possibilidade de modificação, suspensão ou cancelamento das licenças expedidas. Assim, caso surjam tecnologias mais limpas, ainda que no curso do empreendimento, o Estado pode – e deve – exigir sua utilização, sempre sopesando ônus e bônus.

A licença ambiental é, também por esse viés, um ato administrativo complexo *sui generis*, que não se adequa exatamente aos moldes do direito administrativo clássico, o qual diferencia a autorização da licença justamente pela temporariedade e existência, ou não, de direito subjetivo ao provimento estatal.

Ainda Soares (2009, p. 413) comentando as palavras de Machado, segue com suas assertivas:

A percepção do risco para o patrimônio cultural como bem ambiental conduz à necessidade de exigência de avaliações e estudos multidisciplinares antes da implantação de empreendimentos potencialmente impactantes. Se, nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado, ainda é prematuro estabelecer regras rígidas para a aplicação do princípio da precaução, no caso de alguns bens culturais, como os bens arqueológicos ou os bens paleontológicos, a certeza da existência de risco está sempre presente, embora não se possam dimensionar antecipadamente os efeitos de tal risco.

E, enfatizando a necessidade de aplicação do princípio da precaução, adrede comentado, continua (Soares, 2009, p. 413):

Esse princípio acarreta, no âmbito administrativo, a inversão do ônus da prova para a caracterização da lesão ao meio ambiente, impondo ao empreendedor, diante de elementos confiáveis (mas passíveis de contestação científica) a respeito da degradação, a comprovação cabal de que sua atividade não é (ou não será) significativamente degradadora da qualidade ambiental e dos bens que integram o meio ambiente, autonomamente considerados. Ao órgão licenciador cabe, quando não apresentada, exigir tal comprovação sob pena de afronta aos princípios da Administração Pública e, principalmente, do princípio da precaução.

4.1.1 A Tridimensionalidade do Licenciamento Ambiental

Conforme demonstrado, o Licenciamento Ambiental é um procedimento administrativo trifásico e um instrumento de gestão governamental, uma forma de

cumprimento do princípio da intervenção estatal obrigatória. E a avaliação das máculas causadas pelo empreendimento ou atividade recai, basicamente, sobre três dimensões do meio ambiente: social, natural e cultural.

A dimensão social tem se mostrado uma das mais difíceis de ser corretamente avaliadas, acarretando danos que acabam, também, por atingir a dimensão cultural, pois não há cultura sem o agente que lhe confira valor. Encontram-se as duas dimensões em tela totalmente imbricadas. A avaliação implica em efetivo acompanhamento, por interregno considerável, dos grupos sociais afetados por empreendimento causador de significativo impacto ambiental. O acompanhamento deve ser anterior à implantação do empreendimento, continuando, durante todo o seu transcorrer, a avaliar os modos de viver e fazer da comunidade atingida.

O diagnóstico dos impactos, ao menos formalmente, concretiza-se na fase da avaliação de viabilidade do empreendimento ou atividade, vale dizer, antes da emissão da licença prévia. Não raro, contudo, as avaliações em questão são feitas de modo exíguo, açodado, ou mesmo postergadas pela determinação de sua complementação como condicionante da licença prévia. Traduzindo, a voz daqueles afetados pelo empreendimento – que, na sociedade de risco, poderão ser grupos sociais que sequer auferirão quaisquer bônus com a sua realização – nem sempre é ouvida ou considerada.

Ainda na fase da licença prévia, tal “voz” se faz presente, de forma direta, em sendo o impacto ambiental significativo, durante as audiências públicas, as quais se encontram previstas na Resolução CONAMA 237/97, artigo 3º, *caput*.

Analisando “Os impactos socioambientais e as medidas mitigadoras/compensatórias no âmbito do licenciamento ambiental federal das atividades marítimas de exploração e produção de petróleo no Brasil”, Mônica Serrão observa:

Portanto, no contexto do licenciamento, um determinado grupo social (técnicos governamentais) aceita o risco ambiental em nome de outros grupos sociais que serão afetados pelo empreendimento, sem que se conheça em profundidade suas necessidades, sua percepção de risco e sem levar em conta seus medos e ansiedades sobre o que aquele empreendimento causará em suas vidas. Isso ocorre em nome de quem e de quem? A quem essas decisões de Estado de fato beneficiam? A quem de fato o Estado está atendendo? Quem fica com o ônus, representado pelos impactos e riscos socioambientais, e quem fica com os benefícios, dessa distribuição que vem sendo estabelecida pelo Estado brasileiro? Nesse contexto, caracterizado por uma desigualdade “estrutural” entre os diferentes grupos sociais que compõem a sociedade brasileira, o Estado, na maioria das vezes, acaba por favorecer aos grupos econômicos, em nome de um modelo de desenvolvimento que prioriza o crescimento econômico,

em prol das demais dimensões do desenvolvimento (social, ambiental, cultural, etc) (Disponível em: <[http://www.uff.br/macaeimpacto/OFICINA MACAE/pdf/16_MonicaSerrao.pdf](http://www.uff.br/macaeimpacto/OFICINA_MACAE/pdf/16_MonicaSerrao.pdf)>. Acesso em 28 jul. 2012).

Reforçando a ideia de que se faz imprescindível a efetiva participação popular no licenciamento ambiental, a Declaração do Rio, de 1992, em seu Princípio 10, afirma que:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes.⁵⁸

Noutra ponta, a dimensão natural ainda é a mais corrente nos debates que dizem respeito a licenciamentos ambientais e aquela cujo diagnóstico é, por certo, mais objetivo. A própria valoração dos danos ambientais naturalísticos é objeto de várias teorias e intensa discussão doutrinária, sendo mais facilmente quantificada que as outras dimensões apontadas.⁵⁹

Por fim, a dimensão cultural. Esta implica, tal qual a social, despir-se de preconceitos e entender a sociedade para a qual o bem cultural se mostra importante. E, mais uma vez se faz imprescindível frisar, o correto diagnóstico dos impactos é basilar para a fixação de adequadas medidas mitigatórias e compensatórias ou mesmo para a negativa de implementação da atividade ou empreendimento.

Concorda-se, então, com Soares (2009, p. 418), que repisa:

Em caso de participação do órgão cultural no licenciamento, nessa fase que antecede a expedição da Licença Prévia, o IPHAN (ou órgão estadual ou municipal equivalente) indicará quais estudos e documentos precisam para a avaliação do empreendimento, sob a vertente do patrimônio cultural. Existe, inclusive, a hipótese de impossibilidade de aceitação das alternativas locacionais colocadas por um dano irreversível à bem arqueológico, paleontológico, paisagístico, entre outros, ou mesmo a necessidade de

⁵⁸ O texto está disponível em <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 04.08. 2012.

⁵⁹ Para aprofundamento, ver STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

complementação do material apresentado para nova análise antes da expedição da Licença Prévia.

4.1.2 Aspectos federais do licenciamento ambiental

No âmbito da dimensão cultural do licenciamento, há inúmeros desafios a serem vencidos. Alguns, já expostos acima, derivam da própria complexidade do tema. Outros, da obscura divisão de atribuições entre União, Estados e Municípios, agravados pela multidisciplinaridade que traz para licenciamentos municipais ou estaduais temáticas vinculadas às Instituições federais.

Considere-se, v. g., uma comunidade que tem como seu núcleo determinado sítio urbano tombado em âmbito federal – caso das cidades históricas mineiras. O gencentrismo originado pelo fomento desenfreado da indústria do turismo pode implicar ruptura do valor identitário de tais localidades. Lado outro, a insurgência, ou ressurgência, de empreendimentos licenciados em âmbito estadual, como a mineração,⁶⁰ também implicam risco de degradação ao patrimônio cultural de matriz finita. O dilema encontra-se nas mãos do gestor público, mercê da intervenção estatal obrigatória. O necessário detalhamento dos perigos, a avaliação dos riscos, o equilíbrio entre desenvolvimento e preservação, não raro, implicam a demora do procedimento, ou mesmo na judicialização das discussões que, a princípio, estariam tão somente no âmbito da discricionariedade do gestor.

Nas palavras de Rosa (2009, p.151):

[...] a licença ambiental – objetivo e decisão da qual resulta o licenciamento ambiental – constitui um acoplamento estrutural entre os sistemas político, jurídico, econômico e ecológico. A despeito da relevância deste ato administrativo do Direito Ambiental, essencial à prevenção e controle dos danos ao meio ambiente, a licença ambiental tem sido definida pelos setores políticos e empresariais como um entrave ao desenvolvimento econômico do Brasil (grifou-se).

Nessa linha, o licenciamento ambiental insere-se muito além de mero instrumento de controle das atividades públicas e privadas, sendo meio para decisões razoáveis dentro de um contexto político. A participação das diversas

⁶⁰ O fator determinante para a definição do licenciador ambiental é a amplitude do dano, conforme Lei Complementar 140/2011, e não a dominialidade do bem.

esferas de poder em tal instrumento é imprescindível – e faz-se como consectário do artigo 23 da Constituição da República, concretizando o ideário do SISNAMA.

Com efeito, a almejada interlocução entre Município, Estado e União é o ponto nevrálgico do sistema em tela. É justamente no licenciamento ambiental que tal interlocução se verifica de forma mais evidente, prática e próxima da realidade do cidadão afetado pelo empreendimento.

A Resolução 237 do CONAMA e a Lei Complementar 140/2011 lastreiam a divisão de atribuições entre as três esferas, sendo certo que o quantitativo de licenciamentos, em âmbito federal, é infinitamente inferior ao número daqueles concretizados em âmbito estadual, até porque aqueles derivam de impactos regionais ou em toda a federação, o que se mostra mais raro.

O relatório de gestão do IBAMA relativo ao ano de 2010 aponta para um total de 227 procedimentos de licenciamento iniciados; no mesmo período, somente em Minas Gerais, e em relação aos empreendimentos classificados nas classes 3 a 6, foram 436 procedimentos novos.⁶¹ Há, portanto, preponderância de licenciamentos em âmbito estadual, o que vai ao encontro do quanto definido pela Lei 6.938/81, artigo 10.

O fato de o licenciamento tramitar em âmbito estadual ou municipal não afasta, necessariamente, o interesse da União. Como é cediço, o procedimento de licenciamento é o conjunto de atos que culminam nas licenças ambientais. Estas, por seu turno, ainda que sejam etapas que “caminham” para o resultado final – a operação do empreendimento –, na verdade são atos administrativos complexos, que exigem, na maioria dos casos, a participação de mais de uma esfera de poder. Assim, ainda que o licenciamento se desencadeie preponderantemente em âmbito estadual, a interferência federal, através de seus órgãos, é constante.

Assevera Milaré (2009, p. 535):

Ao contrário do licenciamento tradicional, marcado pela simplicidade, licenciamento ambiental é ato uno, de caráter complexo, em cujas etapas podem intervir vários agentes dos vários órgãos do SISNAMA, e que deverá ser precedido de estudos técnicos que subsidiem sua análise, inclusive de EIA/RIMA, sempre que constatada a significância do impacto ambiental.

⁶¹ Dados extraídos do SIAM e do endereço eletrônico <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/acesso_a_informacao/ibama_gestao_2010.pdf>. Acesso em 21.01.2013. Os graus de impacto ambiental, em Minas Gerais, são determinados pela convergência de vários fatores, conforme Deliberação Normativa COPAM 74/09.

Resta evidente, portanto, que a ausência de participação de qualquer um dos legitimados por lei vicia a licença como ato complexo, exigindo a declaração de sua nulidade.

Saindo do lugar comum da discussão sobre atuação federal, em virtude da existência de comunidades indígenas e quilombolas, impende analisar tanto particularidades do licenciamento em âmbito federal, quanto daqueles realizados pelo município ou Estados e que exijam a participação de entes ligados à Administração Pública Federal.

Considerando que a licença prévia destina-se a avaliar a viabilidade do empreendimento, também estabelecendo sua melhor localização, o “norte” de todos os estudos deverá estar estabelecido no início do procedimento de licenciamento. E tal “norte” é o “termo de referência”, expedido pelo licenciador.

4.1.2.1 Termo de Referência

Os estudos de impacto ambiental devem ser realizados a partir de limites e requisitos determinados pelo “órgão” licenciador. Tal afirmação é corolário do princípio constitucional da Intervenção Estatal Compulsória, também mencionado por Rosa (2009, p. 77):

O artigo 225, caput, da Constituição Federal prescreve que: “O Poder Público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.” Este princípio advém do dever genérico do Estado de proteger e defender os direitos fundamentais. Este dever manifesta-se por atitudes positivas (assegurar e proporcionar a higidez do meio ambiente) e negativa (não agir de forma prejudicial ao meio ambiente).

Logo em um primeiro momento surge a dúvida: quem é o “órgão” licenciador em âmbito federal? A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, mais uma vez, auxilia a compreender a temática, asseverando, em seu artigo 10, § 4º:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989) (grifou-se).

O texto, todavia, foi derogado pela Lei Complementar 140, que permaneceu silente, determinando apenas que o licenciamento fosse feito em um único ente federativo – não mais afirmando ser o IBAMA a autarquia responsável. A nova redação assim ficou: “Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.”

Ora, tanto o IPHAN como o IBAMA são partes integrantes da Administração Pública, ainda que indireta, no mesmo ente federativo – a União. E parece que nem mesmo o artigo 2º, inciso II, da Lei 7735/89, que criou o IBAMA, poderia servir como argumento para delimitar que cabe à autarquia vinculada ao meio ambiente naturalístico a atribuição de processar o licenciamento.

Nessa toada, a portaria interministerial 419/2011, que regulamenta a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, ainda que seja anterior a LC 140/2011, pode servir como fundamento para asseverar que o licenciamento tramitará junto ao IBAMA. Além de delimitar prazos para as manifestações dos envolvidos, define, em seu artigo 2º, inciso V, o licenciamento ambiental na seara federal:

[...]
V – Licenciamento ambiental: procedimento administrativo pelo qual o IBAMA licencia a localização, instalação, ampliação e operação de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais considerados efetiva ou potencialmente poluidores, ou daqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso;
[...] (grifou-se).

A discussão, então, parece cerebrina. Contudo, em 5 de julho de 2012, o Ministério da Cultura, que também assinara a Portaria 419/2011, publicou a Portaria 92, que aprova o regimento interno do IPHAN. Em seu artigo 108, afirma estar inserido na atribuição das Superintendências locais da autarquia o licenciamento cultural. Eis o trecho:

Art. 108. Às Superintendências do IPHAN compete:

[...]

XIV - analisar e aprovar o licenciamento cultural nos Estudos de Impacto Ambiental – EIA e Relatórios de Impacto ao Meio Ambiente – RIMA no que se refere aos bens culturais, no âmbito de sua circunscrição, em conformidade com os preceitos constitucionais e a legislação vigente;

[...]

A redação não nos parece a melhor, deixando margem à interpretação de que se teriam dois licenciamentos distintos: um, naturalístico; e outro, cultural. Nesse sentido, imediatamente se manifestou o escritório Buzaglo Dantas:

Nesse cenário surge a Resolução 92/12, do Ministério da Cultura, publicada no Diário Oficial de 09 de julho de 2012, instituindo o Regimento Interno do IPHAN. Esperava-se que essa resolução tratasse apenas das normas de organização interna do Instituto e que jamais contrariasse a já referida Lei Complementar. Ocorre, contudo, que mais uma vez, em se tratando de licenciamento ambiental, os órgãos continuam afrontando a legislação federal com suas normas internas. Com isso, além de ferir de morte o princípio da legalidade, criam problemas e insegurança jurídica a todos envolvidos no licenciamento ambiental (Disponível em: <<http://www.buzaglodantas.adv.br/2012/07/novo-regimento-interno-do-iphan-analise-da-portaria-92-de-05-de-julho-de-2012-e-a-constatacao-de-sua-ilegalidade-quanto-a-atuacao-do-iphan-nos-processos-de-licenciamento-ambiental>>).

Não nos parece, contudo, ser possível tal interpretação. Note-se que a redação, pouco clara, deixa entrever que a intenção era atribuir ao IPHAN a análise do recorte cultural dos licenciamentos ambientais, através dos estudos específicos, exigidos pelo órgão licenciador (o IBAMA ou outro “órgão” de esfera distinta) e não a “aprovação do licenciamento cultural” no EIA-RIMA, até porque isso sequer existe. Não há licenciamento cultural *em* estudos de impactos ambientais, mas, sim, o inverso: licenciamentos ambientais com estudos de impactos “culturais”, leia-se, no meio ambiente cultural.

Delimitado, então, ser o IBAMA a autarquia responsável pelo trâmite do licenciamento, em âmbito federal, resta saber como o IPHAN se manifestará no curso desse procedimento. A Portaria Interministerial 419/2011 fixou prazo exíguo de quinze dias para que o IPHAN e demais entidades se manifestassem sobre o termo de referência fixado pelo IBAMA. Caso quedem-se inertes, tal termo de referência será considerado “consolidado”, ou seja, imutável. Ao depois, entregue o EIA-RIMA lastreado em tal termo, seguem-se tão somente noventa dias para manifestação, com apenas uma oportunidade para solicitação de estudos complementares.

Afirma a Portaria:

Estudos sobre o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (ANEXO III-D): Sob a responsabilidade do IPHAN, os estudos devem localizar, mapear e caracterizar as áreas de valor histórico, arqueológico, cultural e paisagístico na área de influência direta da atividade ou do empreendimento, com apresentação de propostas de resgate, quando for o caso, com base nas diretrizes definidas pelo Instituto. Modelo de TR com o conteúdo mínimo de tais estudos constitui o Anexo III-D desta Portaria.

De uma leitura atenta do referido Anexo III-D, que figura como suposto termo de referência, genérico, do IPHAN, observa-se tão somente uma descrição, sem aprofundamento, dos objetivos do EIA para avaliação do patrimônio cultural. Assim, caso o IPHAN não se manifeste nos prazos quinze dias mencionados, o empreendedor trará estudos ao licenciamento os quais irão balizar todas as decisões futuras com pouquíssima ingerência da autarquia. Mais uma vez, o meio ambiente cultural foi relegado a plano inferior ao naturalístico.

Ainda, a Resolução CONAMA 01/86, em seus artigos 5º e 6º, traz o conteúdo mínimo do Estudo de Impacto Ambiental, o qual será complementado de acordo com as exigências contidas no termo de referência, delimitado pelo licenciador. Em âmbito federal, o IBAMA, pela Instrução Normativa nº 65, de 13.04.08, a qual instituiu o Sistema Informatizado de Licenciamento Ambiental, publicou o termo de referência padrão para os licenciamentos federais, devendo ser acrescentadas exigências de outras linhas de estudo, ou mesmo de aprofundamento daquelas adrede estipuladas, espelhando as particularidades contidas em cada caso. A intervenção do órgão público, mercê dos princípios da intervenção estatal obrigatória, da prevenção e da precaução, portanto, deve ser estágio inicial do licenciamento ambiental propriamente dito, consistindo em ilegalidade a fixação de verdadeiros termos de referência pelo particular, sem qualquer intervenção estatal, o que, não raro, ocorre.

Apenas para que melhor se compreenda a extensão do problema, tome-se por base o termo de referência do IBAMA para estudos de impacto ambiental relativos aos aproveitamentos hidrelétricos. Contando com 28 páginas, e podendo ser acrescido de detalhes no caso concreto, chega a delimitar em que padrão deverão ser entregues imagens georreferenciadas, qual o prazo de monitoramento hidrológico etc.⁶² Já no termo de referência do IPHAN, básico, de uma página, a ser

⁶² Confira: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibama.gov.br%2Flicenciamento%2Fmodulos%2Farquivo.php%3Fcod_arqweb%3Dtr_uhe&ei=N8f_UNyUFYXA0QHjyYHACA&usg=AFQjCNFBuzBn5gWbP7-J0JOFiMG5ruXxlQ&sig2=KSSIk2Yj07GCjvkHYy0O7w>. Acesso em: 22.01.2013.

complementado em 15 dias, nada se menciona sobre a forma dos documentos a serem entregues, como se realizarão pesquisas de campo com a população atingida, se haverá estudo sobre o significado cultural (valoração) do bem etc.

O IPHAN ainda precisa se desincumbir de seu papel de estabelecer, de forma geral ou mesmo pontualmente (caso a caso), termo de referência com a devida profundidade para tal viés do procedimento de licenciamento, o que causa grande incerteza jurídica. Para além do evidente problema gerado – ausência de dados suficientes para avaliação do impacto cultural –, poderá ocorrer demora indesejável no procedimento de licenciamento, pois esse é iniciado no IBAMA – ou em órgão de estadual ou municipal – e, depois, é solicitada a manifestação do IPHAN, que delimitará o necessário para sua avaliação ou, caso contrário, acabará por solicitar complementação dos estudos, em momento posterior.

Tais vicissitudes do procedimento, criadas pelo próprio gestor público, pouco sensível ao sucateamento dos órgãos federais e à importância do objeto a cuja proteção estes se destinam, ratificam a equivocada ideia do licenciamento como um entrave. A questão ambiental deveria ser pensada de forma concomitante às próprias opções políticas de fomento a determinadas áreas de infraestrutura e outras causadoras dos significativos impactos. Observe-se que as discussões sobre as grandes máculas ambientais, inserindo-se o patrimônio cultural, nos últimos anos, têm girado claramente em torno de obras do próprio Executivo. Sobre o tema, afirma Rosa (2009, p. 112-113), citando Fearnside:

A despeito da função primordial do meio ambiente ecologicamente equilibrado atribuída pela Lei 6.938/81, a observação da implementação do sistema político brasileiro revela permanente falta de perspectiva da sustentabilidade na busca do desenvolvimento econômico. A ausência da dimensão ambiental nas decisões políticas é notória na realidade brasileira e causa de inúmeros conflitos. Conforme observa Philip Fearnside, cientista americano, com a autoridade de quem desenvolve há décadas pesquisas sobre desmatamento da floresta amazônica, à frente do Instituto de Pesquisas Amazônicas – INPA, “os Ministérios do Planejamento, Transporte, Minas e Energia tomam decisões estruturantes, que vão desencadear os problemas”, e “depois fica por conta do meio ambiente controlar as consequências”.

Por outro lado, a inércia estatal não pode servir como fundamento para que o próprio particular, no caso de licenciamentos ambientais de obras privadas, realize o

licenciamento apoiado em EIA sem balizamentos estatais, o que pode viciar todo o procedimento caso tal estudo se mostre falho. Sobre o tema, assevera Machado (2001, p.161):

O estudo de impacto ambiental é um procedimento público. Dessa forma não é possível entender-se como tal um estudo privado efetuado por uma equipe multidisciplinar sob encomenda do proponente, uma vez que é imprescindível a intervenção do órgão público ambiental desde o início do procedimento.

Até o momento, as considerações feitas sobre o Termo de Referência aplicam-se, ressalte-se, a quaisquer licenciamentos, sejam federais, estaduais ou mesmo municipais. Havendo indícios de que objeto protegido em âmbito federal possa ser maculado por empreendimento licenciado em outras esferas, também naquelas o IPHAN deverá participar, desde o início, do procedimento, delimitando profundidade, objeto e metodologia a serem utilizadas para o diagnóstico correto dos impactos.

Bastante comum, ainda, a consideração meramente pontual dos empreendimentos, sem observar o contexto ambiental no qual se encontram inclusos, como se os impactos cumulativos e sinérgicos de diversos pequenos empreendimentos não fossem, na maioria das vezes, superiores a um único empreendimento de grande porte, mais bem diagnosticado e controlado. Em Minas Gerais, v. g., observa-se a deposição de poeira e óxido de ferro nos “Profetas” de Aleijadinho, localizados na cidade de Congonhas, o que se concretiza – e se potencializa – pela atuação concomitante de diversas mineradoras na região. A avaliação dos impactos cumulativos e sinérgicos evitaria ou, ao menos, mitigaria as máculas que são visualizadas, frise-se, pontualmente, o que obscurece a amplitude do problema. Uma responsável gestão pública levaria em conta esses impactos e exigiria, então, no TR, o aprofundamento de estudos.

A ciência muito pode contribuir para evitar, mitigar ou mesmo delimitar compensações pelos danos. Mas ela precisa ter tempo para acessar dados, coletá-los de forma fidedigna e analisá-los. Em trabalho realizado por equipe multidisciplinar, tendo como objeto os projetos mineradores e siderúrgicos de Congonhas, desenvolvidos como fruto de compensatória ambiental avançada com o Ministério Público Estadual por empreendimento mineral na área em questão, os

profissionais envolvidos apontaram os seguintes óbices, já intuitivos para quem atua diuturnamente no meio:

Os impactos ambientais do conjunto de empreendimentos que diferentes empresas pretendem implantar ou ampliar em Congonhas e imediações, inegavelmente têm caráter cumulativo no espaço e no tempo. Entretanto, nem as empresas nem o órgão licenciador tem uma visão de conjunto desses impactos.

Os resultados, até o momento, permitem confirmar a percepção de que a prática atual do licenciamento ambiental não leva em conta os impactos cumulativos dos projetos co-localizados. Foi constatado que: (i) os EIAs não mencionam impactos cumulativos; (ii) os EIAs não propõem programas ambientais para mitigar ou compensar os impactos cumulativos e (iii) o órgão licenciador desconsidera os impactos cumulativos em suas decisões sobre licenciamento e não exige programas de monitoramento capazes de detectar satisfatoriamente os impactos cumulativos.

Ademais, os estudos ambientais (EIAs e RADAs) consultados não são fontes satisfatórias para a avaliação de impacto cumulativo devido a inconsistência dos dados e informações para descrever nem os indicadores de pressão, nem os indicadores de estado, assim como devido à grande variedade de métodos e formas de apresentação de informações tanto nos capítulos referentes à caracterização de cada empreendimento quanto nos diagnósticos ambientais (Disponível em: <http://avaliacaodeimpacto.org.br/wp-content/uploads/2012/10/098_impactoscumulativos.pdf>).

Ressaltando a importância, também, do diagnóstico social, que pode e deve ser exigido pelo TR, inclusive delimitando-se a metodologia a ser utilizada, interessantíssimo estudo patrocinado pelo Ministério das Minas e Energia e pelo Centro de Tecnologia Mineral (CETEM) aponta para a seguinte conclusão – que certamente não é diversa em outros tipos de empreendimento:

Para as empresas o trato com o social ainda é um grande desafio, já que historicamente elas não foram orientadas para isso. Todavia, o imperativo da sustentabilidade requer uma nova postura face às questões sociais. Pasco-Font *et al.* (2003) estabelecem três tipologias de atuação da empresa em relação à comunidade: “assistencialista”, “produtiva” e de “desenvolvimento sustentável” (Fernandes *et al.*, 2007a). O que se observa pelos casos apresentados é que as empresas ainda atuam muito mais em atividades assistencialistas (doações para clubes esportivos, reformas de hospitais, de igrejas, de praças, etc.), compensatórias (impostas pelos requisitos do licenciamento ambiental), ou motivadas pela expectativa de receber algum tipo de incentivo (Lei *Rouanet*, dedução de parcela do lucro real devido no Imposto de Renda), do que em um projeto efetivo de fortalecimento social que, de fato, contribua para a redução das assimetrias entre a grande mina e as populações locais. A lógica das empresas ainda não absorve o capital social, o lucro social, enquanto um ativo importante

(Disponível em: <http://www.cetem.gov.br/publicacao/livros/Vol_1_GRANDES_MINAS_TOTAL.pdf>).⁶³

Conclui-se, portanto, que o termo de referência, delimitando a amplitude, objetivos e metodologia a serem utilizadas nos estudos de impacto ambiental, confere maior celeridade e segurança no licenciamento, culminando com atuação eficiente da Administração Pública.

4.1.2.2 Arqueologia

Outro tema que merece recorte especial nesse estudo, especificamente nesse ponto da inserção federal nos licenciamentos ambientais, é a arqueologia. Desnecessário dizer que tal patrimônio pode ser encontrado em uma obra no fundo de um quintal ou mesmo na construção de uma grande hidrelétrica, perpassando, então, as diferentes esferas federais do licenciamento. Além disso, o IPHAN destinou-lhe especial atenção, ao publicar portarias que servem como uma espécie de termo de referência no trato com a matéria. Isso sem mencionar que vem buscando se atualizar em sua importante missão de salvaguardar o conhecimento oriundo das pesquisas arqueológicas ou mesmo da arqueologia de contrato.

Necessário, então, definir patrimônio arqueológico.

A definição de “patrimônio arqueológico” encontra-se na Carta para Proteção e Gestão do Patrimônio Arqueológico, ICOMOS, Lausanne, em 1990, *in verbis*:

[...] compreende a porção do patrimônio material para a qual os métodos da arqueologia fornecem os conhecimentos primários. Engloba todos os vestígios da existência humana e interessa todos os lugares onde há indícios de atividades humanas não importando quais sejam elas, estruturais e vestígios abandonados de todo o tipo, na superfície ou sob as águas, assim como o material a eles associados.

O poder de polícia do IPHAN encontra-se apoiado tanto no dispositivo constitucional que inseriu a arqueologia como um elemento do patrimônio cultural, como também na Lei 3.924/61. Além disso, a Recomendação sobre a conservação dos bens culturais ameaçados pela execução de obras públicas ou privadas,

⁶³ O compêndio em tela é de imprescindível leitura para quem pretende entender um pouco mais como funciona, na prática, o licenciamento ambiental de grandes empreendimentos.

exarada pela Conferência Geral da UNESCO, em sua 15ª Sessão, em Paris, datada de 19 de novembro de 1968, afirma que os países que compõem o referido organismo internacional devem assegurar que seja realizado o salvamento ou o resgate dos bens culturais situados em local que deva ser transformado pela execução de obras públicas ou privadas. Há, por oportuno, rol exemplificativo de tais interferências, como as obras de expansão ou renovação urbana; a construção ou alteração de vias de grande circulação; a construção de barragens para irrigação, produção de energia hidrelétrica ou controle de inundações; a construção de oleodutos e de linhas de transmissão de energia elétrica; os trabalhos agrícolas, como a aradura profunda de terras, as operações de ressecação e de irrigação, desmatamento e nivelamento de terras e reflorestamento, bem como os trabalhos exigidos pelo desenvolvimento da indústria e pelos progressos técnicos das sociedades industrializadas, como a construção de aeródromos, exploração de minas e pedreiras e a dragagem e recuperação de canais e de portos.

Assim, tal qual o IBAMA, quer seja pelo chamamento do licenciador, quer seja pelo conhecimento *sponso próprio* ou incitado por terceiros, cabe à autarquia a atuação na avaliação do projeto.

Com efeito, o IPHAN conta com banco de dados “registrando” os sítios arqueológicos, conforme artigo 27 da lei apontada. Tais dados são públicos e figuram como um meio de concretizar o princípio da participação popular. Nessa toada, merecem ser inseridos nas verificações do licenciador, cotejando a área direta ou indiretamente atingida com as coordenadas indicadas nos arquivos em comento. Assim, frise-se, não somente os estudos feitos pelo empreendedor podem apontar a incidência, como deverá o licenciador manter atitude proativa, cotejando dados públicos com aqueles apresentados no projeto.

Ainda, há verdadeira afetação de tais bens, na esteira do quanto asseverado por Soares (2009, p. 256):

Os bens arqueológicos, sejam móveis ou imóveis, emersos ou submersos, são sempre bens público federais. E mais: são bens públicos afetados para uso especial que é a produção de dados e informações acerca do modo de vida dos nossos antepassados e de suas relações sociais e com o meio.

Assim, a atuação do IPHAN se traduz, também e principalmente, na proteção dessa destinação especial dos bens arqueológicos e deve ser norteada – e nessa seara com extrema importância – pelo princípio da prevenção. Além disso, suas

autorizações, externalizadas para pesquisa, diagnóstico e resgate, através de portarias, não têm o condão de desafetar os bens em tela, mantendo-se nestes, até ato específico destinado a tal mister, a afetação apontada. Absolutamente irregular, portanto, o resgate de material, nas chamadas atividades de “arqueologia de contrato”, com depósito sem qualquer pesquisa e/ou exposição.

Nessa senda, o IPHAN publicou três portarias que normatizam o tema, a saber: a 07/88, a 28/2003 e, especificamente para a arqueologia subaquática, a 230/2002. É comum, todavia, observar-se descompasso entre as etapas estabelecidas por tais normativos e aquelas do licenciamento ambiental, em atropelo que poderá levar a perdas de significativos elementos de nossa cultura.

Anteriormente à concessão da licença prévia, deve ser realizada a pesquisa da área direta e indiretamente afetada, acompanhando as fases da concessão da licença de instalação e da licença de operação, respectivamente, a prospecção e o resgate do material.

Nesse ponto, impende observar que a importância do sítio arqueológico poderá demandar a escolha de alternativa locacional que não aquela apontada pelo empreendedor como mais viável diante de critérios outros, geralmente econômicos, ou mesmo pelo licenciador originário, razão pela qual, mais uma vez, demonstra-se a necessidade de trabalho conjunto e coordenado das esferas distintas de poder – e, frise-se, desde o início das tratativas. O que importa, na seara arqueológica, é o conhecimento apreendido dos artefatos, de seu posicionamento em solo inclusive, razão pela qual a conservação *in situ*, por vezes, mostra-se mais conveniente que o resgate. Noutra ponta, a proximidade de obras com sítios importantes pode ser evitada, prevenindo-se danos irreversíveis, o que deve ser objeto do licenciamento.⁶⁴

⁶⁴ Exemplo é o ocorrido no sítio Córrego do Maranhão, localizado na cidade de Carangola, Minas Gerais. A despeito de sua importância, reconhecida em virtude de diversos trabalhos de pesquisa realizados na localidade, eis que o sítio permitia a revisitação, obras de instalação de mineroduto que ligará Minas Gerais (Conceição do Mato Dentro) a porto no Rio de Janeiro (São João da Barra) o destruíram parcialmente. Em que pesem as medidas de compensação ambiental, delimitadas em acordos com os Ministérios Públicos Estaduais e Federal, bem como medidas preventivas a novos danos, a mácula poderia ter sido evitada se no curso do licenciamento o traçado do duto proposto pela empresa tivesse sido modificado, em melhor alternativa locacional, favorável à proteção do patrimônio cultural. As portarias para diagnóstico, prospecção e resgate, emitidas pelo IPHAN, não se basearam em qualquer análise técnica aprofundada dos estudos de impacto ambiental. A própria empresa que atuou na denominada “arqueologia de contrato” apontou para o perigo imposto pelas obras e a gravidade do risco a que se encontrava submetido o sítio, mas nenhuma medida preventiva foi delimitada pela autarquia.

Com efeito, se é certo que as Cartas Internacionais não possuem força coercitiva, também é correto afirmar que servem como base principiológica e norte para a atuação dos diversos atores. Nessa discussão, insere-se, então, o princípio da conservação *in situ*, contido na Recomendação de Nova Delhi, exarada na 9ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, realizada em 1965. O princípio em tela:

[...] atribui ao Estado a obrigação de manutenção de um determinado número de sítios arqueológicos, de diversas épocas, intactos, total ou parcialmente, para que sua exploração possa ser beneficiada pelos progressos da técnica e pelo avanço dos conhecimentos arqueológicos.

Ainda, e na mesma linha, a Carta de Lausanne – ICOMOS-ICAHM, além de enfatizar a matriz finita do patrimônio cultural arqueológico, corrobora a necessária conservação *in situ*:

Art. 3º A proteção do patrimônio arqueológico constitui obrigação moral de todo ser humano. Constitui, também, responsabilidade pública coletiva. [...] A legislação deve garantir a conservação do patrimônio arqueológico em função das necessidades da história e das tradições de cada país e de cada região, garantindo amplo lugar à conservação *in situ* e aos imperativos da pesquisa.

Não por outra razão observa Bastos (apud SOARES, 2009, p. 250):

O patrimônio arqueológico é assim integrado não só por bens materiais (artefatos de pedra, osso, cerâmica, restos de habitação, vestígios de sepultamentos funerários), mas também, e principalmente, pelas informações deles dedutíveis a partir, por exemplo, da sua própria disposição locacional, das formas adotadas para ocupação do espaço e dos contextos ecológicos selecionados para tal. [...] a recente dinâmica da arqueologia brasileira tem apontado para uma tendência crescente dos trabalhos de arqueologia preventiva (arqueologia que antecede qualquer impacto ou possível impacto), ligados em sua esmagadora maioria à necessidade de licenciamento ambiental de empreendimentos de qualquer natureza, potencialmente causadores de danos ao patrimônio arqueológico.

Resgatado o material, contudo, há que se perquirir sobre sua manutenção. A convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (UNESCO, 2001) determina, pela regra 17 de seu anexo intitulado “Regras relativas a intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático”, que:

Antes do início de qualquer intervenção, excepto em casos de urgência para proteger o patrimônio cultural subaquático, deve ser garantida uma base de financiamento adequada, suficiente para completar todas as fases do plano do projecto, incluindo a preservação, a documentação e a preservação do

material arqueológico, assim como a preparação e a divulgação dos relatórios.

Malgrado não seja o Brasil signatário de tão importante documento, e conforme asseverado alhures, o princípio do poluidor pagador propicia o entendimento de que no ordenamento jurídico brasileiro também vige o princípio da responsabilidade pós-licenciamento. Assim, tal omissão governamental não enfraquece o poder de polícia do IPHAN, nem tampouco tem o condão de desqualificar a sua atuação.

Nessa toada, caso o licenciamento ambiental não respeite as etapas do procedimento de acompanhamento do IPHAN, na seara arqueológica, culminando em licenças viciadas, possível a sua anulação, nos moldes do quanto disposto na resolução CONAMA 237/97, artigo 19.

4.2 PODER EXECUTIVO – O USO DA MELHOR TECNOLOGIA

A redação conferida ao artigo 9º, inciso V, da lei 6.938/81 deixa entrever a inserção, pelo legislador pátrio, do uso da melhor tecnologia como paradigma na busca pela melhoria da qualidade ambiental.

Especificamente na atuação do Executivo, nosso recorte será: 1) da conservação do patrimônio cultural tangível e; 2) do uso no curso dos licenciamentos ambientais.

4.2.1 Uso da Melhor Tecnologia na Conservação do Patrimônio Cultural Tangível

Ainda no século XIX, os Franceses mostraram sua preocupação com o uso da ciência na “manutenção” ou recuperação do patrimônio cultural, conforme lembra Choay (2001, p. 160-161), citando Victor Hugo e Vitet:

É necessário, diz Hugo, que os trabalhos “sejam feitos com cuidado, ciência e inteligência”. Vitet é mais preciso: “É necessário colocar-se num ponto de vista exclusivo, despojar-se de toda ideia atual e esquecer o tempo em que se vive para se fazer contemporâneo do monumento que se restaura, dos artistas que o construíram, dos homens que o habitaram. É preciso conhecer a fundo todos os processos da arte, não apenas de suas principais épocas, mas desse ou daquele período de cada século, a fim de restabelecer, se necessário, toda uma parte de um edifício à vista de simples fragmentos, não por capricho ou por hipótese, mas por sua rigorosa e conscienciosa indução”.

A conservação, como ciência, durante muitos anos se preocupou de maneira mais evidente com métodos, técnicas e limites para recuperação e conservação de determinado material. Mais importante que a mera preocupação com o material, repise-se, é o reconhecimento da dimensão imaterial do patrimônio. Ao final do século XX, a inserção do social e dos valores conferidos e reconhecidos pelo próprio ser humano aponta para tal conservação como aquela do suporte material que possibilita, então, a leitura dos significados.

Relembra-se, então, o tema gerenciamento de riscos, desta feita sob um novo viés. Caberá ao Executivo, como gestor desses bens de interesse público, protegê-los, fomentando a pesquisa, aplicando com razoabilidade recursos públicos e privados, complementando a atuação do particular, além de conferir publicidade a sua atuação e concretizar a educação patrimonial.

As duas últimas atribuições citadas têm se mostrado imprescindíveis para que a própria atuação do Executivo não fomente a dicotomia desenvolvimento e preservação. Note-se que a política de preservação em âmbito federal, replicada nos âmbitos estaduais, não espelha os diversos valores conferidos à cidade e aos locais de memória pela população. Preocupou-se, durante muitos anos, apenas com os aspectos estéticos e distanciou-se de políticas públicas que levassem em consideração todo o espaço urbano, pensando a cidade, por exemplo, em sua integralidade e não somente no objeto do patrimônio cultural de forma isolada. O resultado, deletério, é a gentrificação ou mesmo a visão do morador local de que, frise-se, a preservação em tela é um entrave ao desenvolvimento, tal qual as questões facilmente identificáveis quanto ao meio ambiente naturalístico. Assim, contrapõe-se firmemente ao gestor público, não sendo um parceiro, necessário, na preservação, mas sim um opositor.⁶⁵

Ainda, carece o país de políticas públicas consolidadas para tratamento de bens móveis e integrados. Em âmbito federal, não há sequer o conhecimento da totalidade de bens sob a tutela do IPHAN, bem como da situação de conservação daqueles de que se tem conhecimento. Foi nessa linha que o Ministério Público Federal, em 2011, recomendou ao IPHAN a implementação efetiva do SICG – Sistema Integrado de Conhecimento e Gestão. Impossível conservar, se não há sequer conhecimento do acervo. No último relatório de gestão, relativo ao ano de 2011, a autarquia reconheceu a importância do SICG e afirmou:⁶⁶

Quanto aos sistemas de informação e monitoramento do patrimônio cultural, eles são fundamentais para a gestão do patrimônio cultural brasileiro. Através de sistemas on-line de inventário de bens culturais, atualizados pelas atividades de fiscalização e inspeção técnica, é possível ter um mapa constantemente atualizado do estado de conservação de todos os bens culturais do país. Esta informação, inclusive, seria um dos principais

⁶⁵ Interessantíssima a tese da antropóloga Tânia Fedotovas Lopes sobre a cidade de Ouro Preto, na qual se mostram claras as diferentes percepções da cidade entre o cidadão ouro-pretano e o turista. O tombamento funciona, para quem vive no centro histórico, como um engessamento que praticamente lhe inutiliza a propriedade. Noutra ponta, aquele que vive na periferia difere a cidade patrimônio da cidade comum: aquela tem supostos privilégios em relação a esta. Os papéis das autoridades – do Executivo e sua descentralização em âmbito federal, o IPHAN – também não é bem entendido, misturando-se a responsabilidade de iniciativas relacionadas à conservação do patrimônio cultural com aquelas de serviços básicos à população local. Para maior aprofundamento, sugere-se: “Ouro Preto: o Drama Social do Direito ao Patrimônio”, disponível em: <<http://cutter.unicamp.br/document/?code=vtls000316340>>. Acesso em 21.01.2013.

⁶⁶ Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=2119>> Acesso em: 08.02.2013.

indicadores de eficácia da atuação do órgão. Nesse sentido foi desenvolvida a metodologia do INRC (Inventário Nacional de Registros Culturais) que se encontra disponibilizado desde 2010, para o público, no sítio eletrônico do IPHAN. Ao longo de 2010-2011 foi desenvolvida metodologia base do Sistema Integrado de Conhecimento e Gestão do Patrimônio Material - SICG. O Sistema Integrado de Conhecimento e Gestão – SICG é um instrumento desenvolvido com o objetivo de integrar os dados sobre o Patrimônio Cultural, com foco nos bens de natureza material, reunindo em uma base única informações sobre cidades históricas, bens móveis e integrados, edificações, paisagens, arqueologia, patrimônio ferroviário e outras ocorrências pertencentes ao Patrimônio Cultural Brasileiro. Ele é constituído por um conjunto de fichas agrupadas em três módulos: Conhecimento, Gestão e Cadastro. Cada módulo corresponde a uma esfera de abordagem do Patrimônio Cultural e conta com um conjunto de fichas estruturadas para a captura e organização de informações conforme o objetivo do estudo ou inventário. Os módulos foram idealizados para permitir uma abordagem ampla do Patrimônio Cultural, partindo do geral para o específico, com recortes temáticos e territoriais, e possibilitando a utilização de outras metodologias, como o Inventário Nacional de Referências Culturais – INRC (voltado para a identificação de Bens de Natureza Imaterial), por exemplo, caso seja necessário para a complementação dos estudos.

A efetiva implementação do SICG ainda não se operou e, por certo, dependerá da atuação de outras instituições parceiras. Há inúmeros atores que trabalham com o tema e que poderiam, inclusive, através, da formalização de instrumentos, como convênios e termos de reciprocidade, auxiliar no hercúleo trabalho da autarquia. É o caso, por exemplo, da própria Igreja e das Universidades, isso sem mencionar, na área do patrimônio ferroviário, a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres).⁶⁷

Ainda, a importância do conceito de prevenção conferido pela Carta de Burra, adrede mencionado, reflete a aplicação do princípio de mesmo nome. É dizer: preservar é evitar a mácula e os fatores que a induzem, o que merece ser a prioridade no trato com o direito fundamental ao meio ambiente hígido. A realidade tem demonstrado, contudo, o encolhimento dos gastos governamentais, em âmbito federal, com o tema.

⁶⁷ A ANTT criou sistema próprio de gerenciamento dos bens oriundos da RFFSA, cujos dados são alimentados pelas próprias concessionárias e, ao depois, conferidos pela agência reguladora. Há, evidentemente, necessidade de compatibilização do SICG com o arquivo em tela, sob pena de se ter uma duplicidade de atuação da máquina estatal e mácula ao princípio da eficiência. Na mesma linha, maior seria a eficiência da autarquia, se atuasse de mãos dadas com o meio acadêmico, em parcerias formais com as Universidades, aumentando a capilaridade de sua atuação e a amplitude de sua proteção.

No relatório de gestão do IPHAN, em 2011, relativo ao ano de 2010, os valores de sua dotação orçamentária governamental, percentualmente aplicados na área de preservação, diminuíram consideravelmente, conforme GRÁFICO 2:

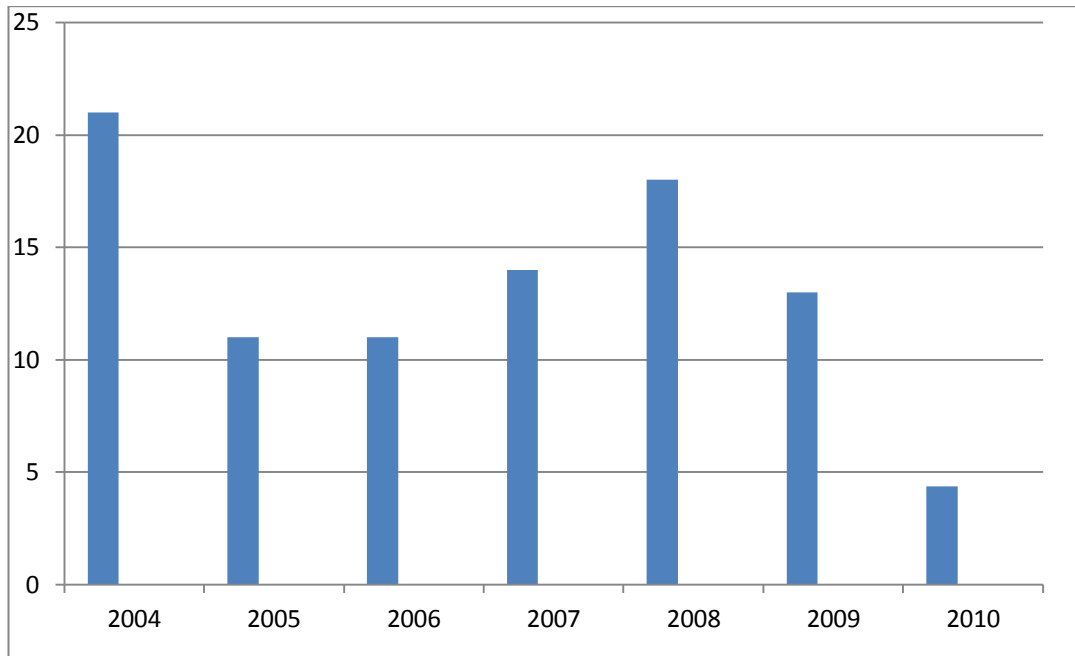


GRÁFICO 2: percentual orçamentário X anos

Fonte: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=1743>>

Em valores absolutos, o decréscimo também é visível (R\$ mil X ano), como demonstrado no GRÁFICO 3:

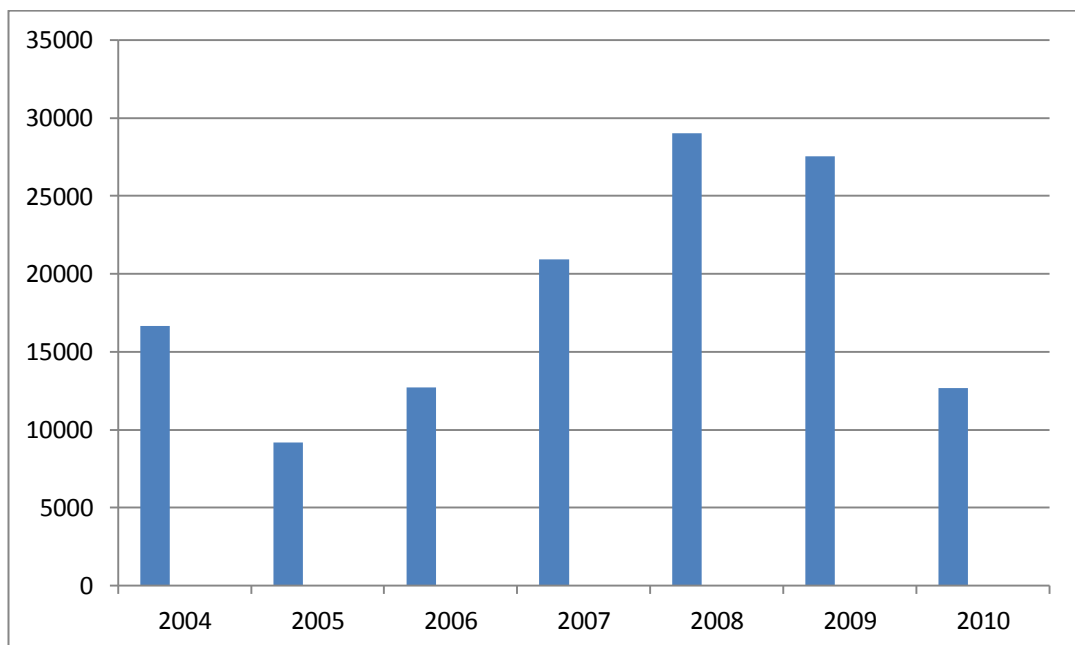


GRÁFICO 3: valores gastos em milhares de reais X anos

Fonte: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=1743>>

Isso implica afirmar que o Executivo federal não vem cumprindo seu papel, *in totum*, de interveniente estatal obrigatório segundo os preceitos do direito ambiental. E se não há preservação, no sentido da utilização dos princípios da prevenção e da precaução, inevitavelmente haverá perdas irrecuperáveis.

Iniciativa importante, mas ainda em estágio embrionário, é o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) das Cidades Históricas. O programa se caracteriza como uma política transversal e que envolve o IPHAN, os Ministérios da Cultura, Cidades, Educação e do Turismo, além de agências como o BNDES e a Caixa Econômica Federal.⁶⁸

O PAC das Cidades Históricas foi criado absorvendo-se o *know how* trazido à autarquia pela incorporação do MONUMENTA. Interessante notar que seu objetivo é bem maior que a simples conservação pontual do bem material. Vai além, pois a parcela da sociedade diretamente beneficiada participa na propositura das ações, através das lideranças locais. Além disso, busca reverter processos de esvaziamento dos centros históricos, ou mesmo de gentrificação, não somente pelas intervenções próprias à área de atuação do IPHAN, mas também pela integração daquelas que naturalmente não seriam de responsabilidade da autarquia federal (saneamento básico, abertura de vias, eletrificação etc.). A qualificação do espaço, com o engajamento da sociedade, é o objetivo principal, portanto.⁶⁹

Caso bem executado, afastando-se da mera recepção de numerário pelas Prefeituras locais sem associação com a efetiva conservação ou revitalização, o PAC das Cidades Históricas poderá funcionar como fomento à sustentabilidade das cidades, respeitando a dinâmica urbana sem descurar da preservação.

Não se pode perder de vista, contudo, que a execução de qualquer verba orçamentária deverá respeitar a análise de riscos aos quais o patrimônio se encontra submetido. Isto porque, ainda que a concretização dos direitos fundamentais, nos quais se insere a proteção ambiental, não se encontre adstrita à reserva do possível,⁷⁰ em toda sua extensão, não se pode negar que o orçamento não é

⁶⁸ Conforme está disposto no portal da Instituição (Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=2119>>).

⁶⁹ Optou-se pelo não aprofundamento estatístico relativo a quantitativos aplicados pelo IPHAN na conservação de bens móveis e integrados, ou mesmo na diferenciação daqueles vinculados, ou não, ao PAC das Cidades Históricas. Isso porque, em mera análise perfunctória dos relatórios de gestão da autarquia, publicados no portal do IPHAN, há evidentes inconsistências, reconhecidas pelo próprio IPHAN, oriundas da incorreta classificação das iniciativas ou de seu não detalhamento.

⁷⁰ Reserva do Possível é princípio importado do Direito Alemão, o qual afirma que somente haverá prestação estatal para garantir direitos sociais, caso haja recursos orçamentários suficientes. A

elástico a ponto de cobrir todos os gastos necessários à preservação. A atuação do Executivo, por óbvio, possui limitação de verbas. O gerenciamento de riscos mostrou-se, então, *fundamental* para que toda essa “coordenação” entre as diversas iniciativas se dê de forma razoável, estabelecendo-se prioridades. Gerenciamento de riscos deixa de ser, então, uma ferramenta apenas de conservação do patrimônio cultural para se tornar, também, uma ferramenta orçamentária imprescindível para dar concretude ao princípio da eficiência da máquina administrativa. Saber *como* e *onde* gastar verbas públicas, protegendo direitos fundamentais e sociais é, por certo, um elemento essencial de tal princípio.

Ainda, e em consonância com o conceito do ICOM-CC sobre conservação, o Estado tem o **dever** de atuar na desaceleração da degradação, preventivamente, na conservação curativa e também na restauração. Se o sítio urbano ou uma edificação isolada vêm sendo destruídos pela pressão antrópica oriunda de determinado empreendimento ou do fomento de políticas públicas pelo próprio Estado, por exemplo, cabe a este utilizar todo o seu instrumental para fomentar o crescimento da cidade em outros planos, **desacelerando o processo de degradação**. Até mesmo nessa linha pode ser interessante, frise-se, se bem utilizada, a considerável verba do PAC das Cidades Históricas, na linha da sempre pertinente lição de Vitet (apud CHOAY, 2001, p. 161), que afirmava ser o uso uma “espécie de vandalismo lento, sensível, despercebido, que arruína e deteriora quase tanto quanto a brutal devastação”.

Sob outra ótica de análise, parece importante perquirir: seria possível, diante da obrigação estatal de aportar verbas na conservação, mas considerando a rigidez absoluta do Decreto-Lei 25/37 (tombamento), instrumento protetivo predominante na proteção das cidades históricas, realizar adaptações no bem as quais atendessem

diferença entre o desenvolvimento da sociedade alemã e da brasileira, por si só, já mitigam a aplicabilidade de tal princípio. A jurisprudência e doutrina pátrias vêm mitigando-o, afirmando que quanto aos núcleos mínimo existencial, como a vida, por exemplo, não se pode contrapor tal princípio. Se uma prestação na área da saúde detém tal clareza, na preservação do patrimônio, apesar de restar firmado ser um direito socioambiental, não se pode afirmar o mesmo. Volta-se, então, à necessidade de aplicar a proporcionalidade, verificando-se, no caso concreto, se a conduta estatal é francamente omissiva ou não. Em ação civil pública que determinou a regulamentação do controle dos antiquários, o IPHAN asseverou da impossibilidade de cumprimento em virtude de gastos não previstos (reserva do possível). O TRF 1ª Região, então, em franca utilização da proporcionalidade, asseverou que a inércia estatal se arrastava por setenta anos, ou seja, desde a entrada em vigor do Decreto-lei 25/37, razão pela qual não havia como aplicar o princípio da reserva do possível. (Resumo da decisão do TRF, disponível em <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/jurisprudencia_trf1_-_patrimonio_cultural.pdf>. Acesso em: 25.01.2013).

exigências práticas, extrapolando a conservação do objeto, seguidora do princípio da intervenção mínima? Ou tal verba poderia ser utilizada justamente para - considerando que a conservação está evidentemente ligada à ideia de patrimônio cultural ambiental – pensar a cidade como um todo, um tecido urbano, lastreando mudanças pontuais de compatibilização com outros direitos fundamentais?

À guisa de exemplo para reflexão, cite-se o caso da rua São José, em Ouro Preto. Seu calçamento de pedras não era mais o original; sofreu sérias degradações tanto pela ação do tempo quanto pela utilização da rua como polo de comércio local, o que favoreceu a pressão antrópica e pontuais modificações. Em recuperação da área, a Prefeitura local propôs não somente a restauração da calçada, mas o aproveitamento da intervenção para compatibilização com as novas necessidades da cidade, diminuindo a possibilidade de estacionamento no local e aumentando o acesso de transeuntes, além das adaptações específicas ao deficiente físico, seja por déficit de locomoção ou visual. Parte da população, contudo, principalmente os comerciantes diretamente afetados pela obra, ingressaram com ação popular, pedindo a anulação de quaisquer atos administrativos que tivessem viabilizado as intervenções. O Ministério Público Federal foi, contudo, favorável às modificações, eis que se destinavam a compatibilizar direitos fundamentais (acessibilidade e preservação do patrimônio cultural), sendo certo que as pedras originais do calçamento não mais existiam.

Diante da situação fática apontada, a razoabilidade e a proporcionalidade indicam a possibilidade de da compatibilização de direitos aparentemente colidentes. Isso permitiria uma maior humanização da cidade e seu não engessamento.

Não se está aqui a propor a flexibilização dos efeitos do tombamento, um alibi para qualquer modificação, sob a justificativa de não ser mais possível a preservação, mas, sim, a restauração. O que se propõe é a concretização da proporcionalidade na interpretação das normas ambientais, respeitada a situação fática. Não parece ser razoável a restauração, através de um calçamento *fake*, sem que outros direitos fundamentais, frise-se, sejam compatibilizados.⁷¹

⁷¹ O princípio da proporcionalidade será detalhado no capítulo sobre a intervenção estatal obrigatória do Judiciário.

4.2.2 Licenciamento Ambiental

O patrimônio cultural não é estático. As mudanças, objeto de considerável preocupação quando consequências naturais do curso do tempo e das modificações dos grupos sociais, são ainda mais preocupantes quando derivadas de abrupta ruptura do *modus vivendi* da população que valoriza determinado bem, como se verifica nos licenciamentos ambientais de grandes empreendimentos. Esta é uma das fontes da preocupação em relação à inserção do patrimônio cultural no licenciamento ambiental. Não se trata apenas de degradação física do patrimônio cultural, mas, também, de sua significação.

Com efeito, a visualização de grandes perdas e máculas é especialmente significativa nos conhecidos exemplos de aculturação indígena (CASTRIOTA, 2009). Todavia, de forma bem menos visível, mas não menos agressiva, determinado empreendimento poderá esgarçar a tal ponto o tecido social, que o patrimônio cultural restará em último plano para a preservação, seja pela sua não inserção na avaliação prévia da viabilidade do empreendimento, seja porque a própria população deixa de lhe dar o sopro da vida que é o valor, mercê das mudanças oriundas da pressão antrópica. Ainda, poderá ocorrer intensa degradação gerada pela poluição causada pelo empreendimento (transporte de material em caminhões etc.), em proporções bem mais significativas e espaço exíguo de tempo (instalação e operação do empreendimento).

No julgamento da ADI 3.540 Mc/DF – Distrito Federal, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal afirmou:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206), Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e

abrangente das inovações de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Restou reconhecida, portanto, a transgeracionalidade como cerne da proteção ambiental e, via de consequência, a necessidade de que o desenvolvimento se opere de forma sustentável. E isso somente ocorre se os impactos gerados forem, frise-se, corretamente diagnosticados, mitigados e compensados.

No que tange ao primeiro momento – o diagnóstico –, não raro, vem se verificando a utilização da locução “melhor tecnologia” como uma necessidade para o correto diagnóstico que se opera no curso do licenciamento ambiental. Derani (2001, p.166) enuncia o princípio da precaução mencionando explicitamente esse ponto:

Se resume na busca do afastamento, no tempo e espaço, do perigo, na busca também da proteção contra o próprio risco e a análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades. Sua atuação faz sentir, mais apropriadamente, na formação de políticas públicas ambientais, onde a exigência de utilização da melhor tecnologia disponível é necessariamente um corolário (grifou-se).

O Ministro do STJ, Antônio Hermman Benjamin (1993, p. 32), por seu turno, afirmou que:

[...] o Poder Público só pode licenciar atividade poluidora quando, mesmo com ‘a melhor tecnologia existente’, ainda assim a atividade não consegue eliminar totalmente sua lesividade ao ambiente. Do contrário, o Poder Público, ao licenciar, estaria, pela via transversa, dispondo, para não dizer alienando, parcela daquilo que, constitucionalmente, não está na sua órbita de disposição: a questão ambiental (grifou-se).

Canotilho (apud Wiese, 2008) também evidenciou, em seu “Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia” a necessidade de diagnosticar impactos “segundo o estágio mais avançado da ciência e da técnica.”⁷²

Sob outra ótica, o uso da melhor tecnologia encontra-se imbricado no princípio democrático que rege toda a nossa constituição, o qual implica a efetiva participação popular nas decisões sobre matéria ambiental. Noutras palavras: a gestão pública, para que seja eficaz nessa seara, exige que o povo tenha **acesso à informação** – e

⁷² WIESE, Hernane Elesbão. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia - Canotilho ver. 2. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 06 Jul. 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/direito-ambiental/390. Acesso em: 04 Ago. 2012

em tempo hábil – e que o gestor esteja preparado para os intensos desafios a que se encontrará submetido, inclusive, em virtude da multidisciplinaridade da matéria. Eis as palavras de Carvalho Filho (2009, p. 906):

[...] a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. Tais objetivos é que ensejaram as recentes ideias a respeito de administração gerencial nos Estados modernos, segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa.

De fato, a Administração precisa desenvolver metodologias inteligentes e eficientes para a prestação de serviço público de qualidade, bem como utilizar de moderna tecnologia para alcançar melhores resultados no trato das questões ambientais, nos três níveis da federação. Em se tratando de meio ambiente, portanto, esses aspectos não podem ser esquecidos e negligenciados a fim de que ocorra sua efetiva defesa (GUERRA, 2010).

Nesse sentido, ainda nos idos de 1972, asseverou a Declaração de Estocolmo,⁷³ mencionando a necessária gestão de riscos:

18 - Como parte de sua contribuição ao desenvolvimento econômico e social, devem ser utilizadas a ciência e a tecnologia para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, para solucionar os problemas ambientais e para o bem comum da humanidade.

Sempre percuciente a lição de Prieur⁷⁴ – que alcunha a busca pelo desenvolvimento sustentável de “a verdadeira caixa de Pandora das conciliações impossíveis” –, discorrendo sobre a proteção progressiva ao meio ambiente:

Essa ideia de garantir um desenvolvimento contínuo e progressivo das modalidades do exercício de um direito ao ambiente, até aos níveis mais elevados de sua efetividade, pode parecer utópico. A efetividade máxima é a poluição zero. Sabemos que isso é impossível. Todavia, entre a poluição zero e o uso das melhores tecnologias disponíveis para reduzir a poluição existente, há uma grande margem de manobra.

⁷³ Anexo E deste trabalho.

⁷⁴ Confira em: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Biblioteca Digital do Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, do Consumidor e Fiscalização e Controle. Michel Prieur. Brasília, 2012.

Assim, o necessário uso da melhor tecnologia no licenciamento ambiental, aliado ao diagnóstico das máculas sociais geradas pelo empreendimento, são a ciência e a significância cultural andando juntas para uma perfeita gestão pública.

4.3 PODER EXECUTIVO – O PODER DE POLÍCIA DO IPHAN – ARTIGO 9º, INCISO IX, DA LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Outro instrumento protetivo do meio ambiente, ainda sob a espinha dorsal da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, em seu artigo 9º, inciso VI, é o poder de polícia. Este se consubstancia nos limites impostos pela Administração Pública, mitigando o exercício de direitos e liberdades previstos nas normas jurídicas. Não mais se confunde com a noção existente, segundo o senso comum, de garantia da ordem pública, tendo se espraiado por todas as atividades da Administração que demandam a limitação mencionada.

Ensina Guerra (2012, p. 138):

A ideia do poder é tão antiga quanto o homem. A exemplo disso, Locke, Hobbes e Maquiavel o mencionaram em suas obras. Entretanto, como salienta Diogo de Figueiredo, embora sempre haja exercido fascínio, assombro e medo, o poder, considerado, junto com o amor, um dos mais velhos fenômenos das emoções humanas, somente no final do século XIX começou a ser estudado cientificamente.

Acrescenta Medauar (2003, p. 357):

A noção de poder de polícia permite expressar a realidade de um poder da Administração de limitar, de modo direto, com base legal, liberdades fundamentais, em prol do bem comum. Essa realidade inquestionável é reconhecida pelos próprios autores que pregam a eliminação do conceito. Portanto, a noção de poder de polícia é a expressão teórica de um dos modos importantes de atuação administrativa, devendo ser mantida, sobretudo no ordenamento pátrio, em que vem mencionada na Constituição Federal (art. 145, II), na legislação (por exemplo: Código Tributário Nacional, art. 78), na doutrina e na jurisprudência.

A importância do poder de polícia em matéria ambiental é imensa. Isso porque ele é autoexecutável, vale dizer, independe de qualquer mandamento de outro poder para que seja cumprido. Desnecessário o ajuizamento de ação, assoberbando o Poder Judiciário, quando o próprio Poder Executivo, de forma descentralizada ou não, poderá atingir os mesmos objetivos *sponso próprio*. Tal característica confere à atuação da Administração Pública enorme celeridade, imprescindível para obstar ou paralisar determinadas máculas.

Noutra ponta, seu exercício deverá cingir-se ao princípio da proibição do excesso trazido por Canotilho, sob pena de, assim não sendo, configurar-se abuso de poder.

Há que se pontuar, ainda, dois outros atributos do poder de polícia: a discricionariedade e a coercibilidade. Aquela é a faculdade atribuída à Administração para, diante do caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, escolher a melhor solução para o problema (DI PIETRO, 2011, p. 67); e esta, a capacidade do Estado de usar a força para fazer valer suas decisões.

Na verdade, o próprio licenciamento ambiental pode ser considerado uma manifestação de tal poder, mercê do cotejo, exercido pela administração, de ônus e bônus, a culminar com a concessão, ou não, da licença ambiental. E esta pode limitar o direito de propriedade, o direito à livre iniciativa e o próprio direito ao meio ambiente hígido.

A Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente quanto à preservação do patrimônio cultural, delimita, em seu artigo 216, parágrafo 1º, um rol de instrumentos protetivos que são, ao fim e a o cabo, manifestações do poder de polícia estatal:

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

É ainda a Constituição Federal que determina, no seu art. 23, ser 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;
 [...]

Essa a razão para que Silva (1997, p. 56) afirme que os bens culturais estão sujeitos a:

[...] um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia de intervenção e de tutela pública. Essa disciplina condiciona a atividade e os negócios relativos a esses bens,

sob várias modalidades, com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso.

No que é pertinente, especificamente, ao IPHAN e à obrigatoriedade de promover o regular cumprimento dos citados mandamentos constitucionais, vale trazer a lume disposições normativas que apontam, de hialina clareza, para o dever de tal autarquia exercer o poder de polícia, no resguardo dos bens culturais móveis e imóveis do nosso país.

O Decreto nº 6.844/2009, em seu Anexo H, prescreve o seguinte:

[...]

Art. 2º – O IPHAN tem por finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216 da Constituição, e exercer as competências estabelecidas no Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, na Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965, no Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, na Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007 e no Decreto nº 6.018, de 22 de janeiro de 2007 e, especialmente:

I - coordenar a execução da política de preservação, promoção e proteção do patrimônio cultural, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura;

II - promover a identificação, a documentação, o reconhecimento, o cadastramento, o tombamento e o registro do patrimônio cultural brasileiro;

III - promover a salvaguarda, a conservação, a restauração e a revitalização do patrimônio cultural protegido pela União;

[...]

VI – fiscalizar o patrimônio cultural protegido pela União, com vistas a garantir a sua preservação, uso e fruição;

VII – exercer o poder de polícia administrativa, aplicando as sanções previstas em lei, visando à preservação do patrimônio protegido pela União;

[...] (grifou-se).

Assim, o exercício do poder de polícia em matéria do meio ambiente cultural (direito fundamental, indisponível e transgeracional) não se trata de uma opção ou faculdade do IPHAN, mas de uma obrigação decorrente de normas de ordem pública que não podem, em absoluto, ser desrespeitadas.

Acerca da costumeira relutância dos órgãos integrantes do aparelho estatal em cumprir as disposições legais que objetivam a preservação do meio ambiente, no qual também se inclui o patrimônio cultural, Paulo de Bessa Antunes (1996, p. 79) salienta que:

[...] o Estado desempenha um papel fundamental na proteção ambiental, ou deveria desempenhar. Muitas vezes o que se pode constatar é que o aparelho de Estado deixa de desempenhar suas funções, e mais: a abstenção do Estado nunca é positiva para o meio ambiente [...]. A

existência de preceitos jurídicos voltados para a proteção ambiental quando combinada com normas processuais que assegurem aos cidadãos a possibilidade de acionar o Estado e aos poluidores em geral é de importância inestimável para o Direito Ambiental.

No mesmo sentido, o ensinamento de Paulo Affonso Leme Machado (2001, p. 861):

Ao apontar-se o dever do Estado em amparar a cultura, subtraiu-se essa atividade protetora da ação facultativa estatal. Ainda que não seja fácil balizar o conteúdo desse dever, pela sua magnitude e profundidade, a afirmação constitucional coloca mais uma obrigação para o Poder Público. Desamparar a cultura é estar omissos e faltosos para com uma das faces de sua missão.

Além da existência do dever mencionado, o texto constitucional prevê uma “proteção especial” para os bens culturais especificados. Encontram-se aí as bases do poder de polícia do patrimônio cultural. A intervenção estatal é obrigatória. Em decorrência dessa intervenção, o próprio Poder Público haverá de se limitar, tombando seus próprios bens, e limitará os bens privados, dentro das fronteiras dessa mesma Carta (grifou-se).

Enfim, não pairam dúvidas de que cabe ao IPHAN, órgão federal incumbido da defesa do patrimônio histórico e cultural, o exercício do poder de polícia administrativa concernente ao controle e fiscalização dos bens culturais móveis e imóveis do país, nos termos do art. 2º, incisos III, VI e VII, do Decreto 6.844/2009. Resta delimitar quais são os limites de tal poder e as sanções que lhe são correlatas, segundo o ordenamento jurídico pátrio. Todavia, estaria a autarquia exercendo em plenitude tal papel ?

4.3.1 O IPHAN como integrante do SISNAMA

A intervenção estatal obrigatória leva em consideração as três funções do Poder: Executivo, Legislativo e Judiciário. Na medida que uma das funções não é exercida segundo os princípios insculpidos na Constituição da República, o Estado resta enfraquecido. Noutra ponta, a ausência de atuação do Estado Executivo, não raro, desagua no asoberbar do Poder Judiciário. É dizer que os legitimados para a defesa do direito difuso ao patrimônio cultural se utilizarão da máquina lenta do Judiciário, com a finalidade de solucionar a inércia do Executivo.

Analisando a atuação do IPHAN, não é difícil observar que a única medida sancionatória utilizada pela autarquia é o embargo de. As multas, previstas especificamente no Decreto-Lei 25/37 – e que se destinam exclusivamente para

máculas aos bens tombados - não eram aplicadas em virtude de suposta ausência de regulamentação. No que tange aos demais bens protegidos, nenhuma providência dentro do próprio Poder Executivo era tomada. Assim, recorria a autarquia, inevitavelmente, ao Ministério Público ou mesmo diretamente ao Poder Judiciário, em âmbito criminal e/ou cível, para tentar concretizar a conservação. A realidade de degradação ao patrimônio cultural, pública e notória, mostrou que tal atuação era insuficiente. Havia necessidade, então, de trilhar novos caminhos.

Ausente possibilidade de efetiva interlocução com a autarquia, que possibilitasse o entendimento de que estaria inserida no SISNAMA e, via de consequência, dispunha de amplo poder sancionatório para proteger o patrimônio cultural em âmbito federal, foi proposta ação civil pública, pelo Ministério Público Federal, ora em tramitação, na qual se busca que seja dada interpretação aos diplomas normativos, em conformidade com a visão holística de meio ambiente. Vale dizer que o IPHAN é integrante do SISNAMA e que poderá se utilizar da Lei 9.605/96.

Cabe lembrar, por tudo quanto afirmado alhures, que o direito ao meio ambiente equilibrado, alçado à condição de direito fundamental (art. 225, CF), abarca, em sua conceituação, a noção de “patrimônio ambiental cultural”.

Assim, sedimentou-se o que se denominou de “concepção unitária do meio ambiente”, a qual viria a compreender tanto os elementos da natureza, quanto os elementos próprios às manifestações culturais do homem. Nesse particular, traz-se a lição de Inês Virgínia Prado Soares (2009, p. 15)

Com a Constituição, a visão do meio ambiente como patrimônio uno, composto de bens naturais e culturais foi consolidada, havendo um maior compartilhamento dos instrumentos protetivos para os bens autonomamente considerados. No art. 225 é estabelecido que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, cabendo à sociedade e ao Poder Público sua defesa e preservação para as gerações presentes e futuras. Os parágrafos desse artigo abordam o bem ambiental como um todo composto de partes imprescindíveis e, ao mesmo tempo, autônomas, que devem ter protegidas suas características essenciais.

O meio ambiente é identificado, por conseguinte, como um “macrobem”, patrimônio unitário constituído por aspectos da natureza e da cultura, materiais e imateriais. Tal visão, decorrente de uma interpretação sistêmica da Constituição Federal, reflete, em última instância, a definição já trazida pelo artigo 3º, inciso I, da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente (Lei 6.938/81). A propósito, tem-se em

Rodrigues e Walcacer (2009, p. 69) que:

[...] desde longa data o direito positivo brasileiro tem conceituado o meio ambiente de forma bastante abrangente. Assim, pela Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente), meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as formas (art. 3º, inciso I). Exatamente por permitir, abrigar e reger a vida em todas as formas, é que o meio ambiente inclui áreas naturais intocadas ou degradadas, mares e terras, áreas rurais e urbanas, meio ambiente natural, artificial e cultural [...].

Ora, dita conjuntura certamente traz consequências para a atuação do IPHAN, uma vez que se trata de órgão federal voltado à proteção do patrimônio ambiental cultural. Vale dizer que a concepção holística do meio ambiente, como interação de elementos culturais e naturais, permite considerar a citada autarquia como **legítimo órgão ambiental, e via de consequência, parte integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)** (RODRIGUES, WALCACER, 2009, p. 84-89).

Vislumbra-se, portanto, a aptidão do IPHAN em manejar os instrumentos legais ínsitos à preservação do meio ambiente, cabendo-lhe a escolha das medidas acautelatórias mais compatíveis com o pleno exercício de seu poder de polícia – e não somente aquelas ligadas ao tombamento – concernente ao resguardo do patrimônio cultural nacional. Acerca dessa temática, colhe-se da doutrina relevante passagem:

A característica da transversalidade das matérias cultural e ambiental e a concepção do bem ambiental como um conjunto de elementos (macrobem) ampliam a legitimidade para o uso dos instrumentos e princípios legais preventivos e repressivos existentes. E mais: a composição heterogênea do bem ambiental exige, na apreciação de cada caso concreto, a avaliação, a intervenção de órgãos públicos com a competência específica e pré-determinada para a proteção do bem autonomamente considerado. Nesse esteio, os órgãos e instrumentos de tutela dos bens culturais são outra vertente da mesma atuação protetiva do bem ambiental, tanto para proteger os bens culturais materiais, como para resguardar o patrimônio imaterial que sofre silenciosamente com os danos causados ao meio ambiente (SOARES, 2007, p. 16).

Enfim, o exercício do controle fiscalizatório pelo IPHAN, no que tange à efetiva tutela dos bens culturais nacionais, pressupõe a disponibilização e utilização de todo o instrumental jurídico ambiental que se mostre adequado para tanto. É justamente por isso que:

Em suma, pode-se afirmar que no sistema jurídico brasileiro, os bens culturais (materiais ou imateriais) integram a conceituação de bem ambiental (macrobem). Por estarem abrangidos no conceito de bem ambiental, têm uma proteção “aulificada” e, além da proteção advinda de legislações específicas e de normas administrativas que regulamentam e limitam o uso do bem, podem dispor da tutela respaldada no sistema jurídico ambiental. (SOARES, 2009, p. 88).

Para além da construção mencionada há, ainda, outros argumentos a serem expendidos, como, por exemplo, o artigo 6º da Lei 6.938/84, que prevê os órgãos integrantes do SISNAMA.

[...]

I - órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

III - órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

IV - órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições; (Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989)

§ 1º Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaboram normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.

§ 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

§ 3º Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada. (grifou-se).

Nota-se pelo excerto acima, extraído diretamente do endereço eletrônico do Planalto, que tal rol sofreu duas modificações ao longo do tempo, sendo a última delas oriunda da Lei 8.028/90.

Eis o trecho da Lei 8.028/90 que modificou a Lei 6.938/81:

[...]

Art. 35. A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, alterada pela Lei nº 7.804, de 18 de julho de 1989, passa a vigorar com as seguintes modificações:

Art. 1º Esta Lei, com fundamento nos incisos VI e VII - do art. 23 e no art. 235 da Constituição, estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA e institui o Cadastro de Defesa Ambiental.

[...]

Art.6º

I - Órgão Superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - Órgão Consultivo e Deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de política governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial a sadia qualidade de vida;

III - Órgão Central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

IV - Órgão Executor: O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

[...]

Ora, como bem salientado por Rodrigues e Walcacer (2009), as reticências no texto legal somente podem levar à conclusão de ausência de alteração no que tange, também, aos órgãos setoriais, com conseqüente renumeração dos incisos para V, VI e VII, respectivamente. E continuam os autores:

No entanto, não foi o que ocorreu. O chamado texto compilado da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, fornecido pelo site da Casa Civil da Presidência, considera o inciso dos órgãos Setoriais simplesmente revogado e os incisos correspondentes aos Órgãos Seccionais e Órgãos Locais renumerados para V e VI, respectivamente.

Ora, isto é um erro gravíssimo, um verdadeiro atentado à Constituição, na medida em que apenas ao Poder Legislativo cabe elaborar e alterar leis, através do competente processo legislativo (art. 59 da constituição Federal). Ou ainda ao Poder Executivo, por meio de medidas provisórias (art. 62 da Constituição Federal). Nada disto ocorreu. Seja por culpa ou dolo de algum desconhecido, foi suprimido um inciso de uma lei e, por conseqüência, toda uma categoria de órgãos ambientais, de modo arbitrário e flagrantemente inconstitucional, com evidentes prejuízos à proteção do meio ambiente, em

especial no que tange a sua vertente cultural (RODRIGUES; WALCACER. 2009).

Razão parece assistir a ambos. Se o argumento acima não é rechaçável, não menos forte é a interpretação sistemática que deve ser conferida em cotejo com outro dispositivo da Legislação – o Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1980, que regulamenta a Lei 6.938/81 e que foi expedido depois, frise-se, da Lei 8.028/90.

Em seu artigo 3º, inciso V, tal decreto parece incluir os órgão setoriais dentro dos órgãos seccionais:

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, as fundações instituídas pelo Poder Público cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais, bem como os órgãos e entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental (grifou-se).

Ora, em seu artigo 13, contudo, volta a utilizar a nomenclatura “Órgãos Setoriais”. Conclui-se, com facilidade, que, além do grave equívoco concretizado pela denominada redação “consolidada”, o decreto regulamentador reconheceu a existência e legitimidade dos órgãos setoriais para tratar das questões ambientais, naqueles, por óbvio, incluído o IPHAN. Mas qual seria a importância, o sentido prático, dessa inserção?

4.3.2 IPHAN e as Sanções da Lei 9.605/98

O espectro de atuação das Instituições governamentais que protegem o patrimônio tornou-se muito mais largo após a Constituição da República. Todavia, passados 25 anos desde então, não parece ter a autarquia federal, ainda, aprimorado sua atuação para a defesa dos mais diversos bens ora sob sua égide. Segundo dados colhidos no site do IPHAN⁷⁵, até 2009 houve o tombamento de 1047 bens, sendo que não chega a uma centena deles os bens móveis tombados. Ainda, amplíssima maioria se refere a conjuntos arquitetônicos e Igrejas. Lado outro, constam até a presente data apenas 25 bens imateriais registrados em todo o Brasil, ou seja, em torno de 2,5 % daqueles tombados.

⁷⁵ Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=13928&retorno=paginaIphan>>. Acesso em: 25.01.2013.

Visível, portanto, que a ausência de uma política voltada aos bens materiais móveis e aos bens tangíveis mitiga a proteção ao patrimônio cultural. Noutra ponta, a complexidade burocrática do tombamento e sua rigidez absoluta parecem indicá-lo a ser um instrumento utilizável como exceção quando, na verdade, o mesmo passou a ser a regra, não havendo regulamentação legal, por exemplo, para o inventário ou outros meios de preservação para os quais a Constituição da República foi absolutamente receptiva. Assim, restou ao alvedrio questionável – eis que limitador de outros direitos do cidadão - da própria autarquia, através do uso de seu poder de polícia, estabelecer os parâmetros de utilização para tais instrumentos até que o legislador cumpra o seu papel.

À guiza de exemplo da lacuna na atuação em âmbito federal, veja-se o ocorrido com a pintura em óleo sobre tela intitulada “Abaporu”, de Tarsila do Amaral. O nome, um conjugação das palavras tupi *aba* (homem), *pora* (gente) e *u* (comer), transformou-se em referência do movimento antropofágico modernista, onde se pretendia absorver a cultura européia, digeri-la e transformá-la, criando manifestações bem brasileiras. Datado de 1928, mostra considerável desproporção entre os membros e a cabeça do homem, em franca referência á valorização do trabalho braçal na época, em detrimento do intelectual. Apesar de toda sua importância, em 1995 foi comprada pelo colecionador argentino Eduardo Constantini e hoje se encontra exposta no Museu de Arte Latino-Americana de Buenos Aires. Ironicamente, o MALBA “emprestou” a obra ao governo brasileiro em 2011, quando foi exposta no Palácio do Planalto durante a mostra “Mulheres Artistas e brasileiras”.

Se, por certo, a visão do objeto de proteção ainda é restrita, sequer o instrumental sancionatório de eventuais máculas ou ameaças de máculas ao patrimônio cultural, mesmo para bens tombados, afigura-se suficiente.

Como dito alhures, o Decreto-Lei 25/37 trata, única e exclusivamente, do processo de tombamento, sendo certo que as sanções administrativas e obrigações estabelecidas em seu bojo referem-se tão somente aos bens **expressamente** definidos pelo órgão governamental como de valor cultural, após procedimento administrativo instaurado para esse fim específico e somente para bens tangíveis.

Noutra ponta, igualmente ausentes estão os instrumentos próprios ao exercício de vigilância e fiscalização, especialmente quando se tem em conta a notória imprecisão do próprio Decreto-lei 25/37, no que se refere à definição das sanções administrativas, em caso de atividades lesivas ao patrimônio cultural. São

requisitos para seu cálculo o valor do dano ou do objeto a ser retirado, de extrema subjetividade, a demandar, por certo e em inúmeras vezes, avaliações via perito ou mesmo propositura de ação judiciais (RODRIGUES; WALCACER. 2009).

Ora, a Lei dos Crimes Ambientais (nº 9.605/98) veio a suprir dita lacuna, na medida em que trouxe, em extenso rol de medidas acautelatórias (art. 72), os elementos necessários e compatíveis ao exercício de salvaguarda ao patrimônio cultural, e, em especial, aos bens móveis que o compõem.

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observando o disposto no art. 6º:

- I – advertência;
- II – multa simples;
- III – multa diária;
- IV – apreensão dos [...] instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- [...]
- VI – suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII – embargo de obra ou atividade;
- VIII – demolição de obra;
- IX – suspensão parcial ou total de atividades;
- [...]
- XI – restritiva de direitos.
- [...]

Noutra ponta, a referida lei ratificou, por diversas vezes, a inserção do patrimônio cultural como elemento a ser protegido pelo direito ambiental e, via de consequência, o IPHAN como órgão do SISNAMA. Ainda, e de maneira clara, presentes se fazem os parâmetros para a aplicação das sanções pecuniárias previstas em seu bojo (arts. 74 e 75).

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observando o disposto no art. 6º:

- I – advertência;
- II – multa simples;
- III – multa diária;
- IV – apreensão dos ...instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- [...]
- VI – suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII – embargo de obra ou atividade;
- VIII – demolição de obra;
- IX – suspensão parcial ou total de atividades;
- [...]
- XI – restritiva de direitos.
- [...]

Art. 74. A multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado.

Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000, 00 (cinquenta milhões de reais).

Ao comentar a “Lei de Crimes Ambientais”, Flávio Dino de Castro e Costa et al (2001, p. 373-374) adverte que:

A Lei nº 9.605/98 propõe-se não somente a melhor sistematizar tipos penais antes dispersos em variados diplomas legais e dar um tratamento mais rigoroso aos responsáveis pelas condutas criminosas que agridem o meio ambiente. Importante lacuna foi preenchida no que se refere aos ilícitos administrativos e à previsão de sanções a serem impostas pela Administração nestas hipótese. Estas sanções são extremamente importantes para a preservação ambiental, na medida em que sem elas retira-se a eficácia do exercício do poder de polícia – fundamental para a prevenção e a imediata repressão aos infratores (grifou-se).

O mesmo se diga do Decreto nº 6.514/2008, que se propôs a regulamentar a aplicação das sanções administrativas previstas na Lei dos Crimes Ambientais, dedicando seção própria às infrações contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Cumpre destacar, neste ponto, a redação conferida a seus artigos 72, 73 e 74, *in verbis*:

Art. 72. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I – bem especialmente protegido em lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 500.000 (quinhentos mil reais).

Art. 73. Alterar o aspecto ou 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:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 200.000 (duzentos mil reais)

Art. 74: Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 100.000 (cem mil reais).

Assim, e mais uma vez em interpretação sistemática, pode-se afirmar que o IPHAN integra o SISNAMA. Ora, se a autarquia foi criada para aquela proteção, não haveria outro legitimado para aplicação das sanções da Lei 9605/98, regulamentada pelo Decreto nº 6.514/2008. É justamente o IPHAN a “autoridade competente”

indicada pela legislação.

Como é de se notar, a possibilidade de aplicação das referidas sanções disponibiliza ao IPHAN instrumental certamente mais qualificado e diversificado que aquele consagrado pelo vetusto Decreto 25/37. Não mais se afigura necessária a vinculação do bem cultural a ser tutelado ao regime de tombamento e nem se limitam as sanções ao embargo e multa. É dizer que o reconhecimento da disciplina normativa posta pela Lei dos Crimes Ambientais, como elemento afeto à proteção do patrimônio cultural, permite ao órgão federal realizar seu desiredato constitucional em toda a sua extensão.

Fala-se, portanto, em alargamento do espectro de atuação do IPHAN. A endossar tais proposições, o ensinamento da melhor doutrina que demonstra a amplitude da tarefa da autarquia:

A Lei 9.605/98 não exige uma forma especial de proteção. A adjetivação utilizada – “especialmente” - é no sentido de que o bem tem proteção em razão de seu valor da patrimônio cultural, que o diferencia de outro bem, normalmente protegido como bem privado. Não é mais somente a coisa tombada a ser protegida (art. 165 do CP), mas quaisquer formas de “acautelamento e preservação” são admissíveis, como os atos administrativos instituidores de “inventários, registros, tombamento e desapropriação” (art. 216, § 1º, da CF), além das decisões tomadas por lei ou por sentença judicial (MACHADO, 2009, p. 992).

Desta forma, reconhecer o IPHAN como integrante do SISNAMA e possibilitar àquela autarquia o manejo da legislação em referência significa, em última instância, provê-la dos meios necessários ao pleno exercício de seu poder de polícia, nos moldes preconizados pelo art. 216, § 1º, o que contribuiria sobremaneira para a correta fiscalização dos bens culturais de nosso país. Trata-se, portanto, de importante mecanismo protetivo, em contraponto à lamentável conjuntura atual, na qual se constata a irrefreada dilapidação do acervo cultural brasileiro.

Presente, portanto, mais uma forma de intervenção estatal obrigatória do Executivo subutilizada.

5 PODER JUDICIÁRIO – A SINDICABILIDADE APROFUNDADA DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Conforme dito alhures, a intervenção estatal obrigatória demanda opções do gestor público. No caso específico dos licenciamentos ambientais, o cotejar de ônus e bônus acabam por permitir, por inúmeras vezes, a flexibilização da proteção ao meio ambiente hígido, mercê da colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente hígido e outros direitos fundamentais, inclusive aquele, genérico, da qualidade de vida, no qual se insere o desenvolvimento, a propriedade etc.

Há que se entender, então, os limites da discricionariedade e a técnica de interpretação aplicável pelo Poder Judiciário, quando se opera a colisão em questão. É dizer que o poder-dever de intervenção estatal do executivo não se encontra contido em limites claros e vinculados de legalidade; vai além, em avaliação na qual não se pode negar o intenso grau de subjetividade e discricionariedade, que poderá ser objeto da intervenção de outra função do poder, o Judiciário, em verdadeiro exercício de freios e contrapesos.

Importante, então, definir o que é a discricionariedade. No dizer de Mello (2006, p. 916):

[...] a margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

5.1 Os Limites à Discricionariedade

Como é sabido, e observando especificamente o licenciamento ambiental, o estudo prévio de impactos ambientais trará ao licenciador todos os elementos para a decisão de conceder ou não as licenças pleiteadas. O estudo é um documento técnico não vinculativo – informa a autoridade sobre os prós e os contras, orientando-a e lastreando a tomada de decisão que, frise-se, pode ser contrária as suas conclusões. Nesse caso, contudo, reforça-se a necessidade de ampla fundamentação, apontando os porquês da tomada de decisão, sob pena de nulidade.

Não raro verifica-se o questionamento judicial de tais decisões, mercê de inúmeras irregularidades visualizadas no exercício dessa discricionariedade, a saber: ausência de equipe multidisciplinar no EIA, estudos com lacunas graves, evidente ingerência política, ausência de fundamentação da decisão administrativa, dentre outras.

Machado (2001, p. 243), citando Sachs, relembra:

Ignacy Sachs afirma que o *technological assessment* nasceu da satisfação com os métodos tradicionais de decisão. Acrescenta que “para isso tem de ser ter um órgão que tenha a máxima independência intelectual, do mesmo tipo de independência que tem o juiz, ou seja, o Judiciário, para que as pessoas que fama esse trabalho o façam no melhor de sua consciência profissional”.

A toda evidência, não se trata de o Judiciário se imiscuir, indiscriminadamente, na discricionariedade administrativa do gestor/licenciador. Todavia, também não se pode diminuir o papel do Juiz ao de mero aplicador da lei, sem aprofundamento de cunho hermenêutico, uma vez que o princípio da intervenção estatal obrigatória também a essa função do poder se aplica.

A atuação da magistratura deve ser contemporânea, vinculada aos desejos da sociedade, e a própria constituição é aberta, interpolada pelas condições desse “corpo social” no qual existe e sobre o qual deita seus mandamentos e princípios. Nessa toada, Guerra (2012, p. 6-8) afirma:

A constituição está longe de ser um instrumento normativo pronto e acabado. Não é apropriado entendê-la como completa e fechada em si mesma, visto que a dimensão de incompletude não só é desejável como necessária, pois evidencia sua abertura. (...) A abertura justifica-se pela natureza política do texto constitucional e pela sua composição semântica. O texto é político porque mantém uma dimensão dialética com a realidade (que por si só é política) e por isso deve buscar no campo extratextual os ingredientes dessa natureza.(...) A ordem constitucional é sistêmica e aberta, o que significa dizer que a Constituição não existe em estado de isolamento no que tange ao meio ambiente social; ao contrário, são as interações entre a Constituição e a sociedade que promovem o equilíbrio indispensável para a manutenção com “vida” deste “organismo” (...) sistematizando o que até agora foi apresentado, pode-se afirmar que a Constituição é um sistema aberto, cujos princípios admitem ponderação. É um sistema na medida em que reúne duas unidades: a realidade e o texto. É aberto porque as unidades que a compõem se comunicam e se modificam reciprocamente. A Constituição é aberta à realidade, e esta permite ser modificada pela Lei Maior.

Evidente, então, o fundamental papel da Magistratura em fazer a interpolação entre a realidade, regras e princípios, ponderando valores. Mas o que é a ponderação em questão? Segundo Barcellos (2006), seria uma técnica de hermenêutica utilizada para superar a colisão entre direitos fundamentais, gerada por valores ou opções políticas em tensão.

Essa ponderação, não raro, é realizada logo no início dos procedimentos de licenciamento ambiental, até mesmo em virtude da irreversibilidade das máculas, o que se torna ainda mais pertinente em matéria de patrimônio cultural. Note-se que, nesse recorte específico do meio ambiente, a discussão assume novos contornos, em virtude da expressa vedação a qualquer mácula, no caso de tombamento. É dizer: não há discricionariedade do licenciador. A lei não permite margem para modificações no objeto tombado – exemplos disso, também, são os sítios remanescentes de quilombos, os sítios arqueológicos. Nessa toada, se o estudo prévio de impacto ambiental apontar pela ocorrência de tais degradações, caberá ao licenciador negar a licença ou estabelecer medidas que importem na impossibilidade de ocorrência das externalidades negativas.

Poder-se-ia pensar, contudo, na hipótese da incerteza científica sobre a degradação, estando-se, assim, diante de um direito fundamental, contrapondo-se a outro direito fundamental – na verdade, diante não da certeza do dano (prevenção), mas do risco do dano (precaução). Parece-se mais acertado que o magistrado exerça, em sua plenitude, seu juízo valorativo de tal risco, o que implicará na utilização do princípio da proporcionalidade para avaliar se aquele é excessivo ou não, inclusive, cotejando ônus e bônus do empreendimento, segundo a proporcionalidade entre ambos. Assim, ponderação e proporcionalidade são indissociáveis.⁷⁶ Não se pode olvidar, ainda, que a proporcionalidade traz ínsita uma dupla perspectiva: de um lado, a ideia de proibição do excesso; de outro, a proibição de intervenção insuficiente do Estado.

Primeiramente, o magistrado deverá verificar, então, se há proibição expressa da atividade – e não da mácula – em algum regramento. Em seguida, ponderar se o sacrifício resultante da restrição ao direito é proporcional ao benefício que se

⁷⁶ Para aprofundamento no tema, indica-se SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

pretende produzir. Somente depois de percorrer tal caminho, estará apto a dar concretude ao “imperativo da tutela”.

Nesse sentido, ensina Tessler (2004, p.254):

[...] o “imperativo de tutela” consiste na função do direito fundamental que tem por fim rechaçar a omissão configuradora da desproteção do bem jurídico fundamental. Permite que o titular do direito, diante da denegação de proteção jurídica, demanda o “imperativo de tutela”. Este deve ser evocado sempre que o bem jurídico estiver ameaçado em razão da ausência de proteção, seja fática, seja normativa.

Fiorillo (2012, p.150), de maneira percuciente, assevera:

A tutela jurisdicional adequada no âmbito das ações ambientais, por suas próprias peculiaridades e fundamentalmente por estar adstrita à defesa da vida em todas as suas formas, muitas vezes dará ensejo a uma pronta atuação por parte do Poder Judiciário diante de situações absolutamente rotineiras na defesa dos bens ambientais, em que poderá ocorrer a irreparabilidade ou mesmo a difícil reparação do direito à vida caso se tenha de aguardar o longo, penoso, mas necessário trâmite normal do processo de cognição em decorrência do que determina o devido processo legal constitucional.

Todo esse trâmite é verdadeiro exercício de harmonização dos princípios fundamentais. Retomando o caso Lebach, ensinou o Tribunal Constitucional alemão:

Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição (Disponível em: <<http://constitucional1.blogspot.com.br/2008/11/o-caso-lebach-o-sopesamento.html>>. Acesso em 23.12.2012).

O Supremo Tribunal Federal – ao decidir agravo regimental em recurso extraordinário RE 417.408, cujo relator foi o Ministro Dias Toffoli – debruçando-se sobre a questão da separação dos poderes e discricionariedade da administração, asseverou da possibilidade de o Poder Judiciário determinar medidas assecuratórias ao direito ambiental, *in verbis*:

[...] Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode

determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido (Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21535956/agreg-no-recurso-extraordinario-re-417408-rj-stf>>. Acesso em 23.12.2012).

Outro interessante exemplo do uso da ponderação na hermenêutica jurídica foi o caso da modificação do Maracanã, bem tombado pelo IPHAN. O Ministério Público Federal sustentou a impossibilidade da modificação, em interpretação da regra contida nos artigos 17 e 18 do Decreto-lei 25/37. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, contudo, entendeu que seria razoável e atenderia, dentre outros fundamentos, ao princípio da eficiência a modificação em tela, até porque haveria suposto lastro técnico do ato administrativo, aliado à necessária manutenção da funcionalidade do bem. Assim afirmou o Tribunal:

Quanto ao procedimento de autorização para demolição da cobertura do Maracanã, não há que se falar em nulidade da autorização concedida pelo Superintendente do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, pelo fato de o parecer conclusivo da Coordenação Técnica da referida autarquia, emitido nos termos do art. 22 da Portaria nº 420, de 22.12.2010, ter sido apresentado após a manifestação da referida autoridade, eis que tal parecer corroborou as ponderações feitas por esta quanto à possibilidade de intervenção no bem tombado, considerando-se os diversos laudos apresentados no sentido de que a cobertura do estádio estava comprometida, de modo que tal parecer atendeu à sua finalidade quanto à necessidade de análise do pedido de autorização de intervenção. II - No que tange ao tombamento do Maracanã, após amplos debates realizados pelos conselheiros do IPHAN à época, conclui-se que tal ato deveria ser registrado no Livro de Tombo Etnográfico, Arqueológico e Paisagístico, face ao caráter etnográfico do tombamento, onde se destaca “o viés sociológico”, que abrange as relações socioculturais e comportamentais da sociedade, pois “o fundamental do Maracanã não é a obra de arquitetura, mas o cenário desse grande conagraçamento”, de modo que “seria uma questão de bom senso admitir que o tombamento de um estádio de futebol não impeça inovações tecnológicas para maior segurança dos frequentadores”, assim como “novos modelos de gestão que possam trazer sustentabilidade a um bem tombado e restaurado, viabilizando, ao longo do tempo a prestação de bons serviços à população”. III - Anexados vários laudos técnicos evidenciando que a melhor solução para a marquise do Maracanã, do ponto de vista econômico, técnico e de segurança, seria a sua demolição integral, os quais não foram impugnados pelo Ministério Público Federal, tal circunstância deve ser ponderada pelo Poder Público, tendo em vista os princípios da eficiência e da razoabilidade. IV - A discussão quanto à descaracterização do estádio com a demolição da referida marquise fica de certa forma prejudicada neste momento, sendo necessária uma melhor análise técnica quanto a este aspecto, mediante a realização de perícias e estudos acerca do novo projeto, que prevê a colocação de uma nova cobertura, através da instalação de uma membrana tensionada. V - Agravo de instrumento desprovido (Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22100385/agravo-de-instrumento-ag-201102010106930-rj-20110201010693-0-trf2>>. Acesso em 07.01.2013).

Sob outra ótica, é evidente que as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com as constitucionais e interpretadas conforme os princípios adrede apontados. Não raro se observa o pinçar de mandamentos constitucionais, em verdadeira desintegração da norma, como se cada parte da Constituição pudesse ser interpretada de forma desconexa.

Se a desintegração se mostra grave, de mesma gravidade é a interpretação hiperintegrativa, na qual o magistrado não observa que o todo é composto por partes, quer seja na própria formação histórica da constituição, quer seja na sua aplicação isonômica (tratar iguais como iguais e desiguais como desiguais).

Vale salientar que o todo não significa unidade. Visão única. A constituição daqueles que estão no norte ou de outros aqui no sul é composta por variedades. Assim, é tão falacioso dissociar a livre iniciativa da responsabilidade social, quanto afirmar que o direito ao meio ambiente hígido – e eventual não aprovação de empreendimentos – é a regra imutável. É justamente para tal balanceamento que surge a interpretação integrando os dois preceitos, segundo a proporcionalidade indicada.

Evidenciada, então, a colisão entre dois direitos fundamentais, cabe ao Magistrado, segundo a ponderação e a proporcionalidade, decidir. Em última análise, essa proporcionalidade visa à contenção do arbítrio e à moderação do exercício do próprio poder, sempre em favor da proteção dos direitos do cidadão. Nesse sentido, com acentua Guerra (2009, p. 298), a proporcionalidade tem sido utilizada no Direito Comparado, e, mais recentemente, também no Brasil, analisando-se a conformidade dos atos dos demais poderes e dos particulares com os ditames da razão e da justiça.

Proporcionalidade implica três requisitos: adequação da medida (aptidão de produzir o resultado pretendido), vedação do excesso (medida menos onerosa) e preponderância do direito protegido em relação ao limitado.

Note-se que a colisão exige ainda maior fundamentação da decisão, em verdadeira concretização da reserva de consistência, tanto pela complexidade do tema, quanto pela proporcionalidade em sentido estrito – ou seja, a mitigação de um direito fundamental em prol de outro. A atuação judicial não pode ser nebulosa.

De tudo quanto exposto, é sempre bom ressaltar que não se está aqui a propor uma “carta branca” ao Poder Judiciário. Apenas se espera que este concretize, exercendo seu papel em atenção ao princípio da intervenção estatal

obrigatória e à possibilidade de sindicabilidade apofundada das decisões administrativas, os direitos fundamentais sociais envolvidos. Ferreira (apud ZENI, 2007, p. 133), em percuciente observação, afirma que:

É certo que o juiz não vai substituir ao legislador, ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja diante de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são os parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade.

Mais rara se mostra a análise da atuação do Executivo, via Judiciário, por atos comissivos daquele, em viés que, em primeiro momento, pode parecer extremamente protetiva ao meio ambiente, mas, ainda assim, fora da legalidade, restando acoimada de vício. *Ad exemplum*, cita-se a falibilidade de outros instrumentos protetivos, a qual levou – e ainda tem levado – à utilização do tombamento como uma forma de proteção, até mesmo por vias transversas, de outros elementos que não lhe são diretamente interligados. A ausência de dossiês robustos, bem como tombamentos feitos em prazo exíguo e sem qualquer estudo, apontam para sua falaciosa utilização, na busca de obstar empreendimentos que podem não ser altamente lesivos ou que o são, mas os instrumentos de proteção do meio ambiente naturalístico não foram suficientes para impedi-los.

Nessa linha, também possível se faz a atuação do Judiciário, desta feita para coibir o desvio de finalidade apontado.

Ainda nos idos de 1942, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro *leading case* – apelação cível 7377, asseverou tal possibilidade, o que foi lembrado por Marés (1997, p. 70)

“A legalidade do tombamento dos monumentos históricos pode cada caso, e deve, ser apreciada pelo Poder Judiciário”. OS Ministros que participaram daquele julgamento aduziram argumentos profundos no sentido de que compete ao Judiciário avaliar a classificação pelo Executivo, “embora com mais discretos contornos”, dizia o ministro Filadelfo Azevedo, para que não esteja disfarçado sob o manto da técnica “o exagerado arbítrio ou a injustiça notória”. Lembra Victor Nunes Leal que o judiciário pode impugnar um tombamento, mas não só a alegação de que ele é inoportuno ou inconveniente. É necessário que haja provas de que o motivo era falso, isto é de que o bem não preenche os requisitos do artigo 1C, do Decreto-lei nº 25/37. Conclui Victor Nunes Leal que “os tribunais, embora dispondo da validade de contrariar o julgamento técnico do Conselho, se inclinam a respeitá-lo, emprestando-lhe o valor de laudo autorizado.”

Por fim, a tutela jurisdicional do meio ambiente é também peculiar quanto à amplitude dos pedidos, que eventualmente não estarão explicitados em norma específica, mas cujo espectro deverá ser o mais amplo possível. Há necessidade, portanto, de uma magistratura construtiva, atenta ao seu dever de intervir, na hipótese de omissão, ou mesmo de excesso, dos demais poderes do Estado na preservação ambiental.

5.2 Proteção por Decisão Judicial

Ainda que o foco maior de atuação do poder Judiciário venha sendo a análise da discricionariedade administrativa do gestor público, que, mal utilizada, poderá levar a máculas irreversíveis ao Patrimônio cultural, bom salientar que se encontra inserida na função jurisdicional, também, ofertar proteção aos bens que devem integrar o rol em tela – mas não o integram ainda.

Como é cediço, o valor cultural de determinado bem é prévio ao instrumental que será utilizado para sua proteção. Tal instrumental, que poderá ser o tombamento, o inventário, registro ou qualquer outro que sirva ao propósito da preservação, apenas reconhece e declara tal valor, criando, a partir do ato, efeitos específicos, segundo cada um dos instrumentos em tela.

No que tange ao tombamento – e o raciocínio aqui explicitado se aplica aos demais instrumentos –, José Eduardo Ramos Rodrigues (2001, p. 178) observou que a Constituição da República “exclui acertadamente a necessidade do tombamento prévio, já que seu texto não exige que os bens sejam tombados para integrarem o patrimônio cultural”. Ao designar o tombamento como uma das medidas para a proteção do patrimônio cultural, a Constituição não vinculou a essa medida a atribuição de tal valor, mas tão somente seu reconhecimento. O valor cultural, portanto, é prévio.⁷⁷

O Promotor de Justiça Rui Arno Richter (1999, p. 81) acrescentou, também utilizando como prisma de observação a lei penal:

Já a nova lei evoluiu em dois aspectos, em sintonia com a ordem constitucional: primeiro, em vez de se referir à coisa tombada, referiu-se a

⁷⁷ In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos, *Revista de Direito Ambiental*, nº 21, pp. 178.

“bem protegido por ato administrativo”, ampliando a tutela penal para abranger os bens culturais reconhecidos por qualquer ato do Poder Executivo, não só pelo tombamento; segundo, que mais de perto interessa à exposição, previu a “decisão judicial” como forma hábil de inserir bens culturais entre aqueles merecedores de tutela penal.

Hugo Nigro Mazzilli (1991, p. 85), analisando a lei de ação civil pública sob o enfoque da ausência de lesão ao princípio da separação dos poderes, afirma:

Fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado [...] 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 [...] destinada a impedir um dano iminente, poderia ser proposta, se o bem de valor cultural não estivesse tombado [...] Frustrar-se-ia o escopo das leis, seja o da Lei n. 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.

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho (1999, p. 551) leciona:

Importante e moderno instrumento protetivo é a ação civil pública, regulada pela Lei nº. 7.347, de 24.07.85. O grande objetivo da lei é a proteção dos interesses coletivos e difusos da sociedade [...]. Segundo o art. 1º, III, desse diploma, são protegidos pela ação civil pública, dentre outros direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, podendo ser postulado pelo autor pedido condenatório [...]. Isso independentemente de prévio ato de tombamento.

Marcelo Vanzella Sartori, em sua dissertação sobre o tema, apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Católica de Santos,⁷⁸ traz conclusões baseadas em significativa jurisprudência que demonstra a posição majoritária do Poder Judiciário quanto à tutela jurisdicional protetiva de bem não tombado. Nessa linha, Dias (2009, p. 28), após discorrer sobre o patrimônio cultural de Pelotas, traz o seguinte julgado:

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 DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR A PRESERVAÇÃO DO IMÓVEL. PERIGO DE COLAPSO. INTERESSE PÚBLICO CARACTERIZADO. O Poder Público, mesmo

⁷⁸ A dissertação em questão está disponível em <http://biblioteca.unisantos.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=65>.

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 à integridade e vida de pessoas. Agravo ministerial provido. Liminar confirmada. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 599327285, Rel.: Des. Vasco Della Giustina. J. 19.04.2000).

Assim, é plenamente possível que o judiciário analise a situação fática e determine a proteção ao bem, mercê de sua significância cultural. Não se deve confundir, todavia, os instrumentos administrativos elencados na Constituição, tais como o registro, inventário e tombamento, com a decisão judicial. O Judiciário não tombará o bem, mas, sim, ofertará à sociedade decisão que tenha os mesmos efeitos protetivos.

6 PODER LEGISLATIVO – ATUAÇÃO COMISSIVA E OMISSIVA

Ratifica-se o quanto antes afirmado: a proteção de determinado bem, inserindo-o, formalmente, no rol denominado patrimônio cultural, não é ato privativo do Poder Executivo. Ao Judiciário é possível a intervenção protetiva, ainda que não tenha natureza jurídica de tombamento como ato administrativo. Há que se perquirir, contudo, da possibilidade de tombamento, ou melhor, de publicação de ato com efeitos protetivos idênticos ou similares, pelo Poder Legislativo.

A tripartição de Poderes foi consagrada no artigo 2º da Constituição da República, cabendo ao Legislativo, como função típica, a de legislar. Funções atípicas de tal poder seriam julgar e administrar. Aquela, por exemplo, nos processos de impeachment do Presidente da República; esta, quando o Legislativo dispõe sobre sua própria organização e funcionamento. A ausência de observação dos limites na dicotomia funções típicas e atípicas parece esvaziar a tripartição em questão. Legislar é atuar em abstrato, estabelecer normas genéricas. Nessa linha, e defendendo a impossibilidade do tombamento legislativo, assevera Rabello (2009, p. 49):

A questão da abstratividade da lei relaciona-se diretamente com o princípio da separação de poderes prevista na Constituição Federal. De modo geral, as leis não abstratas, e que de fato realizam manifestações volitivas in concreto, não são normas de previsão e ordenação de direitos e obrigações, mas atos de realização do Direito. Ora, é próprio do Poder Executivo o exercício da função de realização dos atos concretos de Direito, enquanto ao Legislativo cabe a previsão das suas hipóteses abstratas. [...] Ao se admitir, amplamente, a não abstratividade da norma jurídica estar-se-ia, na prática, admitindo o exercício da função executiva pelo Poder Legislativo, já que este poderia não só prever o direito em tese, como também estabelecer e concretizar sua aplicação caso a caso. [...] No caso que examinamos, e dentro da relatividade desses limites, poderíamos conceber que, quando a preservação derivar de ato legislativo e inexistir abstratividade na norma, ao menos a característica de generalidade há que ser respeitada. Quanto à generalidade, ela estará presente se, de alguma forma o objeto de preservação estiver inserido em alguma categoria ampla ou, em outras palavras, se o que estiver preservado, por decorrência direta da lei, não for um bem específico, mas uma categoria de bens.

Rabello (2009) acrescenta, ainda, o requisito da isonomia; vale dizer, não cabe à norma jurídica fazer distinções arbitrárias. Ainda, como à lei não se exige fundamentação, como é exigido do ato administrativo, tal feriria a igualdade de todos na lei.

Soa perfunctório o argumento da fundamentação, eis que, como salienta Machado (2001, p. 873), o Legislativo poderá ser assessorado tecnicamente. O primeiro argumento, contudo, parece irretorquível. A despeito disso, a maioria da doutrina, acompanhada pela jurisprudência pátria, tem considerado legítima a atuação do Legislativo. Nessa linha, assevera Machado (2001, p. 872), em posição antagônica a de Rabello:

Não há nenhuma vedação constitucional de que o *tombamento* seja realizado diretamente por ato *legislativo* federal, estadual ou municipal. Como acentua Pontes de Miranda, basta para que o ato estatal protetivo - *legislativo* ou Executivo -, seja de acordo com a lei ou às normas já estabelecidas, genericamente, para a proteção dos bens culturais. O *tombamento* não é medida que implique necessariamente despesa e caso venha o bem tombado necessitar de conservação pelo poder público, o órgão encarregado para a conservação efetuará tal despesa.

Miranda (2006, p. 156-157) apresenta interessante raciocínio, inserindo a atuação do Legislativo em “outras formas de acautelamento e preservação”, previstas constitucionalmente. E acrescenta:

Como bem ressalta Carlos Frederico Marés, a tradição legislativa brasileira é no sentido de reconhecer, por meio da própria lei, bens do patrimônio cultural, tomando como exemplo a cidade de Ouro Preto, monumento nacional desde 1933, portanto legalmente protegido, por meio do Decreto n 22.928, de 12 de julho.

Além desta forma de intervenção estatal do legislativo, há necessidade de que o mesmo concretize sua função originária: a de legislar em abstrato. E tal atuação deve se coadunar com a proibição do retrocesso social anteriormente exposta, bem como com a necessária progressividade da tutela. A omissão legislativa, por certo, acaba por gerar dificuldades de ordem prática, como no caso da amplitude do inventário, ainda não regulamentado por lei, ou mesmo de requisitos para atuação em determinadas profissões, também não regulamentadas. Exemplo claro, na área do patrimônio cultural, é a ausência de parâmetros para o exercício da profissão de arqueólogo, cujos efeitos deletérios são sentidos no curso dos licenciamentos ambientais. Não há definição clara de quem pode, ou não, atuar na função, sendo certo que os estudos prévios de impacto ambiental, ou mesmo aqueles referentes ao diagnóstico, prospecção e resgate, não raro são desenvolvidos por terceiros que não detêm conhecimento teórico na área. Essa a

razão para que, recentemente, o IPHAN tenha publicado o ofício-circular 01/2013, tentando delimitar o conceito do artigo 9º, da Lei 3.924/61, qual seja, a “idoneidade técnico-científica”. Ainda que se tente conferir ao ofício características de uma portaria, veículo mais adequado para essa externalização do poder de polícia do qual é revestido a autarquia, fato é que a limitação do livre exercício de profissão através de um mero ato administrativo parece ser inconstitucional. O tema merece tratamento através, por certo, do poder legislativo, em norma de caráter abstrato.

7 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Para além das três funções clássicas do poder, importante *stakeholder* tem atuado na proteção do patrimônio cultural brasileiro: o Ministério Público. Na verdade, essa Instituição não parece se adequar a nenhuma daquelas funções. A Constituição o inseriu em seu capítulo IV, figurando no rol das essenciais à Justiça, o que poderia levar a crer que o Ministério Público estivesse vinculado ao Poder Judiciário. Na mesma linha, como fiscal da lei, poderia se pensar que o Ministério Público estivesse vinculado ao Legislativo, como se fosse uma atividade complementa a esse Poder. Por critério residual, poderia parecer que o Ministério Público estivesse vinculado ao Executivo, até mesmo em virtude da semelhança de suas atividades com as daquele Poder.⁷⁹

Concorda-se com Mazzilli que aponta para a posição *sui generis* do *Parquet*, fora da divisão clássica apontada. Mas o que faria do Ministério Público uma Instituição diferenciada na defesa do direito ao patrimônio cultural? A resposta parece simples: a discussão acima é acadêmica e o que importa, por certo, são as garantias conferidas ao *Parquet* para que possa exercer seu mister – a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a independência funcional –, sem quaisquer pressões externas.

A inamovibilidade, conforme artigo 128, § 5º, inciso I, alínea b, da Constituição da República, consiste em garantir ao Membro do Ministério Público sua não remoção, a não ser por vontade própria ou pela decisão da maioria do órgão colegiado competente do próprio Ministério Público, sempre no interesse público. Impossível seria atuar na proteção ambiental, por inúmeras vezes contra interesses públicos secundários, existindo a possibilidade de remoção, como forma de retaliação. Cabe acrescentar, ainda, que a inamovibilidade deve ser entendida dentro de seu feixe de atribuições, ou seja, no ofício, e não meramente no local de trabalho, na linha do quanto defendido por Carneiro (2000). Do contrário, possível seria retirar um atuante membro do Ministério Público de suas funções, transferindo-

⁷⁹ Não sendo escopo deste trabalho entrar em tal discussão, indica-se a leitura do artigo intitulado “A Natureza das Funções do Ministério Público e sua Posição no Processo Penal”. *Revista dos Tribunais*, 805/464, nov. 2002.

o para diversa, ainda que na mesma localidade, em virtude de atuação que desagradasse a terceiros.

A irredutibilidade de subsídios, conforme artigo 128, § 5º, inciso I, alínea c, vem sendo interpretada pelo Executivo como nominal, uma vez que os reajustes dos subsídios do Ministério Público – e também da Magistratura, que goza das mesmas garantias – vêm se concretizando em percentuais muito inferiores à inflação, o que descaracteriza o princípio.

Por fim, a independência funcional, esta talvez a mais polêmica das garantias do Ministério Público, justamente por afastar a noção de hierarquia, tão característica da ideia de Poder Executivo. Mais uma vez, traz-se a lição de Carneiro (2000, p.61), afirmando que a independência funcional “[...] se traduz no direito de o promotor ou procurador de justiça oficial livre e fundamentadamente de acordo com a sua consciência e a lei, não estando adstrito, em qualquer hipótese, à orientação de quem quer que seja” (grifou-se).

A independência funcional parece ser o coração da Instituição. Afasta a ingerência de qualquer autoridade, inclusive as internas ao próprio Ministério Público, Instituição onde a hierarquia é meramente administrativa, o que se mostra essencial para a defesa de interesses tão sensíveis.

Essas três garantias ou prerrogativas institucionais facilitam, por certo, o ainda existente protagonismo do Ministério Público na tutela do patrimônio cultural, o que ocorre pela utilização de cinco instrumentos básicos: as recomendações, o termo de ajustamento de conduta, a ação civil pública, a ação penal pública e as audiências públicas.

Recomendação é um documento de caráter não vinculante, de natureza administrativa, no qual o Ministério Público externaliza seu entendimento sobre determinada matéria, inserida no rol de suas atribuições (art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93)⁸⁰. Apesar de não significar uma requisição de atuação, ou seja, não ter coercibilidade por si só, fato é que o Membro do *Parquet* poderá, caso descumprida a recomendação, tomar medidas em âmbito administrativo e judicial. Significa, portanto, uma ampliação temporal para que o gestor público ou mesmo o ente privado atuem sem que seja necessário movimentar a máquina judicial. Assim,

⁸⁰ No endereço eletrônico <<http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/atuacao-do-mpf/recomendacoes/recomendacoes-2012/recomendacoes-2012>>, há diversas recomendações do Ministério Público Federal relativas à matéria ambiental.

como afirma Mazzilli (1996), tem grande força moral e, eventualmente, implicações práticas, devendo seu destinatário conferir-lhe publicidade e responder ao Ministério Público no prazo por este determinado, informando o seu cumprimento ou não, bem como suas razões para a decisão tomada.

A lei não delimitou com clareza os limites da recomendação. Parece interessante saber se esta, necessariamente, deve implicar, no caso de descumprimento, na propositura de ação civil pública. Tem-se em Crawford (2010, p. 270-271) a percuciente análise de Emerson Garcia sobre o tema:

Desenvolvendo-se a atividade do Ministério Público no âmbito de um Estado de Direito, ela deve necessariamente encontrar esteio na norma, quer constitucional, quer infraconstitucional. [...] A exemplo da necessidade de autorização normativa para sua expedição, também o respectivo objeto deve obedecer aos contornos traçados pela norma. Assim, ainda que as atribuições da Instituição sejam extremamente amplas e diversificadas, a expedição de recomendações deve resultar de uma autorização normativa, cingindo-se aos aspectos por ela indicados. Tratando-se de atuação de índole extrajudicial, não é divisado um atrelamento às hipóteses em que o Ministério Público está legitimado a atuar como "órgão" agente, sendo plenamente factível a expedição de recomendações em situações nas quais sequer é admitida a formulação de uma pretensão em juízo (v. g.: o Ministério Público, em virtude do princípio da separação dos poderes, não pode compelir o legislador a legislar, mas, a teor do art. 26, VII, da Lei nº 8.625/193, pode recomendar que o faça) (grifou-se).

A posição de Garcia aponta para a nova faceta do Ministério Público: a de verdadeiro “Ombudsman”, aquele que ouve críticas, reclamações, sugestões e atua em consonância com o sistema legal.

O termo de ajustamento de conduta⁸¹ resta definido na Lei 7.347/85, artigo 5º, § 6º. Qualquer órgão público legitimado para a propositura da ação civil pública pode firmar a avença, na qual são previstas sanções para eventual descumprimento. Há inúmeros benefícios na utilização desse instrumento. De sua natureza jurídica de título executivo extrajudicial já se depreende ser desnecessária a propositura de demoradas – e dispendiosas – ações civis públicas para que se defina a existência ou não do direito. Ainda, há efetivo diálogo entre comprometente e compromissário, por diversas vezes com a interveniência de *experts* no tema, estabelecendo-se obrigações e prazos para cumprimento factíveis. Por fim, considerando que a ausência da recomposição do dano impede a extinção da punibilidade em âmbito criminal, a avença firmada na seara cível poderá ser utilizada para compor os danos

⁸¹ No endereço eletrônico <<http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/atuacao-do-mpf/tac-procedimentos>>, há vários termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público Federal.

ambientais e viabilizar a aplicação dos benefícios previstos na Lei 9.605/98 c/c Lei 9.099/95.

Importante termo de ajustamento de conduta foi firmado entre o MPF e o IPHAN, referente à restauração de casarão no bairro Floresta, em Belo Horizonte, oriundo do acervo da extinta Rede Ferroviária Federal. Em tal casarão, cujo valor para a preservação da memória ferroviária foi formalmente declarado pela autarquia, funcionava o museu ferroviário mineiro, que foi desativado e cujo acervo se encontrava em péssimo estado de conservação. A avença entre o MPF e o IPHAN previu não somente a recuperação do imóvel, mas também a recuperação do acervo, documental e móvel, nele contido, o que ora vem se realizando.

A ação civil pública veio disciplinada pela Lei 7.347/85 e destina-se a defender, em juízo, qualquer direito difuso ou coletivo no qual se encontra inserida a proteção ao patrimônio cultural. Interessante notar que o Ministério Público não é o único legitimado para sua propositura, conforme artigo 5º daquele diploma legal, mas, se não atuar como parte, deverá estar presente na lide como fiscal da lei. Ademais, os pedidos nela vinculados não mais se cingem àqueles de caráter condenatório, em virtude da ampliação de tal rol pelo Código de Defesa do Consumidor. O importante é que seja proporcionada a mais adequada e efetiva defesa do interesse em jogo, o que pode importar em pedidos constitutivos ou declaratórios. Nessa linha, a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal visando a conservação do denominado “Museu da Lapinha”, a qual discute os valores ínsitos ao bem cultural, ainda que não protegido formalmente.⁸²

Ao revés da ação civil pública, a ação penal pública tem como único legitimado para propositura o Ministério Público. Quedando-se este inerte, contudo, há possibilidade de propositura de ação penal privada subsidiária da pública, conforme artigo 5º, inciso LIX, da Constituição. Inicia-se com a denúncia e resta finalizada com a sentença, absolutória ou condenatória, que não se cinge apenas às sanções clássicas do direito penal, mas também, e principalmente, à recuperação do dano.⁸³ Nessa última hipótese, a recuperação do dano ambiental, quando possível, é condição para a extinção da punibilidade.

⁸² Anexo F deste trabalho.

⁸³ A recuperação do dano como causa de extinção de punibilidade no direito penal é temática extremamente controversa e foge do escopo deste estudo. Para melhor análise, inclusive evidenciando a importância dos termos de ajustamento de conduta e sua repercussão na ação penal

Por fim, e não menos importante, as audiências públicas, que podem ser definidas como um instrumento da Administração Pública *lato sensu*, destinado a concretizar o princípio democrático insculpido na Constituição da República, promovendo o diálogo entre todos os interessados em determinado tema relevante. A norma geral aplicável aos ministérios públicos estaduais, a Lei n. 8.625/93, inciso IV, 3 parágrafo único, artigo 27, assim prevê que “[...] o Ministério Público poderá promover audiências públicas para melhor exercer as atribuições que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico”.

Em âmbito federal, o Conselho Superior do Ministério Público Federal, em 2006, publicou a Resolução 87, regulamentando a tramitação do inquérito civil público e dispondo sobre as audiências públicas, com base no art. 6º, VII, da Lei Complementar n. 75/93 e art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85.

A importância do patrimônio cultural advém da significância que a sociedade lhe confere. A participação efetiva da sociedade nas decisões dos poderes públicos é corolário do princípio democrático, como também da isonomia, uma vez que todos os interessados deverão ter acesso à informação de forma igualitária. Todavia, o gestor não se vinculará a qualquer manifestação de opinião exarada em tais atos, mas certamente esta servirá como subsídio para a decisão final.⁸⁴

O Ministério Público, como representante da sociedade, deve realizar tais atos, ratificando sua legitimação social e proporcionando ao cidadão o exercício dessa cidadania.

pública, sugere-se a consulta ao endereço eletrônico <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20101025175621738>.

⁸⁴ Indica-se, para aprofundamento do tema, o artigo intitulado “A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais”, de João Batista Martins César. *RVMD*, Brasília, v. 5, nº 2, p. 356-384, jul-dez, 2011.

7A LEI COMPLEMENTAR 140/2011 – COOPERAÇÃO E INCOMPREENSÃO

Na proteção do patrimônio cultural, a tônica merece ser a cooperação entre Estado e cidadão, respeitando, na gestão pública, os valores ínsitos ao bem protegido.

Recorte específico da cooperação entre os próprios entes federativos, o licenciamento ambiental foi alvo de disciplinamento ao final de 2011, em cumprimento ao quanto previsto no artigo 23, § único, da Constituição da República.

A maior inovação trazida pela novel legislação parece ter sido a delimitação clara de que apenas um ente federativo poderá licenciar. Anteriormente à vigência da Lei Complementar 140/2011, disciplinava a coordenação e o licenciamento ambiental a Resolução CONAMA 237/97. Ora, a Constituição determinava que tal disciplina devesse ser objeto de lei complementar e não de resolução, hierarquicamente inferior. Assim, havia grande discussão sobre a possibilidade de existência de licenciamentos ambientais em diversos níveis federativos, concomitantemente. Essa possibilidade restou afastada com a novel legislação, mais precisamente em seu artigo 13.

Resta saber, contudo, a amplitude da atribuição supletiva, prevista, sem qualquer parâmetro, no artigo 10, *caput*, da Lei 6.938/81. Note-se que a LC 140/2011, além de ter revogado parcialmente o artigo em comento, trouxe efetivamente parâmetros para atuação supletiva e criou, também, a figura da atuação “subsidiária”.

Entenda-se, primeiramente, o licenciamento supletivo. Doutrina e jurisprudência afirmavam, antes da LC 140/2011, ser possível a atuação supletiva nos casos de omissão ou inépcia do órgão estadual. Ensina Paulo Affonso Leme Machado (2001, p. 252): “A atuação supletiva do IBAMA, apesar de a lei não indicar os seus parâmetros, deverá ocorrer, principalmente, em duas situações: se o órgão estadual ambiental for inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omissor.”

Nessa linha, decidiu o E. STJ:⁸⁵

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL. NULIDADE DE LICENCIAMENTO. INSTALAÇÃO DE RELAMINADORA DE AÇÓS. LEIS

⁸⁵ Disponível em: <http://www.jfse.jus.br/noticiasbusca/noticias_2009/outubro/sent_embargo_ibama.pdf>.

NºS 4.771/65 E 6.938/81. ATUAÇÃO DO IBAMA. COMPETÊNCIA SUPLETIVA. I - Em razão de sua competência supletiva, é legítima a presença do IBAMA em autos de ação civil pública movida com fins de decretação de nulidade de licenciamento ambiental que permitia a instalação de relaminadora de aços no município de Araucária, não se caracterizando a apontada afronta às Leis nº 4.771/65 e nº 6.938/81. II - "A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais" (REsp nº 588.022/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 05/04/2004). III - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido - RESP 200600156740

A fronteira entre a indevida ingerência da autarquia federal e sua própria omissão em atuar conforme os ditames legais sempre se mostrou tênue, devendo ser analisado o caso concreto para a caracterização de uma das três hipóteses apontadas. E, conforme o caso concreto, a situação bastante comum de postergação de atividades de diagnóstico, típicas da etapa da licença prévia, através de condicionantes desta, poderia, por exemplo, ensejar a supletividade do IBAMA. Imagine-se que o órgão licenciador estabeleceu como condicionante da LP (licença prévia) a apresentação de inventário aprofundado da flora, em área de Mata Atlântica; ou mesmo que foram postergados estudos específicos sobre determinado espécime da fauna, quando já há outros a indicar espécime de ocorrência microendêmica em extinção, conforme "lista vermelha" do Ministério do Meio Ambiente. Por certo, há inépcia do licenciador de outra esfera federativa. O postergar a análise de dados imprescindíveis para a declaração de viabilidade ou não de empreendimento, foi, inclusive, objeto de recomendação específica do TCU ao próprio IBAMA, através do Acórdão nº 1869/2006 - PLENÁRIO -TCU, cujo trecho ora se transcreve:

Determinações:

[...]

2 - Ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama que:

"2.2.2 - não admita a postergação de estudos de diagnóstico próprios da fase prévia para fases posteriores sob a forma de condicionantes do licenciamento, conforme prescreve o art. 6º da Resolução CONAMA n.º01/86."

O lastro maior, por óbvio, para a atuação em tela, seria a competência comum da União, Estados e Distrito Federal na proteção do meio ambiente, conforme disposto no artigo 23, inciso VI, da Constituição da República. A Lei Complementar 140/2011 nada mais é que o cumprimento do quanto previsto como regulamentação

no Parágrafo Único do mesmo artigo. Vale dizer: seu teor deve se cingir à fixação de normas de “cooperação” entre os entes federativos e não de delimitação – ou limitação – de atribuições.

Note-se, contudo, que a fixação das hipóteses de atuação supletiva acabaram por extrapolar tal desiderato de regulamentação da cooperação. Com efeito, aquela restou autorizada, pela letra fria da lei, tão somente em dois casos: inexistência de órgão ambiental capacitado ou de conselho ambiental, até que se promova sua criação; ou na hipótese de descumprimento do prazo de licenciamento previsto no artigo 14. A inépcia mostrou-se, em leitura superficial, ausente das causas ensejadoras da atuação supletiva.

Como é cediço, ao revés da inércia ou omissão, a inépcia tem caracterização bem mais difícil. Exige juízo de valor, negativo, acerca da atuação de outro ente federativo e, por isso mesmo, é medida excepcional. Todavia, frise-se, legislação cujo espectro constitucional era tão somente o de regulamentar cooperação não pode ter o condão de limitar a competência do ente federativo União, desde que, por óbvio, haja interesse desta envolvido no caso. A *ratio* do artigo 23 da Constituição da República é permitir a plena proteção do meio ambiente, nele inserido o patrimônio cultural, descabendo ao legislador infraconstitucional mitigá-la.

Traga-se essa construção para o patrimônio cultural, considerando que o IBAMA enfeixa, em âmbito federal, a atribuição para a condução do procedimento do licenciamento.⁸⁶ Imagine-se a hipótese de um determinado licenciamento de hidrelétrica afetar Caicó, no Rio Grande do Norte, a ponto de fragmentar socialmente a comunidade, impedindo a realização dos festejos de Sant’Ana de Caicó, objeto de proteção, através de registro (patrimônio imaterial). Parece clara a necessidade de intervenção do IPHAN. Suponha-se, então, que o licenciamento é realizado de forma lacunosa pelo órgão que detém atribuição originária. Para além da óbvia possibilidade de judicialização do problema, compelindo o licenciador natural a atuar corretamente, crê-se exigível o licenciamento também pelo IBAMA, visto que é evidente o interesse federal. E, ainda que assim não se entenda, também é possível o pleno exercício do poder de polícia pelo IPHAN, mesmo fora do procedimento de licenciamento, determinando a imediata paralisação de quaisquer atividades que

⁸⁶ Lembrando que não se coaduna com o pensamento da possibilidade de interpretar a portaria MINC 92/2011 como abertura para ocorrência de licenciamento cultural pelo IPHAN.

venham a afetar o bem protegido. Ambas as hipóteses concretizam o princípio da proibição da proteção deficiente.

Por oportuno, e considerando a excepcionalidade do licenciamento supletivo, merece ser ressaltada a absoluta necessidade de aprofundamento da fundamentação do ato administrativo que a delimita, sob pena de nulidade. Na atuação subsidiária, ao revés da supletiva, não há substituição de um ente licenciador por outro, mas, sim, auxílio ao ente originário, o que efetiva a ideia de cooperação. Todavia, é o ente que detém atribuição quem deverá solicitar tal auxílio, considerando-se *expertise* de outro órgão ou instituição ou mesmo sua capacidade econômica ou administrativa.

Também em seu artigo 17, a legislação em tela parece extrapolar seu desiderato, ao afirmar que a fiscalização somente pode ser exercida pelo órgão licenciador, pela lavratura de auto de infração e instauração de processo administrativo para a apuração de infração à legislação ambiental. Mais uma vez, olvidou o legislador infraconstitucional a cooperação em sua plenitude, a proibição da insuficiência na proteção do meio ambiente e a necessária manutenção de parcela da “subsidiariedade” dos demais órgãos que detêm atribuição para atuar nas matérias que compõem os atos complexos formadores da licença ambiental.

Por fim, e não menos polêmica, tem se a afirmação de que a manifestação dos demais entes federativos não possui caráter vinculante – artigo 13, § 1º, da Lei Complementar 140/2011. Assim, caso a entidade responsável pela proteção ao patrimônio cultural se manifeste contrariamente à emissão da licença – ou mesmo favoravelmente, apontando para a possibilidade na melhoria da conservação do bem – a posição final do licenciador poderá ser distinta.

Na última hipótese, certamente outra matéria objetou a expedição da licença, conferindo viés protetivo sob outra ótica. O problema reside na primeira hipótese. Ao afunilar a análise apenas sob o viés do jogo de ônus e bônus contido no licenciamento ambiental, parece estar correto o regramento. Afinal, todas as máculas ambientais – inclusive aquelas em face do patrimônio cultural – serão avaliadas, observando-se se o desenvolvimento proposto se dará de forma sustentável. A última palavra, então, deveria ser a do licenciador.

Há uma tendência natural, contudo, de quem atua na área da proteção ambiental em afirmar que a *expertise* do órgão que ofertou parecer negativo deve prevalecer. Parece ser uma forma de retrocesso ambiental a da LC 140/11, quando

delimita, a princípio, que a manifestação dos demais entes federativos não será vinculante. Isso porque as estruturas de poder criadas para determinadas finalidades fiscalizadoras, como as autarquias “culturais”, detêm *expertise* específica, aumentando-se, ainda que em tese, a proteção.

Nenhuma das duas respostas, “absolutas”, parece estar correta, devendo ser analisado o caso concreto e o alcance do instrumento protetivo. Ora, o direito é um sistema de regras e princípios, não podendo ser interpretado de forma isolada. Há outros regramentos no arcabouço jurídico e aqueles devem ser verificados – pois poderão levar a uma blindagem do objeto de forma absoluta, dependendo totalmente da manifestação do “órgão” técnico. A colisão entre regras, conforme apontado alhures, leva à utilização do princípio da especialidade, e este conduz à utilização de diplomas específicos de cada instrumental protetivo. É o caso, por exemplo, da impossibilidade de qualquer modificação em bens tombados, na proteção específica conferida à arqueologia etc. Retome-se, contudo, o “caso Caicó”: se o IPHAN houvesse se manifestado contrariamente ao empreendimento, mas o licenciador houvesse por bem conceder a licença, feriria a legislação especial acerca do registro, ou esta pressupõe a possibilidade de mudança? Parece que, nesse caso, a configuração do retrocesso ambiental seria mais difícil. Ao revés, caso houvesse tombamento de um bem tangível na localidade, poderia ser afirmado, com certeza, que a manifestação negativa da autarquia era vinculativa, em virtude de o Decreto-lei 25/37 exigir a autorização.

Essas questões, por certo, serão objeto de estudos específicos na seara jurídica – a cuja finalidade não se destina esse trabalho –, e a jurisprudência também trará novos esclarecimentos à interpretação da legislação, ainda extremamente lacunosa.

Apesar de toda a expectativa gerada por mais de seis anos de tramitação do projeto de lei, ao menos na seara do patrimônio cultural pode-se afirmar, com ue as divergências de interpretação e a incompreensão do texto poderão causar, na prática, retrocesso ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela do patrimônio cultural implica a abordagem interdisciplinar, onde sociedade, comunidade científica e Estado dialoguem efetivamente. A complexidade do conviver humano, em uma sociedade voltada para o crescimento econômico a qualquer custo, merece balizamentos cuja atribuição é comum a todos. Esse é o sentido da constituição federal ao afirmar a necessidade – e a responsabilidade – do trabalho conjunto e cooperativo.

Reconhecer que vivemos em uma “sociedade de risco” implica, então, exigir do Estado que cumpra efetivamente seu papel, visto que atua como gestor de *bens públicos*. E tal gestão deve se operar segundo os princípios norteadores da atuação da Administração Pública, principalmente o da eficiência. Perigos e riscos merecem, assim, análise pela melhor tecnologia, trazendo à tona não somente sua quantificação, mas também a significância cultural que lhe serve como fundamento.

Na seara do patrimônio cultural, mais acuradas ainda devem ser as avaliações e a gestão delas decorrentes, em virtude da matriz finita dos bens culturais e da diversidade cultural que pode implicar na mácula aos significados. Não se pode esquecer que a globalização do desenvolvimento implica romper fronteiras físicas, não raro, observando-se a inserção de capital e mão de obra estrangeiros em solo nacional, com dificuldade de entendimento e valoração de nosso próprio patrimônio, justamente pelo não entendimento do que importa à sociedade local.

Enfim, foram ultrapassadas as meras preocupações com agentes pontuais para dar lugar à preocupação com outros fatores que podem, em curtíssimo espaço de tempo, macular significativamente o patrimônio cultural. Os grandes empreendimentos, “indutores de desenvolvimento”, são vistos como um benefício para a sociedade, mas, não raro, possuem graves lacunas no que tange a transgeracionalidade e consequente sustentabilidade.

Como bem assevera Beck (2011, p. 34), nas definições de risco “quebra-se o monopólio de racionalidade das ciências”. Há probabilidades de dano, não certezas.

[...] constatações de risco baseiam-se em possibilidades matemáticas e interesses sociais, mesmo e justamente quando se revestem de certeza técnica. Ao ocuparem-se com riscos civilizacionais, as ciências sempre acabaram por abandonar sua base de lógica experimental, contraindo um casamento polígamo com a economia, a política e a ética – ou mais precisamente: elas convivem numa espécie de “concubinato não declarado.

Esse concubinato, a toda evidência, é o procedimento de licenciamento ambiental, daí seu destaque neste estudo, inserido que se encontra na intervenção estatal obrigatória do Poder Executivo. E mesmo na atuação diuturna da Administração, ainda que fora dos licenciamentos ambientais, a análise de riscos se mostra de extrema importância em virtude dos poucos recursos públicos e multiplicidade de direitos sociais a serem protegidos, exigindo da gestão pública gastos segundo a complexa análise em questão, sob pena de ilimitada utilização do princípio da reserva do possível, sem maior fundamentação.

Noutra ponta, as demais funções, Legislativo e Judiciário, além do *ombudsman* Ministério Público, precisam se conscientizar da importância do tema e atuar, positivamente, no limite máximo de suas atribuições e competências, fechando, então, o ciclo estatal de Poder.

Conclui-se, então, que a cooperação exigida pela Constituição da República e reforçada pela Lei Complementar 140/2011 – esta, especificamente no que tange ao licenciamento ambiental –, é essencial para o bom funcionamento da máquina estatal e para o real exercício da cidadania. Cooperação, sob o prisma estatal, endógena e exógena, dentro de sua própria estrutura e com/entre outros importantes *stakeholders*.

Por fim, ainda que evidentemente seja desnecessário, sempre bom ressaltar que o presente estudo não teve a pretensão de exaurir o tema. Muito pelo contrário. Uma operadora do direito se lançou em outros mares, ainda que vinculados a sua labuta diuturna, na busca de conhecimentos imprescindíveis para melhor exercer seu mister. Estas breves laudas são o resultado desse esforço.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 1996.

AQUINO, Rubens Santos Leão de e outros. *História das Sociedades – Das sociedades modernas às sociedades atuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico.

ARAÚJO, Guilherme Maciel. Os valores do patrimônio cultural – uma contribuição teórica para as políticas de conservação Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/13.145/4387>>.

ARAÚJO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. Disponível em: <http://www.moodle.ufba.br/file.php/8907/Ambiente_Saude_Sustentabilidade/Selene_Herculano_Riscos_e_desigualdade_social_a_tematica_da_Justica_Ambiental_e_sua_construcao_no_Brasil.pdf>.

BARBOZA, Kleumanery de Melo. Gestão de Riscos para Acervos Museológicos, 2011. Dissertação de mestrado apresentada na Escola de Belas Artes da UFMG. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace//handle/1843/JSSS-8H8NC9/dissertacao_kleumanery.pdf?sequence=1>.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECHARA, Erika. *Licenciamento e compensação ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIGNOTTO, Newton. Um conceito em evolução. *Revista da Universidade Federal de Minas Gerais*, ano 3, n. 8, out/2005.

BROKERHOF, Agnes W. Collection Risk Management – The Next Frontier. Disponível em: <http://www.rijksdienstvoorhetcultureelerfgoed.nl/sites/default/files/documenten/downloads/2006_CMA_Next%20frontier.pdf>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASTRIOTA, Leonardo Barci. *Patrimônio Cultural. Conceitos, Políticas e Instrumentos*. São Paulo: Annablume, 2009.

CHOAY, Françoise. *A Alegoria do Patrimônio*. São Paulo: UNESP, 2001.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à Lei n° 9.605/98*, 2. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CRAWFORD, Ronaldo Assis. Os Principais Instrumentos Utilizados pelo Ministério Público na Tutela do Patrimônio Cultural. In: *Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel*. Coord. Maria Tereza Fonseca Dias e Carlos Magno de Souza Paiva. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 261/274.

CURY, Isabelle. *Cartas patrimoniais*. IPHAN. 1995.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA Carlos Magno de Souza. *Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do Direito Processual Ambiental*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs. *Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel*. Coord. Maria Tereza Fonseca Dias e Carlos Magno de Souza Paiva. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord). *Julgamentos Históricos do Direito Ambiental*. Campinas: Millennium, 2010.

FUENTES BODELON, f. *Planteamientos previos a toda formulacion de um Derecho Ambiental*, em DA, n. 180, 1981, pp. 113 e segs.

GUERRA, Sidney. *Direito Internacional Ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

GUERRA, Sidney. *Direito Ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HART, Michael H. *As 100 Maiores Personalidades da História*. Difel, 2002.

HOLLÓS E PEDERSOLI Jr. Gerenciamento de Riscos, uma abordagem interdisciplinar. PontodeAcesso, *Revista do Instituto de Ciência de Informação da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 3, n. 1, p. 72-81, abr. 2009.

LEITE, José Rubens Morato Leite. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LONGO, W. P. *Tecnologia e soberania nacional*. São Paulo: Nobel, 1984.

LUZ, Marcos Caires. O velho, useiro e vezeiro conflito entre o art. 32 da LCP e o art. 309 do CTB sob o ângulo positivista vs. pós-positivista. Interpretação por desintegração, integração e hiper-integração. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1828, 3.jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11421>>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARSHALL, Thomas H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATEO, Ramon Martíns. *Tratado de derecho ambiental*. v. 4. Madrid: Edisofer, 2003.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à Filosofia do Direito, à Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011.

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

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. n. 02, abr.-jun./1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas 2005.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *Cultura é patrimônio: um guia*. Fundação Getúlio Vargas Editora, 2008.

OLIVEIRA, José Domingues. *Direito Tributário e Meio Ambiente – 2ª edição – Rio de Janeiro – Renovar – 1999*

RABELLO, Sônia. *O Estado na Preservação de Bens Culturais – Tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

RICHTER, Rui Arno, In: *Meio Ambiente Cultural. Omissão do Estado e Tutela Judicial*. Curitiba: Juruá, 1999. 2ª tiragem.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. O patrimônio cultural nos documentos internacionais. In: *Direito Ambiental Internacional*. Org. Cristiane Derani e José Augusto Fontoura Costa. Santos: Universitária, 2001.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 21, pp. 178 e 184.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; WALCACER, Fernando. Infrações contra o patrimônio cultural: competência do IPHAN e demais órgãos de preservação patrimonial para aplicar sanções administrativas ambientais. In: *Revista Magister Direito Ambiental e Urbanístico*, 25. ed. ago/set 2009, pg. 84-89.

ROGERS, Richard. *Cidades para um pequeno planeta*. Barcelona: Gustavo Gilli. 2001.

ROSA, Patrícia Silveira da. *O Licenciamento Ambiental à Luz da Teoria dos Sistemas autopoieticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

SACHS, Ignacy. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo: Vértice, 1986.

SCHMIDT, Caroline Assunta; FREITAS, Mariana Almeida Passos de. *Tratados Internacionais de Direito Ambiental – textos essenciais ratificados pelo Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao(do) Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Proteção jurídica do patrimônio arqueológico no Brasil: fundamentos para efetividade da tutela em face de obras e atividades impactantes*. Erechim: Habilis, 2007.

TÁCITO, Caio. *Ombudsman: o defensor do povo*. In: *Revista de direito público*, v. 21, n. 85, p. 43-51, jan./mar.1988.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do meio Ambiente. Tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004.

WEDY, Gabriel, *O Princípio constitucional da precaução*, Editora Forum. 2011.

WIESE, Hernane Elesbão. *Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia – Canotilho*. v. 2. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 06. jul. 2008. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/direito-ambiental/390>.

ZENI, Carine. *O poder judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais*, Ver. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 3, n. 2, p. 129-148, jul/dez 2007.

ANEXO A

RESOLUÇÃO 41/128 ONU - 1986

DECLARAÇÃO SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

A Assembléia Geral,

Tendo em mente os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas relativas à realização da cooperação internacional, para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e encorajar o respeito dos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

Reconhecendo que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;

Considerando que sob as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e as liberdades consagrados nesta Declaração possam ser plenamente realizados;

Recordando os dispositivos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;

Recordando ainda os importantes acordos, convenções, resoluções, recomendações e outros instrumentos das Nações Unidas e de suas agências especializadas relativos ao desenvolvimento integral do ser humano, ao progresso econômico e social e desenvolvimento de todos os povos, inclusive os instrumentos relativos à descolonização, à prevenção de discriminação, ao respeito e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, à manutenção da paz e segurança internacionais e maior promoção das relações amistosas e cooperação entre os Estados de acordo com a Carta;

Recordando o direito dos povos à autodeterminação, em virtude do qual eles têm o direito de determinar livremente seus status político e de buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural;

Recordando também o direito dos povos de exercer, sujeitos aos dispositivos relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, soberania plena e completa sobre todas as suas riquezas e recursos naturais;

Atenta à obrigação dos Estados sob a Carta de promover o respeito e a observância universais aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de qualquer natureza, tal como de raça, cor, sexo, língua, religião, política ou outra opinião nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status;

Considerando que a eliminação das violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e indivíduos afetados por situações tais como as resultantes do colonialismo, neocolonialismo, apartheid, de todas as formas de racismo e discriminação racial, dominação estrangeira e ocupação, agressão e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial e ameaças de guerra contribuiria para o estabelecimento de circunstâncias propícias para o desenvolvimento de grande parte da humanidade;

Preocupada com a existência de sérios obstáculos ao desenvolvimento, assim como à completa realização dos seres humanos e dos povos, constituídos, inter alia, pela negação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e considerando que todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, e que, para promover o desenvolvimento, devem ser dadas at4enção igual e consideração urgente à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e que, por conseguinte, a promoção, o respeito e o gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não podem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais;

Considerando que a paz e a segurança internacionais são elementos essenciais à realização do direito ao desenvolvimento;

Reafirmando que existe uma relação íntima entre desarmamento e desenvolvimento e que o progresso no campo do desarmamento promoveria consideravelmente o

progresso no campo do desenvolvimento, e que os recursos liberados pelas medidas de desarmamento deveriam dedicar-se ao desenvolvimento econômico e social e ao bem-estar de todos os povos e, em particular, daqueles dos países em desenvolvimento;

Reconhecendo que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que essa política de desenvolvimento deveria assim fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do desenvolvimento;

Reconhecendo que a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento dos povos e indivíduos é a responsabilidade primária de seus Estados;

Ciente de que os esforços em nível internacional para promover e proteger os direitos humanos devem ser acompanhados de esforços para estabelecer uma nova ordem econômica internacional;

Confirmando que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável e que a igualdade de oportunidade para o desenvolvimento é uma prerrogativa tanto das nações dos indivíduos que compõem as nações;

Proclama a seguinte Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento:

Artigo 1º

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.
2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Artigo 2º

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.
2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.
3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Artigo 3º

1. Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento.
2. A realização do direito ao desenvolvimento requer pleno respeito aos princípios do direito internacional, relativos às relações amistosas de cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.
3. Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações, de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos.

Artigo 4º

Os Estados têm o dever de, individual e coletivamente, tomar medidas para formular as políticas internacionais de desenvolvimento, com vistas a facilitar a plena realização do direito ao desenvolvimento.

1. É necessária ação permanente para promover um desenvolvimento mais rápido dos países em desenvolvimento. Como complemento dos esforços dos países em desenvolvimento, uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu amplo desenvolvimento.

Artigo 5º

Os Estados tomarão medidas firmes para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e dos seres humanos afetados por situações tais como as resultantes do apartheid, de todas as formas de racismo e discriminação racial, colonialismo, dominação estrangeira e ocupação, agressão, interferência estrangeira e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, ameaças de guerra e recusas de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação.

Artigo 6º

1. Todos os Estados devem cooperar, com vistas a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal pela observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.
2. Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.
3. Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Artigo 7º

Todos os Estados devem promover o estabelecimento, a manutenção e o fortalecimento da paz e segurança internacionais e, para este fim, deveriam fazer o máximo para alcançar o desarmamento geral e completo do efetivo controle internacional, assim como assegurar que os recursos liberados por medidas efetivas de desarma-

mento sejam usados para o desenvolvimento amplo, em particular o dos países em via de desenvolvimento.

Artigo 8º

1. Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.
2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

Artigo 9º

1. Todos os aspectos dos direito ao desenvolvimento estabelecidos na presente Declaração são indivisíveis e interdependentes, e cada um deles deve ser considerado no contexto do todo.
2. Nada na presente Declaração deverá ser tido como sendo contrário aos propósitos e princípios das Nações Unidas, ou como implicando que qualquer Estado, grupo ou pessoa tenha o direito de se engajar em qualquer atividade ou de desempenhar qualquer ato voltado à violação dos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos,

Artigo 10

Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.

* Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

ANEXO B**PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA ADI 4757****MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

Nº 7308-PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.757

REQUERENTE : ASIBAMA NACIONAL – ASSOCIAÇÃO NACIONAL
DOS SERVIDORES DA CARREIRA DE
ESPECIALISTA EM MEIO AMBIENTE E PECMA

REQUERIDOS : CONGRESSO NACIONAL
: PRESIDENTA DA REPÚBLICA

RELATORA : MINISTRA ROSA WEBER

Lei Complementar nº 140/11. Normas de cooperação entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal relativamente a ações administrativas para a proteção do meio ambiente. Preliminares. Ausência de procuração com fins específicos e de cópia da norma impugnada. Mérito. Alegação de inconstitucionalidade formal do § 3º do art. 17 da referida lei. Não ocorrência. Princípios da subsidiariedade e da proibição de proteção deficiente. Parecer pelo deferimento parcial da liminar.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que fixa normas para *“cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora”*.

2. A requerente invoca, preliminarmente, sua legitimidade ativa, por tratar-se de entidade de classe de âmbito nacional que representa servidores da área ambiental federal, distribuídos entre o IBAMA, o ICMBio e o Ministério do Meio Ambiente. Alega que a lei impugnada tem repercussões diretas para os servidores associados.

3. No mérito, sustenta a inconstitucionalidade formal da LC nº 140/11, porque o respectivo projeto, que teve início na Câmara dos Deputados, uma vez encaminhado ao Senado, sofreu modificações de conteúdo na norma

inscrita no § 3º do art. 1787, e, como não retornou à Câmara, foi violado o parágrafo único do art. 65 da CR88.

4. Aduz que a referida lei violou o art. 225 da CR89, ignorando o federalismo cooperativo ali inscrito. Isto porque, a um só tempo, esvaziou as atribuições da União, e não discorreu sobre como seriam exercidas as competências comuns previstas nos incisos III, VI e VII do art. 23 da CR 90.

5. Este vem a ser o norte também das análises tópicas a seguir deduzidas, todas elas fortes na desconformidade de dispositivos da LC nº 140/11 com os arts. 23 e 225 da CR.

6. É o que se dá com o art. 17, quando limita apenas ao órgão responsável pelo licenciamento a lavratura de auto de infração e a instauração de processo administrativo para a apuração de infração à legislação ambiental.

87Art. 17, § 3º. O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, **sendo nulo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que não detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput.** (redação original).

Art. 17, § 3º. O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, **prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput.** (redação modificada).

88Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

89Art. 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.

90Art. 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; (...)

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

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

Acrescenta que os seus §§ 2º e 3º são medidas paliativas, incapazes de conter as inconstitucionalidades da cabeça do artigo.

7. Esse § 3º, de resto, incorreria, ainda, em ofensa aos princípios (i) da eficiência, porque permite a existência de até três processos idênticos sobre o mesmo fato, sendo que apenas um prevalecerá; e (ii) da segurança jurídica e do devido processo legal, ao possibilitar um processo administrativo “condicional”, “transitório”, cuja existência findaria quando o ente competente decidisse autuar e processar o infrator. Ao mesmo tempo, a previsão configura retrocesso em relação à proteção ambiental.

8. Também os incisos XIII do art. 7º; XIII do art. 8º; e XIII do art. 9º⁹¹ restringem as atuações de controle e fiscalização de cada ente

91Art. 7º. São ações administrativas da União: (...)

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida à União.

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas; d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados; f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento; (...)

Art. 8º. São ações administrativas dos Estados: (...)

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados;

federativo apenas ao que lhes cabe licenciar ou autorizar, com isso compartimentando competências e pondo fim à competência supletiva, especialmente a da União.

9. Os arts. 4º, V e VI; 14, § 3º; e 1592, prossegue, constituem hipóteses inconstitucionais de delegação do dever de proteção ambiental de

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º.

Art. 9º. São ações administrativas dos Municípios: (...)

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município;

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos: a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

XV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, aprovar: a) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em florestas públicas municipais e unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e b) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em empreendimentos licenciados ou autorizados, ambientalmente, pelo Município.”

92 Art. 4º. Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional: (...)

V - delegação de atribuições de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar;

VI - delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar.

Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento. (...)

§ 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.

Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

um ente federativo para outro, em clara ofensa ao principal vetor da matéria, que é a atuação de todos. Já o § 4º do art. 1493 cria autorização ambiental ficta, decorrente de mora na manifestação do órgão ambiental competente, em violação ao inciso IV do § 1º do art. 225 da CR94.

10. Aponta, ainda, a inconstitucionalidade dos arts. 7º, incisos XIII e XIV; 8º, incisos XIII e XIV; 9º, incisos XIII e XIV; 20; e 2195, por limitarem materialmente as competências dos entes federativos a um rol restrito, em prejuízo da solidariedade e da complementariedade da ação do Poder Público. De mais a mais, os arts. 20 e 21, ao revogarem os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 6.938/81, retiram da União, respectivamente, a competência supletiva para redução de poluição e a competência para licenciar em razão do impacto, deslocando-a para o empreendimento.

II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e

III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

93Art. 14, § 4º. A renovação de licenças ambientais deve ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.

94Art. 225. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

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.

95Art. 20. O art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. § 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente. § 2º (Revogado). § 3º (Revogado). § 4º (Revogado).” (NR); Art. 21. Revogam-se os §§ 2º, 3º e 4º do art. 10 e o § 1º do art. 11 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.”

11. Por fim, vê violação ao princípio da legalidade na alínea “h” do inciso XIV e no § único do art. 7º96, ao permitirem que Comissão Tripartite Nacional imponha obrigações e deveres por meio de proposição.

12. Foi adotado o rito do art. 10 da Lei nº 9.868/99, e prestadas informações pela Presidência da República e pelo Congresso Nacional.

13. A Advocacia-Geral da União manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido.

14. É o relatório.

15. Inicialmente, a legitimidade da requerente foi reconhecida no julgamento da ADI 4.02997, dirigida contra a Lei 11.516/2007, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio. Tanto ali como na hipótese presente, trata-se de discutir o sistema normativo de proteção ambiental e, portanto, a mesma solução acerca da legitimidade ativa deve ser adotada.

16. Por outro lado, quanto à preliminar de ausência de procuração com poderes específicos, suscitada pela AGU, o entendimento dessa

96Art. 7º. (...) XIV- promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento. (...)

Parágrafo único. O licenciamento dos empreendimentos cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira será de atribuição da União exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

97Rel. Min. Luiz Fux, julg. 7 e 8/03/2012, Informativo 657.

Corte é no sentido de que o vício é passível de regularização, devendo a requerente ser intimada para tanto⁹⁸.

17. Já a segunda preliminar deduzida pela AGU, de ausência de cópia da lei impugnada, como exige o § único do art. 3º da Lei nº 9.868/99, não deve ser acolhida. É que, além de se tratar de lei federal, de fácil acesso em *sites* governamentais, a inicial reproduz cada um dos artigos atacados. Em situações similares, o STF vem relevando a falta⁹⁹. Caso se entenda de modo diverso, também deve ser dada oportunidade à requerente de remediá-la.

18. Passando ao exame do mérito, não há inconstitucionalidade formal. A jurisprudência absolutamente pacífica da Corte, quanto ao parágrafo único do art. 65 da CR, é de que não há necessidade de retorno à Casa iniciadora quando “*as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas*”¹⁰⁰.

19. O § 3º do art. 17 da lei impugnada teve alteração apenas de redação, no transcurso do projeto respectivo da Câmara para o Senado. Na Casa iniciadora foi adotada redação negativa (nulidade do auto de infração quando lavrado por autoridade incompetente para o licenciamento), e, no

98ADI 1.287-QO, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. 15/06/2000.

99“(…) 1. Não há falar-se em inépcia da inicial da ação direta de inconstitucionalidade quando transcrito literalmente o texto legal impugnado, anexada a cópia do Diário Oficial à contracapa dos autos. (...) ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 03/11/2004, DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-01 PP-00173 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 44-51 RTJ VOL 00192-02 PP-00550”. Entendimento similar foi adotado em relação a agravo de instrumento sem cópias da petição inicial e a sentença de primeiro grau (AI 277.835-AgRg, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, julg 02/02/2010, Dje 35, publ. 26/02/2010), bem como de reclamação sem a cópia integral do acórdão do STF (Rcl 10.202AgR, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, julg. 18/11/2010, Dje 92, publ. 17/05/2011).

100ADI 2.135 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ acórdão: Min. Ellen Gracie (art. 38, IV, b, do RISTF), DJe-041, 07-03-2008. No mesmo sentido, ADI 2.182, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe-168, 10-09-2010.

Senado, redação positiva (prevalece o auto de infração lavrado por autoridade competente para o licenciamento).

20. Tampouco há inconstitucionalidade material de toda a lei. A inicial parte de uma incompreensão do que seja a competência comum do art. 23 da CR: todos os entes federados têm o mesmo poder em matéria ambiental. O STF101 já decidiu que *“a inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação”*.

21. Também Gilberto Bercovici 102 lembra que *“essa colaboração deve dar-se por meio de definição de políticas públicas estabelecendo metas, diretrizes e planos que garantam a atuação equilibrada, conforme a atribuição de cada um dos entes federados”*.

22. Vladimir Freitas¹⁰³, em obra anterior à LC 140, apontava que, na matéria ambiental, a *“prática vem revelando extrema dificuldade em separar a competência dos entes políticos nos casos concretos”*. E concluía:

“A insegurança que se cria com a indefinição a todos prejudica. Ao meio ambiente, porque a sua defesa fica indefinida e fracionada. Ao cidadão, porque não sabe a quem dirigir-se para a solução de suas pretensões e até

101ADI 2.544, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 28/06/2006.

102O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. In: *Rev. Jur., Brasília*, v. 10, n. 90. Ed. Esp, abr/maio, 2008. Disponível em: www.planalto.gov.br/revistajuridica.

103FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81-82.

mesmo para reivindicar ao Poder Judiciário (federal ou estadual, dependendo do órgão ambiental).”

23. E Ana Paula de Barcellos¹⁰⁴ aponta um outro efeito perverso na falta de definição de competência de cada ente, no âmbito do federalismo cooperativo: o enfraquecimento do controle social, porque a população não sabe de quem é a responsabilidade pela prestação do serviço.

24. Enfim, a lei complementar prevista no parágrafo único do art.23 é importante instrumento (i) no estabelecimento de balizas para o exercício de competências administrativas comuns; (ii) para conferir segurança jurídica e, ao mesmo tempo, permitir ao cidadão o controle dos serviços postos à sua disposição; e (iii) na otimização de recursos e eficiência na gestão pública.

25. Portanto, a LC 140, ao estabelecer a atribuição de cada ente federado no licenciamento ambiental e na fiscalização não é, por esse fato, inconstitucional.

26. Há, no entanto, dois outros imperativos para essa lei complementar: os princípios da subsidiariedade e da proibição de proteção deficiente.

27. Isto porque, se a teleologia do art. 23 da CR é a soma de esforços no cumprimento de metas de grande alcance social, não faz sentido que se estabeleçam zonas de competência absolutamente estanques e que não se neutralizem riscos de omissão ou de atuação insuficiente.

28. O princípio da subsidiariedade é apontado por Augusto Zimmermann como fundamental na organização do Estado federal, “*atuando*

¹⁰⁴BARCELLOS, Ana Paula de. *Controle social, informação e Estado federal. A interpretação das competências político-administrativas comuns*. Disponível em: www.jurisnet.com.br/artigos/apb01.pdf.

preferencialmente para os fins da autonomia dos seus órgãos descentrais”¹⁰⁵. Sua ideia-força é a de que os entes locais, porque mais próximos da população, estão mais capacitados a atender às suas necessidades, inclusive porque são por ela controlados.

29. No entanto, no âmbito do federalismo, especialmente o do tipo cooperativo, *“quando ao nível inferior não seja possível a realização de determinada ação, de igual ou melhor forma, é que o nível superior deve receber a competência para agir*”¹⁰⁶.

30. O princípio da subsidiariedade está consagrado no Tratado de Maastricht, em seu art. 3º, segunda alínea, nos seguintes termos: *“nos campos que não sejam de sua competência exclusiva, a Comunidade intervirá, segundo o princípio da subsidiariedade, somente na medida em que os objetivos da ação pretendida não possam ser alcançados da maneira suficiente pelos Estados-membros, e, em consequência, possam obter-se melhor, dados a dimensão ou os efeitos da ação contemplada, em nível comunitário”*.

31. Correlatamente, e tendo em conta a dupla perspectiva subjetiva e objetiva do direito fundamental ao ambiente, há a proibição de proteção insuficiente. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente¹⁰⁷.

¹⁰⁵Teoria Geral do Federalismo Democrático, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 201.

¹⁰⁶*id.*, *ib.*

¹⁰⁷Cf. Martin Borowski. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162/166; Ingo Wolfgang Sarlet. “Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004, p. 60-122; e Lênio Luiz Streck. “Bem Jurídico e

32.

Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e aos direitos fundamentais, o Ministro Gilmar

Mendes afirma que:

“os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]” 108.

33. Portanto, em matéria de meio ambiente, é preciso sempre preservar uma parcela de ação subsidiária para que, diante da omissão ou atuação deficiente do ente competente, não fique comprometido ou em sério risco esse direito fundamental.

34. O conjunto das reflexões até aqui desenvolvidas permite concluir a respeito da LC 140: (i) não há vício algum na distribuição de competências entre os entes; (ii) nas hipóteses de fiscalização, é preciso que se somem os princípios da subsidiariedade e da proibição de proteção insuficiente.

35. Nesse sentido, é preciso que se confira interpretação conforme a Constituição ao seu art. 17, § 3º, de tal modo que a cláusula final, *“prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a*

Constituição: Da Proibição do Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot)”. Boletim da Faculdade de Direito, v. 80, 2004, p. 303/345.

108 MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999. Também em Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Núm. 8, 2004, p. 131-142. O Ministro Gilmar Mendes também se valeu do princípio da proibição de proteção deficiente no RE 418.376/MS.

atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput”, seja idônea para impedir ou fazer cessar o dano ambiental. Ou seja, apenas prevalece o auto de infração lavrado pelo órgão que detenha a atribuição para o licenciamento ou autorização caso este tenha possibilidade real de impedir ou fazer cessar o dano. Pretende-se, com isso, evitar possível estratégia de desqualificação do auto de infração originariamente lavrado mediante outra autuação praticamente anódina para a finalidade da proteção ambiental.

36. De resto, como houve uma impugnação a todo o diploma, e a causa de pedir, em controle concentrado, é aberta, esse norte – princípios da subsidiariedade e da proibição de proteção deficiente – deve permear toda a LC 140 no que diz respeito à atividade de fiscalização.

37. Por fim, algumas palavras a respeito de duas normas que não se situam no âmbito da competência comum.

38. O § 4º do art. 14, no qual a requerente vê “hipótese fictícia de autorização”, diz respeito apenas a renovação de licença ambiental. E sua lógica é bastante razoável, considerando que o pedido foi feito antes de expirado o prazo e da justa expectativa de uma análise que atenda a duração razoável do processo¹⁰⁹.

39. Já o art. 7º, XVI, “h”, é norma típica do federalismo cooperativo, e apenas prevê que, independentemente do local onde estejam, é possível passar para a competência da União o licenciamento de determinados empreendimentos ou atividades, em razão de seu porte, potencial poluidor e natureza. Trata-se, aqui, de reforçar a rede de cooperação e tornar mais efetiva a proteção ambiental. A tipologia, para tanto, é matéria de decreto, e resultará de proposição da Comissão Tripartite Nacional, que é formada por representantes

¹⁰⁹Recorde-se, ainda, que, em conformidade com o art. 14, “os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.”

dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

40. Ante o exposto, o parecer é pelo deferimento parcial do pedido liminar, tão só para que se confira interpretação conforme a Constituição ao art. 17, § 3º, da LC nº 140/11, de tal modo que a sua cláusula final, *“prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput”*, opere quando idônea para impedir ou fazer cessar o dano ambiental. E também para que se entenda que a LC nº 140/11, em tudo aquilo que diga respeito à atividade de fiscalização, rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proibição de proteção deficiente.

Brasília, 3 de julho de 2012.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ANEXO C

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, reafirmando a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e buscando avançar a partir dela, com o objetivo de estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar, proclama que:

Princípio 1

Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Princípio 2

Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Princípio 3

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Princípio 4

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

Princípio 5

Para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

Princípio 6

Será dada prioridade especial à situação e às necessidades especiais dos países em desenvolvimento, especialmente dos países menos desenvolvidos e daqueles ecologicamente mais vulneráveis. As ações internacionais na área do meio ambiente e do desenvolvimento devem também atender aos interesses e às necessidades de todos os países.

Princípio 7

Os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam.

Princípio 8

Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.

Princípio 9

Os Estados devem cooperar no fortalecimento da capacitação endógena para o desenvolvimento sustentável, mediante o aprimoramento da compreensão científica por meio do intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, e mediante a intensificação do desenvolvimento, da adaptação, da difusão e da transferência de tecnologias, incluindo as tecnologias novas e inovadoras.

Princípio 10

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que dispõem as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Princípio 11

Os Estados adotarão legislação ambiental eficaz. As normas ambientais, e os objetivos e as prioridades de gerenciamento deverão refletir o contexto ambiental e de meio ambiente a que se aplicam. As normas aplicadas por alguns países poderão

ser inadequadas para outros, em particular para os países em desenvolvimento, acarretando custos econômicos e sociais injustificados.

Princípio 12

Os Estados devem cooperar na promoção de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de forma a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não devem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Devem ser evitadas ações unilaterais para o tratamento dos desafios internacionais fora da jurisdição do país importador. As medidas internacionais relativas a problemas ambientais transfronteiriços ou globais deve, na medida do possível, basear-se no consenso internacional.

Princípio 13

Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.

Princípio 14

Os Estados devem cooperar de forma efetiva para desestimular ou prevenir a realocação e transferência, para outros Estados, de atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana.

Princípio 15

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Princípio 16

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Princípio 17

A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente.

Princípio 18

Os Estados notificarão imediatamente outros Estados acerca de desastres naturais ou outras situações de emergência que possam vir a provocar súbitos efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente destes últimos. Todos os esforços serão envidados pela comunidade internacional para ajudar os Estados afetados.

Princípio 19

Os Estados fornecerão, oportunamente, aos Estados potencialmente afetados, notificação prévia e informações relevantes acerca de atividades que possam vir a ter considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente, e se consultarão com estes tão logo seja possível e de boa fé.

Princípio 20

As mulheres têm um papel vital no gerenciamento do meio ambiente e no desenvolvimento. Sua participação plena é, portanto, essencial para se alcançar o desenvolvimento sustentável.

Princípio 21

A criatividade, os ideais e a coragem dos jovens do mundo devem ser mobilizados para criar uma parceria global com vistas a alcançar o desenvolvimento sustentável e assegurar um futuro melhor para todos.

Princípio 22

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.

Princípio 23

O meio ambiente e os recursos naturais dos povos submetidos a opressão, dominação e ocupação serão protegidos.

Princípio 24

A guerra é, por definição, prejudicial ao desenvolvimento sustentável. Os Estados irão, por conseguinte, respeitar o direito internacional aplicável à proteção do meio ambiente em tempos de conflitos armados e irão cooperar para seu desenvolvimento progressivo, quando necessário.

Princípio 25

A paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis.

Princípio 26

Os Estados solucionarão todas as suas controvérsias ambientais de forma pacífica, utilizando-se dos meios apropriados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas.

Princípio 27

Os Estados e os povos irão cooperar de boa fé e imbuídos de um espírito de parceria para a realização dos princípios consubstanciados nesta Declaração, e para o desenvolvimento progressivo do direito internacional no campo do desenvolvimento sustentável.

Fonte: Ministério do Meio Ambiente

ANEXO D

Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático

A **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 primeira sessão,

Reconhecendo a importância do patrimônio cultural subaquático enquanto parte integrante do patrimônio cultural da humanidade e elemento particularmente importante na história dos povos, das nações e das suas relações mútuas no que concerne ao seu patrimônio comum,

Ciente da importância de proteger e preservar o patrimônio cultural subaquático e que tal responsabilidade recai sobre todos os Estados,

Constatando o crescente interesse e apreço do público pelo patrimônio cultural subaquático,

Convicta da importância de que a pesquisa, a informação e a educação se revestem para a proteção e a preservação do patrimônio cultural subaquático,

Convicta do direito do público de beneficiar das vantagens educativas e recreativas decorrentes de um acesso responsável e não intrusivo, ao patrimônio cultural subaquático in situ, e da importância da educação do público para uma maior consciencialização, valorização e proteção desse patrimônio,

Consciente de que as intervenções não autorizadas representam uma ameaça para o patrimônio cultural subaquático e que é necessário tomar medidas mais rigorosas para prevenir tais intervenções,

Consciente da necessidade de responder adequadamente ao eventual impacto negativo que certas atividades legítimas possam causar, fortuitamente, sobre o patrimônio cultural subaquático,

Profundamente preocupada com a crescente exploração comercial do patrimônio cultural subaquático e, em particular, com certas atividades que visam a sua venda, aquisição e troca de elementos do patrimônio cultural subaquático,

Ciente de que os avanços tecnológicos facilitam a descoberta do património cultural subaquático e o respetivo acesso,

Convencida de que a cooperação entre Estados, organizações internacionais, instituições científicas, organizações profissionais, arqueólogos, mergulhadores, outras partes interessadas e o público em geral, é essencial para a proteção do património cultural subaquático,

Considerando que a prospeção, a escavação e a proteção do património cultural subaquático requerem a disponibilização e o recurso a métodos científicos específicos, bem como o uso de técnicas e equipamentos apropriados e um alto grau de especialização profissional, tornando-se necessário aplicar critérios uniformes,

Consciente da necessidade de codificar e desenvolver progressivamente regras relativas à proteção e preservação do património cultural subaquático, em conformidade com o direito e a prática internacionais, nomeadamente a Convenção da UNESCO relativa às Medidas a Adotar para Proibir e Impedir a Importação, a Exportação e a Transferência Ilícita da Propriedade de Bens Culturais, assinada a 14 de novembro de 1970, a Convenção da UNESCO relativa à Proteção do Património Mundial, Cultural e Natural, assinada a 16 de novembro de 1972 e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada a 10 de dezembro de 1982,

Empenhada em melhorar a eficácia de medidas de âmbito internacional, regional e nacional com vista à preservação in situ de elementos do património cultural subaquático ou à sua recuperação cuidada, se tal se mostrar necessário, para fins científicos ou de proteção,

Tendo decidido, na sua vigésima nona sessão que tal questão deveria ser objeto de uma convenção internacional,

Adota a presente Convenção neste segundo dia de novembro de 2001.

Artigo 1º - Definições

Para os fins da presente Convenção:

1. (a) “Património cultural subaquático” significa todos os vestígios da existência do homem de carácter cultural, histórico ou arqueológico, que se encontrem parcial ou

totalmente, periódica ou continuamente, submersos, há, pelo menos, 100 anos, nomeadamente:

(i) Sítios, estruturas, edifícios, artefactos e restos humanos, bem como o respetivo contexto arqueológico natural;

(ii) Navios, aeronaves e outros veículos, ou parte deles, a respetiva carga ou outro conteúdo, bem como o respetivo contexto arqueológico e natural; e

(iii) Artefactos de carácter pré-histórico.

(b) Os oleodutos e cabos colocados no leito do mar não serão considerados parte integrante do património cultural subaquático.

(c) As instalações diferentes de oleodutos ou cabos colocadas no leito do mar e ainda em uso, não serão considerados parte integrante do património cultural subaquático.

2. (a) “Estados Partes” significa os Estados que tenham consentido em ficar obrigados pela presente Convenção e relativamente aos quais a presente Convenção esteja em vigor.

(b) A presente Convenção aplica-se mutatis mutandis aos territórios mencionados na alínea (b) do nº2 do artigo 26º que se tornem Partes na presente Convenção em conformidade com os requisitos previstos nesse número que lhes sejam aplicáveis; nessa medida a expressão “Estados Partes” é extensível a tais territórios.

3. “UNESCO” significa a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

4. “Diretor-Geral” significa Diretor-Geral da UNESCO.

5. “Área” significa o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites de jurisdição nacional.

6. “Intervenção sobre o património cultural subaquático” significa uma atividade principalmente direcionada para o património cultural subaquático e que possa, direta ou indiretamente, prejudicar materialmente ou danificar de outro modo o património cultural subaquático.

7. “Intervenções com incidência potencial sobre o património cultural subaquático” significa qualquer atividade que, não tendo o património cultural subaquático como

seu objetivo principal ou parcial, possa prejudicar materialmente ou danificar de outro modo o património cultural subaquático.

8. “Navios e aeronaves de Estado” significa os navios de guerra e outros navios ou aeronaves pertencentes a um Estado ou por ele operados e utilizados, aquando do seu afundamento, exclusivamente para fins públicos não comerciais, que se se encontrem devidamente identificados como tal e estejam incluídos na definição de património cultural subaquático.

9. “Regras” significa as Regras relativas a intervenções sobre o património cultural subaquático, conforme estabelecido no artigo 33º da presente Convenção.

Artigo 2º - Objetivos e princípios gerais

1. A presente Convenção visa garantir e reforçar a proteção do património cultural subaquático.

2. Os Estados Partes cooperarão entre si no tocante à proteção do património cultural subaquático.

3. Os Estados Partes preservarão o património cultural subaquático em benefício da humanidade, em conformidade com as disposições da presente Convenção.

4. Os Estados Partes adotarão, individualmente ou, se for caso disso, conjuntamente, todas as medidas apropriadas, em conformidade com a presente Convenção e com o direito internacional, necessárias para proteger o património cultural subaquático, usando, para esse efeito, os meios mais adequados de que disponham e que estejam de acordo com as suas capacidades.

5. A preservação in situ do património cultural será considerada opção prioritária antes de ser autorizada ou iniciada qualquer intervenção sobre o património.

6. Os elementos do património cultural subaquático recuperado serão depositados, conservados e geridos por forma a assegurar a sua preservação a longo prazo.

7. O património cultural subaquático não será objeto de exploração comercial.

8. De acordo com a prática dos Estados e o direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, nada na presente Convenção será interpretado como modificando as regras do direito internacional e a

prática dos Estados relativa às imunidades ou quaisquer direitos de um Estado sobre os seus navios e aeronaves.

9. Os Estados Partes garantem que todos os restos humanos submersos em águas marítimas serão tratados com o devido respeito.

10. O acesso responsável e não intrusivo do público ao património cultural subaquático in situ para fins de observação e documentação deverá ser encorajado, de modo a promover quer a sensibilização do público para esse património, quer a valorização e a proteção deste, exceto se tal acesso se mostrar incompatível com a sua proteção e a gestão do referido património.

11. Nenhuma atividade ou ato realizado com base na presente Convenção constituirá fundamento para fazer valer, sustentar ou contestar qualquer pretensão de soberania ou jurisdição nacional.

Artigo 3º - Relação entre a presente Convenção e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

Nada na Presente Convenção afetará os direitos, a jurisdição e os deveres dos Estados decorrentes do direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A presente Convenção será interpretada e aplicada no contexto e em conformidade com o direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Artigo 4º - Relação com a lei dos salvados e dos achados

Nenhuma atividade referente ao património cultural subaquático a que seja aplicável a presente Convenção não estará sujeita às leis em matéria de salvados ou achados, a menos que:

- (a) Seja autorizada pelas competentes autoridades,
- (b) Esteja em plena conformidade com a presente Convenção, e
- (c) Garanta a proteção máxima do património cultural subaquático durante qualquer operação de recuperação.

Artigo 5º - Atividades com incidência potencial sobre o património cultural subaquático

Cada Estado Parte usará os meios mais adequados de que disponha para prevenir ou mitigar qualquer efeito adverso que possa resultar de atividades levadas a efeito sob a sua jurisdição suscetíveis de afetar, de modo fortuito, o património cultural subaquático.

Artigo 6º - Acordos bilaterais e regionais ou outros acordos multilaterais

1. Os Estados Partes são encorajados a celebrar acordos bilaterais e regionais, ou outros acordos multilaterais ou a aprofundar os acordos já existentes para fins de preservação do património cultural subaquático. Todos estes acordos estarão em plena conformidade com a presente Convenção, não lhe retirando o carácter universal. Os Estados poderão, no âmbito de tais acordos, adotar regras e regulamentos que garantam melhor proteção do património cultural subaquático do que os previstos na presente Convenção.

2. As Partes nos referidos acordos bilaterais, regionais ou noutros acordos multilaterais podem convidar os Estados com interesse legítimo, especialmente de natureza cultural, histórica ou arqueológica, no património cultural subaquático em questão a aderir a tais acordos.

3. A presente Convenção não altera os direitos e obrigações dos Estados Partes relativamente à proteção de navios afundados, decorrentes de acordos bilaterais, regionais ou outros acordos multilaterais celebrados antes da adoção da presente Convenção, caso se mostrem conformes aos objetivos da presente Convenção.

Artigo 7º - Património cultural subaquático em águas interiores e arquipelágicas e no mar territorial

1. No exercício da sua soberania, os Estados Partes gozam do direito exclusivo de regulamentar e autorizar as intervenções sobre o património cultural subaquático nas suas águas interiores e arquipelágicas e no seu mar territorial.

2. Sem prejuízo de outros acordos internacionais e regras do direito internacional aplicáveis ao património cultural subaquático, os Estados Partes farão respeitar a aplicação das Regras nas intervenções sobre o património cultural subaquático que se encontre nas suas águas interiores, e arquipelágicas e no seu mar territorial.

3. No exercício da sua soberania e de acordo com a prática geral observada entre Estados, os Estados Partes, tendo em vista cooperar no sentido da adoção dos

melhores métodos de proteção dos navios e das aeronaves de Estado, deveriam informar o Estado de pavilhão Parte da presente Convenção e, sendo caso disso, os outros Estados com interesse legítimo, especialmente de natureza cultural, histórica ou arqueológicas se ocorrer a descoberta de tais navios ou aeronaves nas suas águas arquipelágicas ou no seu mar territorial.

Artigo 8º - Património cultural subaquático na zona contígua

Sem prejuízo e em complemento dos artigos 9º e 10º, e em conformidade com o nº 2 do artigo 303º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, os Estados Partes

poderão regulamentar e autorizar intervenções dirigidas sobre o património cultural subaquático na sua zona contígua, desde que façam respeitar a aplicação das Regras.

Artigo 9º - Declaração e notificação na zona económica exclusiva e na plataforma continental

1. Compete aos Estados Partes proteger o património cultural subaquático na zona económica exclusiva e na plataforma continental, em conformidade com a presente Convenção.

Consequentemente:

(a) Sempre que um seu nacional ou um navio arvorando a seu bandeira descobrir ou tencionar intervir sobre o património cultural subaquático situado na sua zona económica exclusiva ou na sua plataforma continental, aquele Estado Parte deverá exigir que o referido nacional ou o comandante do navio lhe declare tal descoberta ou intervenção;

(b) Na zona económica exclusiva ou na plataforma continental de outro Estado Parte:

(i) Os Estados Partes exigirão que o nacional ou o comandante do navio lhes declare tal descoberta ou intervenção, bem como a esse ou outro Estado Parte;

(ii) Em alternativa, o Estado Parte exigirá ao nacional ou ao comandante do navio que tal descoberta ou intervenção lhe seja declarada e assegurará a rápida e efetiva transmissão dessa declaração a todos os outros Estados Partes.

2. Ao depositar os respetivos instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, os Estados Partes especificarão a forma pela qual serão transmitidas as informações previstas na alínea (b) do nº 1 do presente artigo.
3. Os Estados Partes notificarão o Diretor-Geral de qualquer descoberta ou intervenção que lhes seja comunicada ao abrigo do disposto no nº 1 do presente artigo.
4. O Diretor-Geral facultará prontamente a todos os Estados Parte qualquer informação que lhes seja notificada ao abrigo do disposto no nº 3 do presente artigo.
5. Qualquer Estado Parte poderá declarar ao Estado Parte em cuja zona económica exclusiva ou plataforma continental o património cultural subaquático estiver situado o seu interesse em ser consultado sobre a forma de garantir a efetiva proteção desse património cultural subaquático. Tal declaração deverá ter por base um interesse legítimo, especialmente de natureza cultural, histórica ou arqueológica, no património cultural subaquático em questão.

Artigo 10º - Proteção do património cultural subaquático na zona económica exclusiva e na plataforma continental

1. Qualquer autorização para uma intervenção sobre o património cultural subaquático localizado na zona económica exclusiva ou na plataforma continental só poderá ser emitida em conformidade com o presente artigo.
2. Qualquer Estado Parte em cuja zona económica exclusiva ou plataforma continental esteja situado o património cultural subaquático tem o direito de interditar ou autorizar qualquer intervenção sobre o património em causa, a fim de prevenir qualquer interferência nos seus direitos soberanos ou na sua jurisdição em conformidade com o direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.
3. Sempre que ocorrer uma descoberta de património cultural subaquático ou houver intenção de realizar uma intervenção sobre o património cultural subaquático na zona económica exclusiva ou na plataforma continental de um Estado Parte, esse Estado deverá:

(a) Consultar todos os outros Estados Partes que tenham declarado o seu interesse nos termos do nº 5 do artigo 9º sobre a melhor forma de proteger o património cultural subaquático;

(b) Coordenar tais consultas na qualidade de “Estado Coordenador”, a menos que declare expressamente que não deseja assumir essa função, caso em que os Estados Partes que se tenham declarado interessados nos termos do nº 5 do artigo 9º designarão um Estado Coordenador.

4. Sem prejuízo do dever de todos os Estados Partes protegerem o património cultural subaquático mediante a adoção de todas as medidas consideradas oportunas em conformidade com o direito internacional que visem obstar a qualquer perigo imediato para o património cultural subaquático, nomeadamente a pilhagem, o Estado Coordenador poderá tomar todas as medidas adequadas, e/ou emitir todas as autorizações necessárias em conformidade com a presente Convenção, antes mesmo de qualquer consulta, se for caso disso, a fim de obstar a qualquer perigo imediato para o património cultural subaquático resultante de atividades humanas ou outra causa, nomeadamente a pilhagem. Aquando da adoção de tais medidas, poderá ser solicitado o apoio de outros Estados Partes.

5. O Estado Coordenador:

(a) Implementará as medidas de proteção que tenham sido acordadas entre os Estados consultados, incluindo o Estado Coordenador, a menos que os Estados consultados, incluindo o Estado Coordenador, acordem em que estas medidas sejam implementadas por um outro Estado Parte;

(b) Emitirá todas as autorizações que se mostrem necessárias relativamente às medidas acordadas em conformidade com as Regras, salvo se os Estados consultados, incluindo o Estado Coordenador, acordarem em que tais autorizações sejam concedidas por um outro Estado Parte;

(c) Poderá conduzir qualquer pesquisa preliminar sobre o património cultural subaquático e emitir todas as autorizações que, em consequência, se mostrem necessárias, transmitindo prontamente os resultados de tal pesquisa ao Diretor-Geral, o qual, por sua vez, facultará prontamente tais informações aos outros Estados Partes.

6. Ao coordenar consultas, tomar medidas, realizar pesquisas preliminares e/ou conceder autorizações de acordo com o presente artigo, o Estado Coordenador estará a agir em nome dos Estados Partes no seu conjunto e não no seu próprio interesse. Nenhuma destas ações poderá, por si só, constituir fundamento para a reivindicação de quaisquer direitos preferenciais ou jurisdicionais não previstos no direito internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

7. Sob reserva do disposto nos n^{os} 2 e 4 do presente artigo, nenhuma intervenção sobre navios ou aeronaves do Estado será realizada sem o acordo do Estado de pavilhão ou a colaboração do Estado Coordenador.

Artigo 11^o - Declaração e Notificação na Área

1. Os Estados Partes têm a responsabilidade de proteger o património cultural subaquático na Área, em conformidade com a presente Convenção e o artigo 149^o da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Consequentemente, sempre que um nacional, ou um navio arvorando o pavilhão de um Estado Parte descobrir ou tencionar realizar uma intervenção sobre o património cultural subaquático situado na Área, esse Estado Parte exigirá que o seu nacional, ou o comandante do navio lhe declare a descoberta ou a intervenção pretendida.

2. Os Estados Partes notificarão o Diretor-Geral e o Secretário-Geral da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos das descobertas ou intervenções sobre o património cultural subaquático que lhe foram declaradas.

3. O Diretor-Geral facultará, prontamente, a todos os Estados Partes quaisquer informações que lhe sejam notificadas.

4. Qualquer Estado Parte poderá comunicar ao Diretor-Geral o seu interesse em ser consultado sobre a forma de garantir a efetiva proteção do património cultural subaquático. Tal declaração deverá ter por fundamento um interesse legítimo no património cultural subaquático em questão, merecendo particular consideração os direitos preferenciais dos Estados de origem cultural, histórica ou arqueológica.

Artigo 12^o - Proteção do património cultural subaquático na Área

1. Qualquer autorização para uma intervenção sobre o património cultural subaquático localizado na Área, só poderá ser emitida em conformidade com o presente artigo.
2. O Diretor-Geral convidará todos os Estados Partes que tenham manifestado o seu interesse nos termos do nº 4, do artigo 11º a procederem a consultas mútuas sobre a melhor forma de proteger o património cultural subaquático e a designarem um Estado Parte para coordenar tais consultas na qualidade de “Estado Coordenador”. O Diretor-Geral convidará, igualmente, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos a participar nessas consultas.
3. Todos os Estados Partes poderão tomar todas as medidas que se mostrem adequadas em conformidade com a presente Convenção, se necessário antes de qualquer consulta, para prevenir qualquer perigo imediato para o património cultural subaquático decorrente de atividades humanas quer de qualquer outra causa, incluindo pilhagens.
4. O Estado Coordenador deverá:
 - (a) Implementar medidas de proteção que tenham sido acordadas pelos Estados consultados, incluindo o Estado Coordenador, exceto se os Estados consultados, incluindo o Estado Coordenador, acordarem em que deverá ser outro Estado Parte a implementar tais medidas;
 - (b) Emitir todas as autorizações necessárias relativamente às medidas assim acordadas em conformidade com a presente Convenção, salvo se os Estados consultados, incluindo o Estado Coordenador, acordem que deverá ser outro Estado Parte a emitir tais autorizações.
5. O Estado Coordenador poderá realizar qualquer pesquisa preliminar que entenda necessária sobre o património cultural subaquático e emitir as autorizações competentes, transmitindo prontamente os resultados ao Diretor-Geral, o qual, por sua vez, facultará essas informações aos restantes Estados.
6. Ao coordenar consultas, tomar medidas, proceder a pesquisas preliminares, e/ou emitir autorizações em conformidade com o presente artigo, o Estado Coordenador estará a agir em benefício da humanidade, em nome de todos os Estados Partes. Será concedida especial atenção aos direitos preferenciais dos Estados de origem

cultural, histórica ou arqueológica no que respeita ao património cultural subaquático em questão.

7. Nenhum Estado Parte empreenderá ou autorizará intervenções sobre navios ou aeronaves de Estado na Área sem o consentimento do Estado de pavilhão.

Artigo 13º - Imunidade

Os navios de guerra e outros navios de Estado ou aeronaves militares com imunidade de jurisdição que operem com fins não comerciais, no decurso normal das suas operações e não estando envolvidos em intervenções sobre o património cultural subaquático, não serão obrigados a declarar descobertas de património cultural subaquático nos termos dos artigos 9º, 10º, 11º e 12º da presente Convenção. Contudo, os Estados Partes, providenciarão no sentido de que os seus navios de guerra ou outros navios de Estado ou as suas aeronaves militares com imunidade de jurisdição que operem com fins não comerciais observem, tanto quanto possível e razoável, o disposto nos artigos 9º, 10º, 11º e 12º da presente Convenção, através da adoção de medidas apropriadas que não prejudiquem as operações ou a capacidade operacional de tais navios ou aeronaves..

Artigo 14º - Controle de entrada no território, comércio e posse

Os Estados Partes tomarão medidas que visem proibir a entrada nos respetivos territórios, o comércio e a posse de património cultural subaquático exportado ilicitamente e/ou recuperado sempre que tal recuperação viole as disposições da presente Convenção.

Artigo 15º - Não utilização das zonas sob jurisdição dos Estados Partes

Os Estados Partes tomarão medidas com vista a proibir a utilização do seu território, incluindo os portos marítimos e ilhas artificiais, instalações ou estruturas sob o seu exclusivo controlo ou jurisdição, para apoio de intervenções sobre o património cultural subaquático não conformes com a presente Convenção.

Artigo 16º - Medidas relativas a nacionais e a navios

Os Estados partes tomarão todas as medidas apropriadas para garantir que os seus nacionais e os navios que arvoem o seu pavilhão não procederão a qualquer intervenção sobre o património cultural subaquático que violem a presente Convenção.

Artigo 17º - Sanções

1. Cada Estado Parte imporá sanções pela violações das medidas por si tomadas com vista à implementação da presente Convenção.
2. As sanções aplicadas por qualquer violações deverão ser suficientemente severas por forma a garantir a observância da presente Convenção e a desencorajar a prática de infrações, onde quer que elas ocorram, e deverão privar os infratores do produto das suas atividades ilegais.
3. Os Estados Partes cooperarão entre si por forma a garantir a aplicação das sanções previstas no presente artigo.

Artigo 18º - Apreensão e tratamento de elementos do património cultural subaquático

1. Cada Estado Parte tomará medidas que visem a apreensão, no seu território, de elementos do património cultural subaquático que tenham sido recuperados com violação da presente Convenção.
2. O Estado Parte que tenha procedido à apreensão de elementos do património cultural subaquático em aplicação da presente Convenção, procederá ao respetivo registo e proteção e tomará todas as medidas apropriadas para garantir a estabilização desse património.
3. Cada Estado Parte notificará o Diretor-Geral e qualquer outro Estado com um interesse legítimo, especialmente de natureza cultural, histórica ou arqueológica, no património cultural subaquático em questão, de qualquer apreensão de elementos do património cultural subaquático a que tenha procedido ao abrigo da presente Convenção.
4. O Estado Parte que tiver procedido à apreensão de elementos do património cultural subaquático zelará pela sua disponibilização em benefício do público, tendo em consideração as necessidades de preservação e de pesquisa, a necessidade, a

necessidade de reconstituir uma coleção dispersa, a necessidade de acesso do público, de exposição e de educação, bem como os interesses de qualquer Estado com interesse legítimo, especialmente de natureza cultural, histórica ou arqueológica no património cultural subaquático em questão,.

Artigo 19º - Cooperação e partilha de informação

1. Os Estados Partes cooperarão entre si e procederão a consultas mútuas com vista à proteção e à gestão do património cultural subaquático nos termos da presente Convenção, incluindo, se possível, a colaboração na pesquisa, na escavação, documentação, na preservação, no estudo e na valorização desse património.

2. Na medida em que os objetivos da presente Convenção o permitam, cada Estado Parte procederá à troca, com outros estados Partes, da informação de que disponha sobre o património cultural subaquático, nomeadamente a que se prende com a descoberta e a localização de património, com a escavação ou recuperação de património em violação da presente Convenção ou de outras disposições do direito internacional, com a metodologia e a tecnologia científica apropriada e com a evolução do direito aplicável a tal património.

3. A informação trocada entre Estados Partes, ou entre a UNESCO e os Estados Partes, relativa à descoberta ou localização de elementos do património cultural subaquático deverá ser mantida confidencial e reservada às entidades competentes dos Estados Partes, em conformidade com os respetivos direitos internos, enquanto a divulgação de tal informação fizer perigar ou colocar em risco a preservação dos elementos do património cultural subaquático em questão.

4. Cada Estado Parte tomará todas as medidas que considere oportunas, incluindo, se possível, a utilização de bases de dados internacionais apropriadas, para divulgar informações sobre os elementos do património cultural subaquático escavados ou recuperados em violação da presente Convenção ou do direito internacional.

Artigo 20º - Sensibilização do público

Cada Estado Parte tomará todas as medidas que considere oportunas com vista a sensibilizar o público para o valor e o significado do património cultural subaquático e para a importância da sua proteção nos termos da presente Convenção.

Artigo 21º - Formação em arqueologia subaquática

Os Estados Partes cooperarão entre si a fim de providenciarem formação em arqueologia subaquática e em técnicas de preservação do património cultural subaquático e de procederem, nos termos acordados, à transferência de tecnologia relacionada com o património cultural subaquático.

Artigo 22º - Serviços competentes

1. Com vista a garantir a adequada implementação da presente Convenção, os Estados Partes criarão serviços competentes ou reforçarão os existentes, se for caso disso, com o objetivo de criar, manter e atualizar um inventário do património cultural subaquático, garantir de forma eficaz a proteção, a preservação, a valorização e a gestão de tal património, assim como a investigação científica e o ensino pertinente.

2. Os Estados Partes comunicarão ao Diretor-Geral o nome e o endereço dos serviços competentes em matéria do património cultural subaquático

Artigo 23º - Conferências dos Estados Partes

1. O Diretor-Geral convocará uma Conferência dos Estados Partes no prazo de um ano após a entrada em vigor da presente Convenção e, posteriormente, pelo menos uma vez em cada dois anos. A pedido da maioria dos Estados Partes, o Diretor-Geral convocará uma Conferência Extraordinária de Estados Partes.

2. A Conferência dos Estados Partes definirá as suas funções e responsabilidades.

3. A Conferência dos Estados Partes adotará o seu próprio Regulamento Interno.

4. A Conferência dos Estados Partes poderá criar um Conselho Consultivo Científico e Técnico composto por peritos nomeados pelos Estados Partes que respeite os princípios de uma equitativa distribuição geográfica e de um desejável equilíbrio entre

sexos.

5. O Conselho Consultivo e Técnico dará o seu apoio necessário à Conferência dos Estados Partes em questões de natureza científica ou técnica relativos à implementação das Regras.

Artigo 24º - Secretariado da presente Convenção

1. O Secretariado da presente Convenção será assegurado pelo Diretor-Geral.

2. O Secretariado terá as seguintes funções:

(a) Organizar as Conferências dos Estados Partes, como previsto no nº 1 do artigo 23º;

(b) Apoiar os Estados Partes na execução das decisões tomadas pelas Conferências dos Estados Partes.

Artigo 25º - Resolução pacífica de diferendos

1. Qualquer diferendo entre dois ou mais Estados relativo à interpretação ou aplicação da presente Convenção será objeto de negociações efetuadas de boa fé ou mediante qualquer outro meio pacífico de resolução da escolha dos Estados intervenientes.

2. Se o diferendo não for resolvido através de negociações num período razoável de tempo, poderá ser submetido à UNESCO para efeito de mediação, por acordo entre os Estados intervenientes.

3. Se não houver lugar a mediação ou não for possível obter a resolução por mediação, as disposições relativas à resolução de diferendos enunciadas na Parte XV da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar serão aplicáveis *mutatis mutandis* a qualquer diferendo entre Estados Partes na presente Convenção relativo à interpretação ou aplicação desta, independentemente de serem ou não Partes na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

4. Qualquer procedimento escolhido por um Estado Parte na presente Convenção e na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar em conformidade com artigo 287º desta, será aplicado à resolução de diferendos nos termos do presente artigo, salvo se tal Estado Parte, aquando da sua ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção, ou em qualquer momento posterior, escolher qualquer outro procedimento em conformidade com o artigo 287º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar para fins de resolução de diferendos resultantes da aplicação da presente Convenção.

5. Aquando da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à Convenção, ou em qualquer momento posterior, qualquer Estado Parte na presente Convenção que não seja parte na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar poderá escolher, através de declaração escrita, um ou vários dos meios enunciados no nº 1 do artigo 287º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar com o

propósito de resolver diferendos nos termos do presente artigo. O artigo 287º será aplicável a tal declaração, assim como a qualquer diferendo em que esse Estado seja parte e que não esteja abrangido por uma declaração em vigor. Para efeitos de conciliação e arbitragem, de acordo com os Anexos V e VII à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, tal Estado poderá nomear conciliadores e árbitros a serem incluídos nas listas referidas no artigo 2º do Anexo V e no artigo 2º do Anexo VII, para efeitos de resolução de diferendos resultantes da aplicação da presente Convenção.

Artigo 26º - Ratificação, aceitação, aprovação e adesão

1. A presente Convenção ficará sujeita à ratificação, aceitação e aprovação dos Estados Membros da UNESCO.

2. A presente Convenção ficará sujeita à adesão:

(a) Dos Estados que não sejam membros da UNESCO mas sejam membros da Organização das Nações Unidas ou de uma instituição especializada do sistema da Organização das Nações Unidas ou da Agência Internacional de Energia Atômica, assim como dos Estados Partes no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e de qualquer outro Estado convidado a aderir à presente Convenção pela Conferência Geral da UNESCO;

(b) Dos territórios que gozem de total autonomia interna, reconhecida como tal pela Organização das Nações Unidas, mas que não acederam à plena independência em conformidade com a Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral e que tenham competência relativamente às matérias tratadas pela presente Convenção, incluindo a competência para celebrar tratados sobre tais matérias.

3. Os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão serão depositados junto do Diretor-Geral.

Artigo 27º - Entrada em vigor

A presente Convenção entrará em vigor três meses depois da data de depósito do vigésimo instrumento conforme previsto no artigo 26º, mas somente no que concerne os vinte Estados ou territórios que, desse modo, tenham depositado os seus instrumentos. Relativamente a qualquer outro Estado ou território, a Convenção

entrará em vigor três meses após a data em que esse Estado depositou o respetivo instrumento.

Artigo 28º - Declaração relativa a águas interiores

Ao ratificar, aceitar, aprovar ou aderir à presente Convenção, ou em qualquer momento posterior, qualquer Estado ou território poderá e declarar que as Regras se aplicarão às suas águas interiores de natureza não marítima.

Artigo 29º - Limitação de âmbito geográfico

Aquando da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção, um Estado ou território poderá, declarar ao depositário que a presente Convenção não será aplicável a determinadas partes do seu território, às suas águas interiores, às suas águas arquipelágicas ou ao seu mar territorial, explicitando as razões de uma tal declaração. Tal Estado deverá, se e logo que possível, reunir as condições necessárias à aplicação da presente Convenção às zonas especificadas na sua declaração, devendo retirar a sua declaração, no todo ou em parte, logo que as referidas condições estiverem reunidas.

Artigo 30 – Reservas

Excetuando-se o disposto no artigo 29º, nenhuma reserva poderá ser feita relativamente à presente Convenção.

Artigo 31º - Emendas

1. Qualquer Estado Parte poderá, através de comunicação escrita dirigida ao Diretor-Geral, propor emendas à presente Convenção. O Diretor-Geral transmitirá essa comunicação a todos os Estados Partes. Se, no prazo de seis meses a contar da data da transmissão da comunicação, pelo menos metade dos Estados responder favoravelmente, o Diretor-Geral submeterá tal proposta à próxima Conferência dos Estados Partes para discussão e possível adoção.
2. As emendas serão adotadas por uma maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes.
3. Uma vez adotadas, as emendas à presente Convenção serão objeto de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão pelos Estados Partes.

4. Somente em relação aos Estados Parte que as tenham ratificado, aceite, aprovado, ou a elas tenham aderido, as emendas entrarão em vigor três meses após o depósito dos instrumentos referidos no nº3 do presente artigo por dois terços dos Estados Partes. Subsequentemente, em relação a cada Estado ou território que a ratifique, aceite, aprove qualquer emenda, ou a ela adira, tal emenda entrará em vigor três meses após o depósito, por essa Parte, do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

5. Qualquer Estado ou território que se torne Parte da presente Convenção após a entrada em vigor de emendas em conformidade com o nº 4 do presente artigo, e que não manifeste uma intenção diferente, será considerado:

(a) Parte na presente Convenção conforme emendada;

(b) Parte na presente Convenção não emendada relativamente aos Estados Partes que não estiverem vinculados por tal emenda.

Artigo 32º - Denúncia

1. Qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita dirigida ao Diretor-Geral, denunciar a presente Convenção.

2. A denúncia produzirá efeitos doze meses após a data de receção da notificação, a menos que nela se especifique uma data posterior.

3. A denúncia não afetará, por qualquer forma, o dever de qualquer Estado Parte cumprir todas as obrigações previstas na presente Convenção às quais estaria sujeito pelo direito internacional independentemente da presente Convenção.

Artigo 33º - As Regras

As Regras anexas fazem parte integrante da presente Convenção e, salvo disposição expressa em contrário, a referência à presente Convenção abrange as Regras.

Artigo 34º - Registo junto da Organização das Nações Unidas

Em conformidade com o artigo 102º da Carta das Nações Unidas, a presente Convenção ficará registada no Secretariado da Organização das Nações Unidas.

Artigo 35º - Textos fazendo fé

A presente Convenção foi redigida em árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol, fazendo os seis textos igualmente fé.

ANEXO

REGRAS RELATIVAS A INTERVENÇÕES SOBRE O PATRIMÓNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO

I. Princípios gerais

Regra 1. A preservação in situ, como forma de preservação do património cultural subaquático, deverá ser considerada uma opção prioritária. Consequentemente, as intervenções sobre o património cultural subaquático só deverão ser autorizadas se o procedimento for compatível com a proteção desse património e só poderão ser autorizadas se, sujeitas a tal requisito, contribuírem igualmente, de forma significativa, para a proteção, o conhecimento ou a valorização desse património.

Regra 2. A exploração comercial do património cultural subaquático para fins de transação ou especulação ou a sua irreversível dispersão é incompatível com a sua proteção e adequada gestão. Os elementos do património cultural subaquático não deverão ser negociados, comprados ou trocados como se tratassem de bens de natureza comercial.

A presente Regra não pode ser interpretada como proibindo:

(a) A prestação de serviços de arqueologia profissionais ou de serviços conexos necessários, cuja natureza e fim estejam em plena conformidade com a presente Convenção, sob reserva da autorização dos serviços competentes;

(b) O depósito de elementos do património cultural subaquático recuperados no âmbito de um projeto de investigação em conformidade com a presente Convenção, desde que tal depósito não seja contrário ao interesse científico ou cultural, ou à integridade do material recuperado nem resulte na sua irreversível dispersão, esteja conforme com as Regras 33 e 34 e fique sujeito a autorização pelos serviços competentes.

Regra 3. As intervenções sobre o património cultural subaquático não deverão afetá-lo negativamente mais do que o necessário para a consecução dos objetivos do projeto.

Regra 4. As intervenções sobre o património cultural subaquático devem usar métodos e técnicas de prospeção não destrutivas, preferencialmente à recuperação de objetos. Se a escavação ou a recuperação se forem necessárias para o estudo científico ou para a proteção definitiva do património cultural subaquático, as técnicas e os métodos a usar devem ser o menos destrutivos possível e contribuir para a preservação dos vestígios.

Regra 5. As intervenções sobre o património cultural subaquático não devem perturbar desnecessariamente os restos humanos ou sítios venerados.

Regra 6. As intervenções sobre o património cultural subaquático devem ser estritamente regulamentadas por forma a que o registo da informação cultural, histórica e arqueológica seja devidamente efetuado.

Regra 7. Deve ser promovido o acesso do público ao património cultural subaquático in situ, exceto se tal se mostrar incompatível com a proteção e a gestão do sítio.

Regra 8. A cooperação internacional em matéria de intervenção sobre o património cultural subaquático deve ser encorajada, de modo a favorecer intercâmbios profícuos entre arqueólogos e especialistas de outras profissões conexas, bem como um melhor aproveitamento das suas competências.

II. Plano do projeto

Regra 9. Antes de qualquer intervenção sobre o património cultural subaquático, deve ser elaborado um plano do projeto, a submeter às autoridades competentes com vista à necessária apreciação e autorização.

Regra 10. O Plano do projeto deve incluir:

- (a) Um resumo dos estudos prévios ou preliminares;
- (b) O enunciado do projeto e seus objetivos;
- (c) A metodologia a seguir e as técnicas a empregar;
- (d) O plano de financiamento;
- (e) A calendarização da execução do projeto;
- (f) A composição da equipa e as qualificações, funções e experiência de cada membro da equipa;
- (g) O programa de análise e outras atividades a efetuar após o trabalho de campo;

- (h) Um programa de preservação do material arqueológico e do sítio, a executar em estreita cooperação com as autoridades competentes;
- (i) A política da gestão e de manutenção do sítio durante a execução do projeto;
- (j) Um programa de documentação;
- (k) Um plano de segurança;
- (l) Um plano de incidência ambiental;
- (m) As modalidades de colaboração com museus e outras instituições, em particular instituições científicas;
- (n) Um plano de preparação de relatórios;
- (o) As modalidades de depósito dos arquivos, incluindo os elementos do património cultural subaquático recuperado; e
- (p) O programa de divulgação.

Regra 11. As intervenções sobre o património cultural subaquático devem ser conduzidas de acordo com o plano do projeto aprovado pelas autoridades competentes.

Regra 12. Em caso de descobertas imprevistas ou de alteração de circunstâncias, o plano do projeto deverá ser revisto e retificado, com a aprovação das autoridades competentes.

Regra 13. Em caso de urgência ou de descobertas imprevistas, as intervenções sobre o património cultural subaquático, incluindo as medidas ou atividades de preservação de curta duração, em particular a estabilização do sítio, podem ser autorizadas na ausência de um plano de projeto, para efeitos de proteção do património cultural subaquático.

III. Trabalho preliminar

Regra 14. Os trabalhos preliminares referidos na alínea (a) da Regra 10 devem incluir uma avaliação do significado do património cultural subaquático e do meio natural envolvente, bem como dos danos que possam resultar do projeto proposto, e ainda quanto à possibilidade de serem recolhidos dados tendentes à consecução dos objetivos do projeto.

Regra 15. A avaliação deve também incluir estudos de base sobre a informação histórica e arqueológica disponível, as características arqueológicas e ambientais do sítio, e as consequências de qualquer potencial intrusão para a estabilidade a longo prazo, do património cultural subaquático objeto das intervenções.

IV. Objetivo, metodologia e técnicas do projeto

Regra 16. A metodologia deve adequar-se aos objetivos do projeto e as técnicas empregues devem ser o menos intrusivas possível.

V. Financiamento

Regra 17. Antes do início de qualquer intervenção, exceto em casos de urgência para proteger o património cultural subaquático, deve ser garantida uma base de financiamento adequada, suficiente para completar todas as fases do plano do projeto, incluindo a preservação, a documentação e a preservação do material arqueológico, assim como a preparação e a divulgação dos relatórios.

Regra 18. O Plano do projeto deve garantir a capacidade de financiamento deste até à sua conclusão, através, por exemplo, da prestação de uma garantia.

Regra 19. O Plano do projeto deve incluir um plano de contingência que garanta a preservação do património cultural subaquático e da documentação correlativa no caso de qualquer interrupção do financiamento.

VI. Duração do projeto - calendarização

Regra 20. Antes do início de qualquer intervenção, deve ser estabelecida uma adequada calendarização de modo a garantir o cumprimento de todas as fases do plano do projeto, incluindo a preservação, a documentação e a preservação dos elementos do património cultural subaquático recuperados, assim como a preparação e a difusão dos relatórios.

Regra 21. O Plano do projeto deve incluir um plano de contingência que garanta a preservação do património cultural subaquático e da documentação correlativa em caso de qualquer interrupção ou conclusão antecipada do projeto.

VII. Competência e qualificações

Regra 22. As intervenções sobre o património cultural subaquático só podem ser realizadas sob a direção e o controlo, e com a presença regular, de um arqueólogo subaquático qualificado, com competência científica adequada ao projeto.

Regra 23. Todos os elementos da equipa do projeto devem possuir qualificações e competências adequadas às suas funções no projeto.

VIII. Preservação e gestão do sítio

Regra 24. O programa de preservação prevê o tratamento dos vestígios arqueológicos durante as intervenções sobre o património cultural subaquático, o seu transporte e a longo prazo. A preservação deve ser efetuada em conformidade com as normas profissionais vigentes.

Regra 25. O programa de gestão do sítio prevê a proteção e a gestão in situ do património cultural subaquático, no decurso e após a conclusão do trabalho de campo. O programa inclui a informação ao público, a implementação de meios razoáveis para a estabilização, a monitorização e a proteção do sítio contra interferências.

IX. Documentação

Regra 26. Do programa de documentação deve constar a documentação pormenorizada das intervenções sobre o património cultural subaquático, incluindo relatórios de progresso, em conformidade com as normas profissionais vigentes relativas à documentação arqueológica.

Regra 27. A documentação deverá incluir, pelo menos, um inventário pormenorizado do sítio, incluindo a indicação da proveniência dos elementos do património cultural subaquático deslocado ou removidos no decurso das intervenções, notas de campo, planos, desenhos, secções, e fotografias ou registos noutros suportes.

X. Segurança

Regra 28. Deve ser elaborado um plano de segurança adequado que garanta a segurança e a saúde da equipa encarregue da execução do projeto e de outros participantes, em conformidade com os requisitos oficiais e profissionais vigentes.

XI. Meio ambiente

Regra 29. Deve ser preparado um plano de incidência ambiental adequado que obste a qualquer perturbação indevida dos fundos marinhos e da vida marinha.

XII. Relatórios

Regra 30. Os relatórios de progresso e o relatório final devem ficar disponíveis na data prevista no plano do projeto, e ser depositados em arquivos públicos apropriados.

Regra 31. Os relatórios deverão incluir:

- (a) Um enunciado dos objetivos;
- (b) Um enunciado dos métodos e das técnicas empregues;
- (c) Um enunciado dos resultados obtidos;
- (d) A documentação gráfica e fotográfica essencial de todas as fases da intervenção;
- (e) As recomendações relativas à preservação e conservação do sítio e de dos elementos do património cultural subaquático removidos;
- (f) Recomendações para futuras intervenções.

XIII. Conservação dos arquivos do projeto

Regra 32. As modalidades de conservação dos arquivos do projeto devem ser acordadas antes do início de qualquer intervenção e devem constar do plano do projeto.

Regra 33. Os arquivos do projeto, incluindo qualquer elemento do património cultural subaquático removido e uma cópia de toda a documentação conexa devem, se possível, manter-se intactos e em conjunto, sob a forma de coleção, de modo a ficarem acessíveis aos profissionais e ao público, garantindo-se, igualmente, a respetiva conservação. Este procedimento deve ser concretizado tão rapidamente quanto possível, o mais tardar, no prazo de dez anos após a conclusão do projeto, desde que tal se mostre compatível com a preservação do património cultural subaquático.

Regra 34. Os arquivos do projeto devem ser geridos em conformidade com as normas profissionais internacionais e sujeitos à autorização das autoridades competentes.

XIV. Divulgação

Regra 35. O projeto deve prever, sempre que possível, a realização de ações educativas e a apresentação dos seus resultados ao grande público.

Regra 36. O relatório final de qualquer projeto deve ser:

(a) Tornado público logo que possível, tendo em conta a complexidade do projeto e a natureza confidencial ou sensível da informação nele contida; e

(b) Depositado em arquivos públicos apropriados.

O texto que antecede é o texto autêntico da Convenção, devidamente adotado pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, durante a sua trigésima primeira sessão, que decorreu em Paris e foi encerrada ao terceiro dia do mês de novembro de 2001.

Anexo

Regras relativas a intervenções sobre o património cultural subaquático

I—Princípios gerais

Regra 1

A preservação in situ, como forma de preservação do património cultural subaquático, deverá ser considerada uma opção prioritária. Consequentemente, as intervenções sobre o património cultural subaquático só deverão ser autorizadas se o procedimento for compatível com a protecção desse património e só poderão ser autorizadas se, sujeitas a tal requisito, contribuirão igualmente, de forma significativa, para a protecção, o conhecimento ou a valorização desse património.

Regra 2

A exploração comercial do património cultural subaquático para fins de transacção ou especulação, ou a sua irreversível dispersão, é incompatível com a sua protecção e adequada gestão. Os elementos do património cultural subaquático não deverão ser negociados, comprados ou trocados como se se tratassem de bens de natureza comercial. A presente regra não pode ser interpretada como proibindo:

- a) A prestação de serviços de arqueologia profissionais ou de serviços conexos necessários, cuja natureza e fim estejam em plena conformidade com a presente Convenção, sob reserva da autorização dos serviços competentes;
- b) O depósito de elementos do património cultural subaquático recuperados no âmbito de um projecto de investigação em conformidade com a presente

Convenção, desde que tal depósito não seja contrário ao interesse científico ou cultural ou à integridade do material recuperado nem resulte na sua irreversível dispersão, esteja conforme com as regras 33 e 34 e fique sujeito a autorização pelos serviços competentes.

Regra 3

As intervenções sobre o património cultural subaquático não deverão afectá-lo negativamente mais do que o necessário para a consecução dos objectivos do projecto.

Regra 4

As intervenções sobre o património cultural subaquático devem recorrer a métodos e técnicas de prospecção não destrutivas, devendo dar-se preferência à recuperação de objectos. Se a escavação ou a recuperação se revelarem necessárias para o estudo científico ou para a protecção definitiva do património cultural subaquático, as técnicas e os métodos a usar devem ser o menos destrutivos possível e contribuir para a preservação dos vestígios.

Regra 5

As intervenções sobre o património cultural subaquático não devem perturbar desnecessariamente os restos humanos ou sítios venerados.

Regra 6

As intervenções sobre o património cultural subaquático devem ser estritamente regulamentadas por forma que o registo da informação cultural, histórica e arqueológica seja devidamente efectuado.

Regra 7

Deve ser promovido o acesso do público ao património cultural subaquático in situ, excepto se tal se mostrar incompatível com a protecção e a gestão do sítio.

Regra 8

A cooperação internacional em matéria de intervenção sobre o património cultural subaquático deve ser encorajada, de modo a favorecer intercâmbios profícuos entre arqueólogos e especialistas de outras profissões conexas, bem como um melhor aproveitamento das suas competências.

II—Plano do projecto

Regra 9

Antes de qualquer intervenção sobre o património cultural subaquático deve ser elaborado um plano do projecto, a submeter às autoridades competentes, com vista à necessária apreciação e autorização.

Regra 10

O plano do projecto deve incluir:

- a) Um resumo dos estudos prévios ou preliminares;
- b) O enunciado do projecto e seus objectivos;
- c) A metodologia a seguir e as técnicas a empregar;
- d) O plano de financiamento;
- e) A calendarização da execução do projecto;
- f) A composição da equipa e as qualificações, funções e experiência de cada membro da equipa;
- g) O programa de análises e outras actividades a efectuar após o trabalho de campo;
- h) Um programa de preservação do material arqueológico e do sítio, a executar em estreita cooperação com as autoridades competentes;
- i) A política de gestão e de manutenção do sítio durante a execução do projecto;
- j) Um programa de documentação;
- k) Um plano de segurança;
- l) Um plano de incidência ambiental;
- m) As modalidades de colaboração com museus e outras instituições, em particular instituições científicas;
- n) Um plano de preparação de relatórios;
- o) As modalidades de depósito dos arquivos, incluindo os elementos do património cultural subaquático recuperados; e
- p) O programa de divulgação.

Regra 11

As intervenções sobre o património cultural subaquático devem ser conduzidas de acordo com o plano do projecto aprovado pelas autoridades competentes.

Regra 12

Em caso de descobertas imprevistas ou de alteração de circunstâncias, o plano do projecto deve ser revisto e rectificado, com a aprovação das autoridades competentes.

Regra 13

Em caso de urgência ou de descobertas imprevistas, as intervenções sobre o património cultural subaquático, incluindo as medidas ou actividades de preservação de curta duração, em particular a estabilização do sítio, podem ser autorizadas na ausência de um plano de projecto, para efeitos de protecção do património cultural subaquático.

III—Trabalhos preliminares

Regra 14

Os trabalhos preliminares referidos na alínea a) da regra 10 devem incluir uma avaliação do significado do património cultural subaquático e do meio natural envolvente, bem como dos danos que possam resultar do projecto proposto, e ainda quanto à possibilidade de serem recolhidos dados tendentes à consecução dos objectivos do projecto.

Regra 15

A avaliação deve também incluir estudos de base sobre a informação histórica e arqueológica disponível, as características arqueológicas e ambientais do sítio e as consequências de qualquer potencial intrusão para a estabilidade, a longo prazo, do património cultural subaquático objecto das intervenções.

IV—Objectivo, metodologia e técnicas do projecto

Regra 16

A metodologia deve adequar-se aos objectivos do projecto e as técnicas empregues devem ser o menos intrusivas possível.

V—Financiamento

Regra 17

Antes do início de qualquer intervenção, excepto em casos de urgência para proteger o património cultural subaquático, deve ser garantida uma base de financiamento adequada, suficiente para completar todas as fases do plano do

projecto, incluindo a preservação, a documentação e a preservação do material arqueológico, assim como a preparação e a divulgação dos relatórios.

Regra 18

O plano do projecto deve garantir a capacidade de financiamento deste até à sua conclusão, através, por exemplo, da prestação de uma garantia.

Regra 19

O plano do projecto deve incluir um plano de contingência que garanta a preservação do património cultural subaquático e da documentação correlativa em caso de interrupção do financiamento.

VI—Duração do projecto—Calendarização

Regra 20

Antes do início de qualquer intervenção, deve ser estabelecida uma adequada calendarização de modo a garantir o cumprimento de todas as fases do plano do projecto, incluindo a preservação, a documentação e a preservação dos elementos do património cultural subaquático recuperados, assim como a preparação e a difusão dos relatórios.

Regra 21

O plano do projecto deve incluir um plano de contingência que garanta a preservação do património cultural subaquático e da documentação correlativa em caso de qualquer interrupção ou conclusão antecipada do projecto.

VII—Competência e qualificações

Regra 22

As intervenções sobre o património cultural subaquático só podem ser realizadas sob a direcção e o controlo, e com a presença regular, de um arqueólogo subaquático qualificado, com competência científica adequada ao projecto.

Regra 23

Todos os elementos da equipa do projecto devem possuir qualificações e competência adequadas às suas funções no projecto.

VIII—Preservação e gestão do sítio

Regra 24

O programa de preservação prevê o tratamento dos vestígios arqueológicos durante as intervenções sobre o património cultural subaquático, durante o seu transporte e a longo prazo. A preservação deve ser efectuada em conformidade com as normas profissionais vigentes.

Regra 25

O programa de gestão do sítio prevê a protecção e a gestão in situ do património cultural subaquático, no decurso e após a conclusão do trabalho de campo. O programa inclui a informação ao público, a implementação de meios razoáveis para a estabilização, a monitorização e a protecção do sítio contra interferências.

IX—Documentação

Regra 26

Do programa de documentação deve constar a documentação pormenorizada das intervenções sobre o património cultural subaquático, incluindo relatórios de progresso, em conformidade com as normas profissionais vigentes relativas à documentação arqueológica.

Regra 27

A documentação deve incluir, pelo menos, um inventário pormenorizado do sítio, incluindo a indicação da proveniência dos elementos do património cultural subaquático deslocados ou removidos no decurso das intervenções, notas de campo, planos, desenhos, secções e fotografias ou registos noutros suportes.

X—Segurança

Regra 28

Deve ser elaborado um plano de segurança adequado que garanta a segurança e a saúde dos membros da equipa encarregue da execução do projecto e de outros participantes, em conformidade com os requisitos legais e profissionais vigentes.

XI—Meio ambiente

Regra 29

Deve ser preparado um plano de incidência ambiental adequado que obste a qualquer perturbação indevida dos fundos marinhos e da vida marinha.

XII—Relatórios

Regra 30

Os relatórios de progresso e o relatório final devem ficar disponíveis na data prevista no plano do projecto e são depositados em arquivos públicos apropriados.

Regra 31

Os relatórios devem incluir:

- a) Um enunciado dos objectivos;
- b) Um enunciado dos métodos e das técnicas empregues;
- c) Um enunciado dos resultados obtidos;
- d) A documentação gráfica e fotográfica essencial de todas as fases da intervenção;
- e) As recomendações relativas à preservação e preservação do sítio e dos elementos do património cultural subaquático removidos;
- f) Recomendações para futuras intervenções.

XIII—Conservação dos arquivos do projecto

Regra 32

As modalidades de conservação dos arquivos do projecto devem ser acordadas antes do início de qualquer intervenção e devem constar do plano do projecto.

Regra 33

Os arquivos do projecto, incluindo qualquer elemento do património cultural subaquático removido e uma cópia de toda a documentação conexa devem, se possível, manter-se intactos e em conjunto, sob a forma de colecção, de modo a ficarem acessíveis aos profissionais e ao público, garantindo-se, igualmente, a respectiva conservação. Este procedimento deve ser concretizado tão rapidamente quanto possível, o mais tardar, no prazo de 10 anos após a conclusão do projecto, desde que tal se mostre compatível com a preservação do património cultural subaquático.

Regra 34

Os arquivos do projecto devem ser geridos em conformidade com as normas profissionais internacionais e sujeitos à autorização das autoridades competentes.

XIV—Divulgação

Regra 35

O projecto deve prever, sempre que possível, a realização de acções educativas e a apresentação dos seus resultados ao grande público.

Regra 36

O relatório final de qualquer projecto deve ser:

- a) Tornado público logo que possível, tendo em conta a complexidade do projecto e a natureza confidencial ou sensível da informação nele contida; e
- b) Depositado em arquivos públicos apropriados.

Feito em Paris, neste 2.o dia de Novembro de 2001, em duas cópias autenticadas, tendo aposta a assinatura do Presidente da 31.a sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e do Director-Geral, que deverão ser depositadas nos arquivos da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, cujas cópias conformes e autenticadas serão remetidas a todos os Estados referidos no artigo 26.o, assim como às Nações Unidas.

Em fé do que os abaixo assinados apuseram as suas assinaturas em 6 de Novembro de 2001.

O Presidente da Conferência Geral:

(Assinatura.)

O Director-Geral:

(Assinatura.)

ANEXO E

Declaração de Estocolmo

(Estocolmo/junho/72)

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente,

Tendo-se reunido em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972, e

Considerando a necessidade de um ponto de vista e de princípios comuns para inspirar e guiar os povos do mundo na preservação e na melhoria do meio ambiente,

PROCLAMA QUE:

1 - O homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente, que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. A longa e difícil evolução da raça humana no planeta levou-a a um estágio em que, com o rápido progresso da Ciência e da Tecnologia, conquistou o poder de transformar de inúmeras maneiras e em escala sem precedentes o meio ambiente. Natural ou criado pelo homem, é o meio ambiente essencial para o bem-estar e para gozo dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida.

2 - A proteção e a melhoria do meio ambiente humano constituem desejo premente dos povos do globo e dever de todos os Governos, por constituírem o aspecto mais relevante que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento do mundo inteiro.

3 - O homem carece constantemente de somar experiências para prosseguir descobrindo, inventando, criando, progredindo. Em nossos dias sua capacidade de transformar o mundo que o cerca, se usada de modo adequado, pode dar a todos os povos os benefícios do desenvolvimento e o ensejo de aprimorar a qualidade da vida. Aplicada errada ou inconsideradamente, tal faculdade pode causar danos incalculáveis aos seres humanos e ao seu meio ambiente. Aí estão, à nossa volta,

os males crescentes produzidos pelo homem em diferentes regiões da Terra: perigosos índices de poluição na água, no ar, na terra e nos seres vivos; distúrbios grandes e indesejáveis no equilíbrio ecológico da biosfera; destruição e exaustão de recursos insubstituíveis; e enormes deficiências, prejudiciais à saúde física, mental e social do homem, no meio ambiente criado pelo homem, especialmente no seu ambiente de vida e de trabalho.

4 - Nos países em desenvolvimento, os problemas ambientais são causados, na maioria, pelo subdesenvolvimento. Milhões de pessoas continuam vivendo muito abaixo dos níveis mínimos necessários a uma existência humana decente, sem alimentação e vestuário adequados, abrigo e educação, saúde e saneamento. Por conseguinte, tais países devem dirigir seus esforços para o desenvolvimento, cômicos de suas prioridades e tendo em mente a premência de proteger e melhorar o meio ambiente. Com idêntico objetivo, os países industrializados, onde os problemas ambientais estão geralmente ligados à industrialização e ao desenvolvimento tecnológico, devem esforçar-se para reduzir a distância que os separa dos países em desenvolvimento.

5 - O crescimento natural da população suscita a toda hora problemas na preservação do meio ambiente, mas políticas e medidas adequadas podem resolver tais problemas. De tudo o que há no mundo, a associação humana é o que existe de mais preciosa. É ela que impulsiona o progresso social e cria a riqueza, desenvolve a Ciência e a Tecnologia e, através de seu trabalho árduo, continuamente transforma o meio ambiente. Com o progresso social e os avanços da produção, da Ciência e da Tecnologia, a capacidade do homem para melhorar o meio ambiente aumenta dia a dia.

6 - Atingiu-se um ponto da História em que devemos moldar nossas ações no mundo inteiro com a maior prudência, em atenção às suas conseqüências ambientais. Pela ignorância ou indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao ambiente terrestre de que dependem nossa vida e nosso bem-estar. Com mais conhecimento e ponderação nas ações, poderemos conseguir para nós e para a posteridade uma vida melhor em ambiente mais adequado às necessidades e esperanças do homem. São amplas as perspectivas para a melhoria da qualidade ambiental e das condições de vida. O que precisamos é de entusiasmo,

acompanhado de calma mental, e de trabalho intenso mas ordenado. Para chegar à liberdade no mundo da Natureza, o homem deve usar seu conhecimento para, com ela colaborando, criar um mundo melhor. Tornou-se imperativo para a humanidade defender e melhorar o meio ambiente, tanto para as gerações atuais como para as futuras, objetivo que se deve procurar atingir em harmonia com os fins estabelecidos e fundamentais da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo.

7 - A consecução deste objetivo ambiental requererá a aceitação de responsabilidade por parte de cidadãos e comunidades, de empresas e instituições, em equitativa partilha de esforços comuns. Indivíduos e organizações, somando seus valores e seus atos, darão forma ao ambiente do mundo futuro. Aos governos locais e nacionais caberá o ônus maior pelas políticas e ações ambientais da mais ampla envergadura dentro de suas respectivas jurisdições. Também a cooperação internacional se torna necessária para obter os recursos que ajudarão os países em desenvolvimento no desempenho de suas atribuições. Um número crescente de problemas, devido a sua amplitude regional ou global ou ainda por afetarem campos internacionais comuns, exigirá ampla cooperação de nações e organizações internacionais visando ao interesse comum. A Conferência concita Governos e povos a se empenharem num esforço comum para preservar e melhorar o meio ambiente, em benefício de todos os povos e das gerações futuras.

EXPRESSA A COMUM CONVICÇÃO QUE:

PRINCÍPIOS

A Assembléia Geral das Nações Unidas reunida em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972, atendendo à necessidade de estabelecer uma visão global e princípios comuns, que sirvam de inspiração e orientação à humanidade, para a preservação e melhoria do ambiente humano através dos vinte e três princípios enunciados a seguir, expressa a convicção comum de que:

1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A

esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o “apartheid”, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas.

2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

3 - Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais.

4 - O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu “habitat”, que se encontram atualmente em grave perigo por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.

5 - Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso.

6 - Deve-se por fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outras matérias e à liberação de calor, em quantidade ou concentrações tais que não possam ser neutralizadas pelo meio ambiente de modo a evitarem-se danos graves e irreparáveis aos ecossistemas. Deve ser apoiada a justa luta de todos os povos contra a poluição.

7 - Os países deverão adotar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, prejudicar os recursos vivos e a vida marinha, causar danos às possibilidades recreativas ou interferir com outros usos legítimos do mar.

8 - O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar, na Terra, as condições

necessárias à melhoria da qualidade de vida.

9 - As deficiências do meio ambiente decorrentes das condições de subdesenvolvimento e de desastres naturais ocasionam graves problemas; a melhor maneira de atenuar suas conseqüências é promover o desenvolvimento acelerado, mediante a transferência maciça de recursos consideráveis de assistência financeira e tecnológica que complementem os esforços dos países em desenvolvimento e a ajuda oportuna, quando necessária.

10 - Para os países em desenvolvimento, a estabilidade de preços e pagamento adequado para comodidades primárias e matérias-primas são essenciais à administração do meio ambiente, de vez que se deve levar em conta tanto os fatores econômicos como os processos ecológicos.

11 - As políticas ambientais de todos os países deveriam melhorar e não afetar adversamente o potencial desenvolvimentista atual e futuro dos países em desenvolvimento, nem obstar o atendimento de melhores condições de vida para todos; os Estados e as organizações internacionais deveriam adotar providências apropriadas, visando chegar a um acordo, para fazer frente às possíveis conseqüências econômicas nacionais e internacionais resultantes da aplicação de medidas ambientais.

12 - Deveriam ser destinados recursos à preservação e melhoramento do meio ambiente, tendo em conta as circunstâncias e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento e quaisquer custos que possam emanar, para esses países, a inclusão de medidas de conservação do meio ambiente, em seus planos de desenvolvimento, assim como a necessidade de lhes ser prestada, quando solicitada, maior assistência técnica e financeira internacional para esse fim.

13 - A fim de lograr um ordenamento mais racional dos recursos e, assim, melhorar as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado da planificação de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade do desenvolvimento, com a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano, em benefício de sua população.

14 - A planificação racional constitui um instrumento indispensável, para

conciliar as diferenças que possam surgir entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente.

15 - Deve-se aplicar a planificação aos agrupamentos humanos e à urbanização, tendo em mira evitar repercussões prejudiciais ao meio ambiente e a obtenção do máximo de benefícios sociais, econômicos e ambientais para todos. A esse respeito, devem ser abandonados os projetos destinados à dominação colonialista e racista.

16 - As regiões em que exista o risco de que a taxa de crescimento demográfico ou as concentrações excessivas de população, prejudiquem o meio ambiente ou o desenvolvimento, ou em que a baixa densidade de população possa impedir o melhoramento do meio ambiente humano e obstar o desenvolvimento, deveriam ser aplicadas políticas demográficas que representassem os direitos humanos fundamentais e contassem com a aprovação dos governos interessados.

17 - 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.

18 - Como parte de sua contribuição ao desenvolvimento econômico e social, devem ser utilizadas a ciência e a tecnologia para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, para solucionar os problemas ambientais e para o bem comum da humanidade.

19 - É indispensável um trabalho de educação em questões ambientais, visando tanto às gerações jovens como os adultos, dispensando a devida atenção ao setor das populações menos privilegiadas, para assentar as bases de uma opinião pública, bem informada e de uma conduta responsável dos indivíduos, das empresas e das comunidades, inspirada no sentido de sua responsabilidade, relativamente à proteção e melhoramento do meio ambiente, em toda a sua dimensão humana.

20 - Deve ser fomentada, em todos os países, especialmente naqueles em desenvolvimento, a investigação científica e medidas desenvolvimentistas, no sentido dos problemas ambientais, tanto nacionais como multinacionais. A esse

respeito, o livre intercâmbio de informação e de experiências científicas atualizadas deve constituir objeto de apoio e assistência, a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais; as tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento, em condições que favoreçam sua ampla difusão, sem que constituam carga econômica excessiva para esses países.

21 - De acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com a sua política ambiental, desde que as atividades levadas a efeito, dentro da jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional

22 - Os Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional, no que se refere à responsabilidade e à indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais, que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob controle de tais Estados, causem às zonas situadas fora de sua jurisdição.

23 - Sem prejuízo dos princípios gerais que possam ser estabelecidos pela comunidade internacional e dos critérios e níveis mínimos que deverão ser definidos em nível nacional, em todos os casos será indispensável considerar os sistemas de valores predominantes em cada país, e o limite de aplicabilidade de padrões que são válidos para os países mais avançados, mas que possam ser inadequados e de alto custo social para os países em desenvolvimento.

ANEXO F

INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA “MUSEU DA LAPINHA”

EXCELENTÍSSIMO SENHOR(A) JUIZ(A) DA ____ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE MINAS GERAIS - BELO HORIZONTE.

Ação Civil Pública

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Requeridos: Estado de Minas Gerais e Instituto Estadual de Florestas de MG;

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento no art. 129, III, da Constituição da República, art. 6º, VII, *b*, e XIV da Lei Complementar n.º 75/93, e art. 1º, I, da Lei n.º 7.347/85, vem perante, Vossa Excelência, propor:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

(com pedido de antecipação de tutela)

em face do ESTADO DE MINAS GERAIS, pessoa jurídica de direito público interno, a ser citado por meio da Advocacia Geral do Estado, com sede na Avenida Afonso Pena, 1901 – Funcionários – Belo Horizonte – MG e INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTA – IEF, autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, com sede à Rodovia Prefeito Américo Gianetti, s/n Bairro Serra Verde - Belo Horizonte - Minas Gerais cep: 31630-900 , pelos fatos e fundamentos de direito que passa a expor:

DOS FATOS

1- Das peculiaridades do museu da Lapinha

Mihály Bánya, húngaro, estudioso de arqueologia, viveu na região de Lagoa Santa explorando o berço da arqueologia brasileira por 40 anos, tendo falecido no ano de 2005. Paralelo a esses estudos fundou o “Museu de Arqueologia da Lapinha”. Tal imóvel foi denominado “Castelinho” por sua forma singular, que lembra o formato de castelos típicos da Europa medieval, e foi inaugurado no ano de 1972, situando-se nas proximidades da Gruta da Lapinha.



Museu da Lapinha em 1972



Museu da Lapinha atualmente

A área onde o museu está inserido pertence ao Parque Estadual do Sumidouro, Unidade de Conservação de Proteção Integral e, portanto, será desapropriada em breve. Nesse sentido, os documentos em anexo (e-mails) referentes ao procedimento de desapropriação (DOC. 1).

O “castelinho” recebe, em média, 12 mil visitantes por ano, principalmente oriundos de excursões escolares; os estudantes tem o privilégio de observar pessoalmente os materiais vistos em figuras de livros, sendo uma excepcional forma de estudo, que instiga o interesse pela formação da humanidade. A comunidade reconhece o valor do Museu Arqueológico da Lapinha, conforme se depreende das inúmeras manifestações constantes em anexo (DOC 2). Além disso, o próprio IPHAN, através da superintendência local, ainda que não tenha ocorrido a regularização formal do espaço, também reconhece o valor da Instituição, qualificando-a como “Museu” em documento formal enviado em 1999.(DOC. 3). A Administração central da autarquia seguiu a mesma linha, valendo ressaltar o quanto contido em documento datado do mesmo ano:

“A boa vontade e a dedicação dispensadas por Vossa Senhoria às questões patrimoniais são um incentivo ao nosso trabalho. Estamos certos de que podemos contar sempre com sua parceria nessa relevante missão de preservação dos bens culturais brasileiros” (DOC. 4)

Ainda, em recente evento ocorrido na localidade, várias autoridades, cidadãos de Lagoa Santa e membros do meio acadêmico afirmam da intensa importância do local (DOC. 5)

Forçoso reconhecer, contudo, que há intenso preconceito em relação ao museu, principalmente advindo de parte do meio acadêmico (DOC. 6). O húngaro Mihály não tinha formação em arqueologia, sendo um “arqueólogo prático”, razão pela qual é acusado de ter adotado formas de intervenção no patrimônio arqueológico equivocadas, nas décadas de 70/80, rechaçadas pelos estudiosos do ramo. Imprescindível notar, contudo, que aquele, ao revés de vários outros experts do ramo, e apesar de não ser brasileiro, manteve a maior parte de seus achados em solo nacional, e com acesso ao público local, em respeito ao princípio da conservação *in situ* e ao princípio da educação patrimonial contidos nas Cartas de Nova Dheli e Lausanne (DOC. 7)

2- Da importância social de um museu e do Museu da Lapinha em particular – particularidades da Instituição

Como sabido, os museus são ferramentas de suma importância na formação educacional de um povo. Os remete ao passado, ao conhecimento de sua formação e identidade, permitindo divagar, conjecturar e conhecer um mundo diferente do seu cotidiano.

Segundo a definição do International Council of Museums (ICOM, 2001), um museu é *"uma instituição permanente, sem fins lucrativos, a serviço da sociedade e do seu desenvolvimento, aberta ao público e que adquire, conserva, investiga, difunde e expõe os testemunhos materiais do homem e de seu entorno, para educação e deleite da sociedade"*.

Tal definição ganha importância por permitir compreender os museus como uma espécie de “serviço público”, sendo fundamental para desenvolvimento intelectual de um povo. Permite o aprendizado dinâmico, que instiga e facilita a compreensão, por tratar-se de algo concreto; foge à abstração menos empolgante dos livros didáticos.

Imprescindível se faz “dissecar” os elementos do conceito proposto pelo ICOM.

No Brasil há mais de 2700 museus espalhados por todo o país, alguns públicos e outros privados. O grande dilema que se coloca é a autosustentabilidade de tais espaços, restando a “permanência” vinculada a esforços hercúleos de particulares ou a subsídios do setor público ou privado (empresas). O Museu Arqueológico da Lapinha, apesar de jamais ter recebido qualquer apoio governamental ou regular de empresas, conseguiu, nesses mais de trinta anos de existência, cumprir com excelência seu papel, através da cobrança de módica tarifa para entrada de visitantes, ausente finalidade lucrativa. Noutra ponta, a Instituição em tela demonstra claramente ter estado, sempre, à serviço não somente da sociedade de Lagoa Santa – em atendimento ao princípio da conservação *in situ* das Cartas de Lousanne e Nova Delhi - mas também de Minas Gerais e, por que não, de todo o Brasil, mercê da importância de seu acervo.

Note-se que em 2006 o IPHAN reconhece a “importância arqueológica da coleção contida neste museu, amostragem significativa de uma das mais antigas ocupações nas Américas.” (DOC. 8)

Na mesma toada, a renomada Museóloga Célia Corsino e atualmente diretora do departamento de patrimônio imaterial do IPHAN, esteve no local, por solicitação do MPF e da autarquia federal, ratificando a importância do espaço e, inclusive, apontando outros aspectos interessantes, positivos e negativos, *in verbis*:

“(...) a taxa de umidade que encontramos no interior de sua sala de exposição é bastante alta. Com certeza está acima do patamar apropriado para áreas de exposições museológicas. O dano ao acervo, no entanto, é reduzido em função de sua natureza, quase todo ele de material inerte, a não ser os animais taxdermizados. (...)”. Estes últimos, ressalte-se, são apenas parte do contexto mas não conferem importância ao Museu da Lapinha, eis que não guardam vinculação ao material arqueológico.

E continua Corsino:

“O Museu Arqueológico de Lagoa Santa tem desenvolvido suas ações precariamente, mas, de certa forma, procura realizar uma ação educativa com a coleção que está sob sua guarda. Na mesma situação encontram-se outros museus pelo Brasil.(...)”

Creio que ter um museu junto à Gruta é bastante interessante, como uma sala de referência, desde que este espaço possa fornecer ao visitante informações confiáveis, acervo preservado e atendimento de qualidade. Assim, a revitalização do Museu Arqueológico da Lapinha é indispensável se formos optar pela manutenção do acervo sob a sua guarda. Por outro lado, transferir o acervo do Museu não garante sua exposição, preservação e uso pela comunidade local ou os visitantes da Gruta.” (grifado) (DOC. 9)

Assim, reconhece a museóloga que a ausência de regularização da Instituição, em situação *sui generis* na qual o poder público a reconhece mas não a apoia, dificulta a manutenção da edificação e, via de consequência, torna precárias as condições de permanência do acervo. Aponta, todavia, para a necessidade de sua manutenção, tendo a edificação a denominada “função testemunho” da forma como se realizava a arqueologia há tempos idos e da própria origem do Sr. Mihaly

Ainda, repise-se, *data venia* – e Corsino o faz de maneira firme - mero acúmulo de material coletado durante pesquisas acadêmicas ou mesmo na denominada arqueologia de contrato não é museu. O conhecimento é elemento intrínseco à educação patrimonial, essencial a esta, não havendo outra instituição na localidade que possibilite à sociedade conhecer seus próprios fatores identitários. A comunicação e exibição delimitadas no conceito do ICOM são “peças” fundamentais, portanto, de um verdadeiro museu. Museu não se confunde tão somente com espaço para armazenamento de reserva técnica. Se a existência desta é imprescindível para a existência de um museu – e esta se faz presente no Museu em questão – também se mostra imprescindível a abertura ao público para que se produza, e reproduza, o conhecimento.

3- Da inexistência de outro museu no local

O Museu da Lapinha é a única instituição que ainda preserva o que restou da História arqueológica de Lagoa Santa e região em Lagoa Santa.

Observa-se que a região, apesar de muito visitada por turistas e estudantes de arqueologia do mundo inteiro, não possui outro museu nos mesmos

moldes. Não há, sequer, a previsão para a construção de algum museu com as mesmas características: acervo local e de caráter permanente.

Nas obras da “Rota Lund”, projeto do Governo de Minas e de alguns municípios mineiros¹, restou concretizada a construção do Centro Receptivo Peter W. Lund, nas proximidades da gruta, com área reservada para receber exposições em caráter sazonal. A primeira exposição de fósseis do Museu de Zoologia de Copenhague, cedidos pelo governo da Dinamarca em regime de comodato por apenas três anos, iniciou-se há poucos dias (DOC.9). Isto é, haverá uma de poucos bens arqueológicos (provavelmente de menor valor histórico-arqueológico) que foram extraídos em Lagoa Santa. Serão cedidas pelos Dinamarqueses apenas 300 das 12.622 peças que foram enviadas ao referido país, a partir de 1845, pelo naturalista Peter Lund.

Não se trata, portanto, de um museu e, tampouco, de manutenção definitiva, em Lagoa Santa, dos elementos identitários ligados à arqueologia.

4 - Do reconhecimento da comunidade ao trabalho desenvolvido no local

Caracterizando um museu, afirma Corsino:

“As instituições museológicas são compreendidas como práticas sociais colocadas a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento e comprometidas com a gestão democrática e participativa, tendo as seguintes características:

- O trabalho permanente com o patrimônio cultural material, imaterial e natural;
- A presença de acervos e exposições abertos ao público, com o objetivo de propiciar a ampliação do campo de possibilidades de construção identitária, percepção crítica da realidade cultural brasileira, o estímulo à produção do conhecimento e a produção de novas oportunidades de lazer;

- O desenvolvimento de programas, projetos ações que utilizem o patrimônio cultural como recurso educacional e de inclusão social;
- E a vocação para a comunicação, investigação, interpretação, documentação e preservação de testemunhos culturais e naturais.”

A toda evidência, o Museu da Lapinha se enquadra perfeitamente em todos os quesitos apontados, como espelha a documentação anexa, da qual se extrai o reconhecimento da comunidade ao trabalho realizado, de educação patrimonial, bem como ao castelinho como *locus* vinculado ao acervo e ao aprendizado em questão.(DOC. 10)

5- DO PARQUE DO SUMIDOURO E DA ROTA LUND

Como sabido, os investimentos no chamado “vetor norte”, como o Aeroporto de Confins e a Linha Verde, fizeram com que a região do Parque Estadual do Sumidouro assumisse importante papel no cenário turístico do estado, seja pelos aspectos naturais, cachoeiras, rios, trilhas, lagoas, seja pelos aspectos culturais: cavernas, pinturas rupestres, arqueologia.

Nesse sentido, o Projeto Rota Lund, desenvolvido pelo estado e por municípios, integra, além da Lapinha, o Museu de História Natural da PUC Minas, no Bairro Coração Eucarístico (Região Noroeste de BH), o Parque do Sumidouro, as grutas do Rei do Mato, em Sete Lagoas, e Maquiné, em Cordisburgo.

A Rota Lund é um conjunto de ações e projetos, ao longo de 120 quilômetros, para fortalecer o turismo e o conhecimento arqueológico na região central de Minas Gerais.

É notório que qualquer turista que se aventurar pela história da arqueologia na Rota Lund, será informado do histórico dos estudos que foram ali desenvolvidos. Necessariamente vai perpassar pelos estudos de Peter Lund, arqueólogo do século XIX; pelos estudos que encontraram o crânio de Luzia nos anos 70 do século passado; além, por óbvio, do trabalho desenvolvido por Mihály Bánya, principalmente pela fundação e manutenção do Museu da Lapinha.

A regularização fundiária da unidade de conservação Parque do Sumidouro se arrasta há décadas anos, desde quando foi publicado o decreto 20.375/80. Nos últimos anos, contudo, inclusive em virtude da pressão antrópica no vetor norte, sua regularização fundiária finalmente vem se desprendendo da abstração. Nessa toada, desde 2005 o MPF vem mantendo interlocução com IPHAN, IEF e Estado de Minas Gerais objetivando a regularização do Museu da Lapinha junto aos órgãos públicos, posto que a edificação, particular, encontra-se inserida em terreno público – do Parque do Sumidouro.

Causou espécie ao MPF a clara manifestação das instituições estaduais de pretenderem “demolir” o Museu ou mesmo de modificarem totalmente sua utilização. Ainda, a intensa negociação esteve próxima de culminar em interessantíssimo acordo entre IPHAN, IEF e MPF, através do qual a autarquia federal seria cessionária do espaço e manteria o Museu (DOC. 11), justamente por reconhecer o valor de seu acervo exposto e de sua reserva técnica. Na data de exposição da minuta de avença, contudo, o Estado de Minas Gerais manifestou-se contrariamente a tal cessão, indicando claramente a intenção de apartar completamente a Instituição da rota Lund, isolando-a do contexto proposto para a área (DOC. 9 – reportagem do EM e sites sobre a rota Lund sequer mencionam o Museu da Lapinha).

Não há, portanto, qualquer garantia, atualmente, de que o Museu Arqueológico da Lapinha será mantido no local. A edificação, frise-se, impregnada de valor não somente pelo contexto histórico/cultural local no qual se apoia mas, também, pelo acervo que possui, único na localidade – poderá ser demolida tão logo o IEF efetivamente se aproprie do espaço.

6 – DO VALOR DA EDIFICAÇÃO

De maneira absolutamente equivocada, por algumas vezes houve manifestações contrárias à manutenção do Museu Arqueológico da Lapinha em virtude de suposta ausência de valor da edificação ou mesmo do modus de atuação do húngaro Mihaly (DOC. 10). A construção, em forma de castelo, seria um erro, uma não referência a qualquer elemento da cultura brasileira.

Ao maior dos leigos tal assertiva, mais uma vez, soa disparatada. O povo brasileiro é uma mistura de culturas, uma miscigenação de diversos povos, não raro existindo não somente edificações isoladas mas cidades inteiras que remetem a elementos totalmente europeus, como, v. g., as decantadas cidades de Gramado/RS, Domingos Martins/ES, Campos do Jordão/SP ou mesmo, isoladamente, a catedral gótica de Lourdes/BH-MG.

A toda evidência, há valores de referência no Museu Arqueológico de Lagoa Santa. Ressalta Inês Virgínia Prado Soares:

“Os valores de referência, segundo a doutrina mais abalizada, podem ser divididos em quatro grandes grupos – associativos, estéticos, econômicos e informativo-científicos – ou em três grandes categorias – valor de uso, valor de forma e valor de símbolo. (...)” (p. 42)

Segundo a autora, o valor de uso (valores econômicos e informativo-científicos) é aquele atribuído ao bem em razão do que este pode oferecer na satisfação de uma necessidade específica e contemporânea, seja ela individual ou coletiva. Tal valor pode ser percebido pela geração presente, que não tem como acessá-lo ou usufruí-lo de modo satisfatório, seja pela ausência de elementos que permitam explorá-lo ou pela inexistência de tecnologia que atenda às especificidades do patrimônio cultural. Nesse caso, embora a necessidade permaneça atual, o valor de uso é potencial e futuro.

O uso pode ser imediato e direto, nesse caso tangível, ou menos imediato, quando então será intangível. O valor de uso tangível de um bem cultural se desponta quando o bem possui características que permitem seja usufruído, atendendo a necessidades concretas, no plano individual ou coletivo. Por outro lado, o bem que possui valor de uso tangível pode ser material ou imaterial, importando apenas que seu uso seja imediato e direto.

Mesmo que um bem cultural seja portador de valor de uso tangível, as suas peculiaridades não podem ser desconsideradas nas situações concretas de fruição e consumo, ou mesmo na fase anterior, na qual são feitas as renovações, adaptações que tornam o bem “usável”. Além disso, se o bem portar outros valores, além do tangível, os mesmos devem ser ponderados pelo Poder Público, cabendo maiores exigências para a realização das intervenções necessárias, além da

abertura do processo de autorização para oitiva da comunidade sobre o novo uso, bem como sobre os limites da intervenção.

Se é verdade que a edificação possui valor de uso tangível, aquilatado no processo de desapropriação, não menos verdade é que há valor intangível também em função da trajetória daqueles que tanto contribuíram para o estudo da arqueologia no Brasil. Continua Soares:

“O valor de uso intangível comporta benefícios menos concretos e perceptíveis no curto prazo, pois a atribuição do valor ao bem decorre da possibilidade de se extrair dele informações que serão úteis para o conhecimento sobre o mundo, mas também para compreensão da trajetória dos seres humanos que se fixaram em nosso território.”

Parece ser este o papel o digno e central do Museu da Lapinha no povoado aonde se encontra: manter viva a história da arqueologia e os próprios bens arqueológicos, in locu, permitindo acesso da população menos favorecida, um importante meio de usufruir da cultura arqueológica nacional.

O Doutor em História pela Universidade Federal Fluminense e técnico do IPHAN, José Neves Bittencourt, foi ouvido no Ministério Público Federal sobre o Museu da Lapinha, tendo afirmado:

(...)na opinião do declarante, o local onde o material recolhido pelo Sr. Banyai se encontra não é adequado para sua conservação, nem o museu tem instalações técnicas que permitam o tratamento de todos os objetos que lá se encontram, os valiosos e os não valiosos. Contudo, isto não quer dizer que eles devam ser retirados de lá e o museu deva ser demolido, pois, conforme já esclarecido, o próprio museu é um documento sobre a trajetória da arqueologia no Brasil e tem grande valor simbólico e afetivo para a população local; QUE, ao que parece, o IEF não pretende manter qualquer estrutura no local, e sim construir 4 novas instalações consideradas por eles como mais adequadas, que no entanto, não possuem, até o presente momento, claro projeto de longo prazo (...)" (DOC. 12)

No que tange ao valor de forma (valor estético), nos dizeres de Soares, decorre da avaliação do bem pela 'atração que desperta nos sentidos e em função do prazer estético e a emoção que proporciona, mas também em função de outros atributos difíceis de conceituar, tais como raridade, preciosidade, aparência exótica ou genial'.

Nessa toada, observa-se o valor de forma que o imóvel e seu acervo trazem. Não é um monumento, apesar de ser um castelo. É uma edificação, exótica, que aguça os sentidos. Além disso, continua a autora: “percebeu-se que, com a atribuição do valor estético, o bem seria merecedor de tutela, por isso o movimento seguinte foi o de alcançar o senso estético comum e das populações menos favorecidas, como a realização da igualdade cultural material. Trata-se de algo mais profundo e nobre, isto é, o Estado ao tutelar um bem com o valor de forma, permite a democratização por meio da estética. O Museu traz em seu bojo a simplicidade da população local e de seu fundador, valor este que demanda proteção no atual Estado Democrático de Direito.

De forma a concluir o raciocínio e trazer sua teoria ao campo prático, Soares busca o fundamento na Carta Maior: “A Constituição adota claramente a indicação da democratização cultural por meio da estética, ao estabelecer sem seus artigos 215 e 216 que os valores de referência não estão ligados ao belo ou ao excepcional, mas ao que é relevante para os grupos formadores da sociedade brasileira (...). A liberdade de seleção dos bens pela estética não pode justificar a atuação discriminatória, que desrespeite a diversidade cultural, desvalorize grupos ou minorias ou atente fortemente contra direitos garantidos”.

Especificamente quanto ao valor de forma, ou estético, após a Constituição da República não mais se vincula tão somente àquele, carregado de subjetividade, dos grupos detentores de poder. Democratizou-se à todos os grupos formadores de nossa identidade, sendo esta mais uma razão para que se possa afirmar que o “Castelinho” o detém, eis que faz referência às construções europeias. Noutra ponta, os castelos europeus são conhecidos por terem servido ao acúmulo de obras de arte e outros itens considerados como importantes, culturalmente, pelos mais abastados. O Museu Arqueológico da Lapinha também guarda tal característica de servir como lugar de memória e de repositório dos importantes achados de Mihaly.

Resta claro, portanto, que aqueles que criticaram a construção do museu em forma de castelo se distanciaram do caminho traçado pela Constituição da República. Isto sem mencionar, *data venia*, que há outras localidades do país em que castelos, inclusive de maior porte, são utilizados como Museus e são valorizados justamente pelo que o “Castelinho” não é valorizado: um símbolo da origem de povos que fizeram história em Lagoa Santa e que formaram o povo brasileiro. Nesse sentido, vale lembrar o Palácio Boa Vista, em Campos do Jordão, ou mesmo o Instituto Ricardo Brennand, em Recife, ambos obras contemporâneas em forma de castelo:



Neste contexto, acentua-se ainda o valor simbólico (valor associativo), que tem como função substituir alguém ou algo do passado. “Assim, o valor simbólico é conferido a objetos históricos. Estes têm valor especial pela característica singular de participarem ao mesmo tempo do passado e do presente, servindo de nexos entre os momentos temporais.” Citando Ballart, acentua Soares:

“Logicamente ao considerar um valor simbólico nos objetos do passado, abordamos o objeto como veículo de transmissão de ideias e conteúdos, como veículo de comunicação entre mundos distintos. Como veículo de comunicação, o objeto é portador de sentido, quer dizer, de significado. A compreensão dos significados do objeto histórico constitui o núcleo que chamamos de interpretação. Mas o significado dos conteúdos simbólicos não é fixo, nem eterno; varia com o tempo. (...) Assim, o objeto vai adquirindo uma gama de significados específicos de caráter simbólico que não só aparecem aos olhos dos especialistas, mas também se fixam no imaginário de cada geração. Portanto, com o tempo, o bem patrimonial não só aparecem aos olhos dos especialistas, mas patrimonial não só vai adquirindo novos significados, mas também vai adquirindo um novo valor.”

Nesse sentido, observa-se que os valores apontados por Soares servem como filtros que encontram base na Constituição, permitindo selecionar os bens que carecem de tutela do poder público.

A partir dessa visão teórica, tem-se que o valor de uso, de forma e de símbolo encontram estadia no museu sob tutela; como sabido, para um bem alcançar tais valores, necessariamente atravessa difícil e longa caminhada. As forças contrárias são intensas, desde a fundação, o funcionamento e a permanência.

Ao poder público, identificando os valores alhures, incumbe-lhe investir de forma constante no aparato legal e organizacional com instituições fortes e preparadas para tutelar tal patrimônio.

Assim, o Museu Arqueológico da Lapinha é uma edificação impregnada de valor tanto pelo acervo arqueológico que possui quanto pelo que representa - em termos de “história da arqueologia brasileira” - a própria construção do castelinho. Utilizando a expressão de Kersaint, trata-se de uma testemunha irrepreensível da história.¹¹⁰

6 – DA DESAPROPRIAÇÃO DO MUSEU ARQUEOLÓGICO DA LAPINHA

110 KERSAINT, A.G. Discours sur lês monuments publics, proferido no Conseil du Département de Paris em 15 de dezembro de 1791, P. Didot, 1792.

Na última semana, o Ministério Público Federal recebeu diversos e-mails narrando que o processo de desapropriação da edificação objeto deste feito encontra-se em fase final. Os documentos em anexo (DOC. 1) bem demonstram tais fatos. Atualmente, não há qualquer compromisso/garantia do Estado de manutenção da edificação como museu ligado à arqueologia ou até mesmo da própria edificação em si o que, diante do quanto narrado anteriormente, mostra-se altamente preocupante.

O Estado de Minas Gerais, frise-se, por mais de uma vez deixou clara sua intenção de demolir a edificação, ao depois de modificar totalmente seu uso, não assinou avença que, inclusive, retiraria de seus ombros quaisquer ônus referente à manutenção do Museu e, atualmente, finaliza obra da Linha Lund na localidade sem ter inserido a edificação no projeto. Enfim, tudo está a indicar o descompromisso com a continuidade dos trabalhos que foram considerados de excelência pelo IPHAN.

7- Do inventário do acervo e do apoio da UFMG

O IPHAN realizou “levantamento” do acervo do Museu da Lapinha, trabalho iniciado em 2007 e concluído em 2008. A qualidade do trabalho, contudo – o que foi reconhecido pelo próprio IPHAN - , deixou a desejar. A UFMG, por meio da professora Dra. Yaci-Ara Froner, conforme cd em anexo e documentos (DOC. 14), realizou extenso trabalho, “inventariando” o acervo, trabalho este custeado através de termo de ajustamento de conduta que teve como compromissário o MPF. Analisou, então, a situação do museu da Lapinha apontando sua importância para a comunidade local e para a arqueologia brasileira. Afirmou a Dra. Yaci-Ara:

“Além do potencial de pesquisa do acervo do Museu, sua existência contribui à formação dos cidadãos de Lagoa Santa, além de várias outras instituições e escolas em nível de todo o Brasil e o reconhecimento da projeção desta localidade no cenário da pesquisa científica, nacional e internacional. É uma das poucas instituições culturais da região que atende às escolas locais, formando alunos e os incentivando no campo da pesquisa Arqueológica, da Biologia e das Ciências Ambientais. Ao longo de seus trinta e oito anos de existência, desenvolve a

função social máxima de um museu: formar e gerar um sentido de pertencimento de uma coletiva, criando sua identidade e desenvolvendo sua autoestima. Moradores do entorno, cidadãos de Lagoa Santa e turistas a caminho da Serra do Cipo tem este espaço cultural como referência, além dos próprios pesquisadores que conduzem estes inúmeros projetos.”

II- Das condições da ação

1) Polo ativo

Como sabido, o Ministério Público tem a atribuição e a obrigação constitucional de defender os interesses sociais coletivos e individuais homogêneos, conforme art. 127 da Constituição da República de 1988.

Ressalta-se que a competência federal surge da impossível dissociação entre o acervo arqueológico – bem da União - contido na edificação e sua valorização, necessária para a manutenção do único museu aberto de Lagoa Santa e que, pelos valores apontados, é em si mesmo um símbolo da história de Lagoa Santa e da arqueologia brasileira.

2) Polo Passivo

O Estado de Minas Gerais possui pertinência subjetiva para ação, mercê do Sumidouro ser um Parque Estadual, e por estar autorizado, pelo art. 3º da Lei Estadual 19.998 de dezembro de 2011, a promover a desapropriação dos bens imóveis no interior do parque.

Justifica-se o Instituto Estadual de Florestas no polo passivo, uma vez que a autarquia estadual é responsável pela administração do Parque do Sumidouro, não tendo apresentado qualquer projeto para manutenção do “Museu da Lapinha” e nem qualquer indicativo de que irá inseri-lo na rota Lund.

3) Interesse de agir

O MPF promoveu várias reuniões e tratativas acerca do objeto do presente feito (DOC. 15)). Em alguns momentos o IEF apontou para um possível acordo, inclusive foi minutado um Termo de Ajustamento de Conduta, visando a manutenção do museu arqueológico.

Contudo, com a mudança na chefia do Instituto e a intervenção, direta e contundente, do próprio Estado de Minas Gerais, através de assessora direta do Governador (Dra. Natasha), as negociações recuaram e a autarquia assumiu posição contrária à manutenção do mesmo, alegando não haver espaço no parque para destinação do acervo arqueológico ali existente. Apontou, ainda, no máximo para utilização do museu para outros fins. Nesse sentido, frustradas as negociações em âmbito administrativo não restou outra possibilidade ao *Parquet* Federal senão a propositura da presente demanda.

III. Do Direito

Inicialmente, forçoso reconhecer que se trata da tutela do direito fundamental à cultura, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1947, Artigo XXVII parágrafo 1º:

“Toda a pessoa tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.”

Observa-se que a omissão do Estado de Minas Gerais e do IEF em preservar o patrimônio arqueológico do Museu da Lapinha, atenta diretamente à Constituição da República, a saber:

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. 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.

O IEF e o Estado de Minas, apesar de várias tratativas patrocinadas pelo MPF, foram omissos à questão do acervo do Museu da Lapinha. Não propuseram nenhuma solução e destinação do material e do imóvel que atendesse as demandas constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Omissão que infringe os dispositivos supracitados de forma contundente; o art. 23, III em razão de não exercer seu DEVER-poder de proteção, e o art. 215, mercê de não garantir o exercício dos direitos culturais.

Os requeridos não se aperceberam das especificidades que o próprio imóvel adquiriu, para a comunidade e para a arqueologia local. Preocupam-se tão somente, atualmente, em propiciar um espaço, moderno e sem qualquer garantia de continuidade da exposição ou mesmo de amplo acesso da comunidade, destinado a receber acervo oriundo da Dinamarca – frise-se, *provisoriamente*. Conforme noticiado, a entrada no receptivo tem o custo de quinze reais (!). Ainda, os equívocos da edificação destinada ao receptivo encontram-se enumeradas na oitava do Professor Luiz Souza (DOC. 16).

É impossível passar pelos estudos arqueológicos de região tão rica e não fazer alusão ao Museu da Lapinha; este é reconhecido pela população local e pelos visitantes, com um grau de importância que merece completo zelo das autoridades públicas.

Em suma, a história do museu, das formas de obtenção do acervo, do idealizador do imóvel se confundem com a história dos estudos arqueológicos de Lagoa Santa, sendo aspectos culturalmente indissociáveis.

Ponto fulcral neste feito, é que não apenas o passado longínquo (bens arqueológicos) merece cuidados do poder público e da população. O “passado recente” é de suma importância, seja para a população atual se identificar com seus símbolos, seja para a sociedade futura ter acesso a história do desenvolvimento dos estudos arqueológicos no Brasil.

Observa-se que são situações diversas, que não devem ser confundidas. Não se pode patrocinar o fim do museu, pelas irregularidades supostamente cometidas há décadas atrás para obtenção do acervo. Se assim o fosse, o acervo que seguiu para a Dinamarca também não poderia ser internalizado em solo brasileiro e, posteriormente, devolvido. O papel do Sr. Mihály foi fundamental num contexto em que ocorreram as maiores degradações dos sítios arqueológicos de Lagoa Santa e que nada foi mantido no Brasil. Ademais, até hoje a profissão de arqueólogo sequer é regulamentada, ao revés daquelas de museólogo e historiador, razão pela qual, juridicamente, nem mesmo se pode afirmar que o mesmo não poderia ser considerado como tal.

Percebe-se que qualquer tentativa de romper o laço que se formou entre o Museu da Lapinha, carinhosamente denominado “Castelinho”, a população do povoado da Lapinha e os estudos arqueológicos ali desenvolvidos seria artificial, inconstitucional e traria malefícios à uma história de milhares de anos que existe ali por 40 anos graças a existência deste museu.

O presente museu é um marco na história de estudos arqueológicos no Brasil; não é possível analisar a história de tais estudos sem salientar a importância do imóvel. Destruir o prédio ou retirar todo acervo arqueológico seria rasgar uma das páginas da história da arqueologia de Lagoa Santa e do Brasil.

O aludido projeto “Rota Lund” irá, por certo, aumentar as visitas à região. O presente feito visa permitir aos futuros visitantes acesso ao museu e a um acervo mínimo que nele deve ser mantido. Trata-se de uma forma de permitir aos turistas o contato com o material arqueológico, concomitantemente à história da arqueologia mineira.

Numa primeira frente é necessário coibir a possível demolição do mesmo, o que parece ser um dos objetivos futuros dos envolvidos. Trata-se de importante interesse social. Visa-se evitar que os visitantes da Gruta não só tenham

notícia da existência de um museu no passado mas que tenham acesso a ele e ao seu acervo.

DA BASE PRINCIPOLÓGIA APLICÁVEL AO CASO

Diante de tudo quanto ora narrado, resta evidente a necessária aplicação do seguintes princípios, afetos à preservação do meio ambiente cultural: princípio da prevenção, princípio da conservação *in situ*, princípio da educação patrimonial e o princípio da gestão patrimonial cooperativa.

a) Do Princípio da Prevenção

O princípio da prevenção traz ínsito *o conhecimento do dano* a ser provocado por determinada conduta. Implica, portanto, em utilizar todas as medidas para evitar tal dano, dano este objeto de diagnóstico da comunidade científica ou mesmo consequência lógica de determinada atividade.

Nas palavras de Leite:

(...)o conteúdo cautelar do princípio da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco corrido da atividade ou comportamento, que, assim, revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução.¹¹¹

Saliente-se que tal princípio foi expressamente incorporado em nosso ordenamento jurídico, no artigo 225, § 1º, V, da Constituição Federal, e também através da Lei de Crimes Ambientais (lei 9.605/1998, art. 54, § 3º).

No direito internacional, a célebre carta francesa intitulada La Charte de L'Environment, datada de 2005, assevera em seu artigo 5º:

111 LEITE, 2003. p. 226.

Art. 5°. Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine em l'etat dès connaissances scientifiques, pourrait affecter de maniere grave ET irreversible l'environnemente, lês autorites publiques veillante, par apllication Du prncipe de precaution ET dans leurs domaines d'attribution, a la mise em ceuvre de procedures d'evaluation dès risques ET a l'adoption de mesures provisoires ET proportionnees afin de parer a la realization du dommage.

Por seu turno, os Tribunais brasileiros colecionam vários julgados no sentido de defender o meio ambiente pelo viés tanto da prevenção quanto da precaução, afastando perigos potenciais (precaução) e reais (prevenção).

Como exemplo, cita-se o julgado abaixo do STJ, em que se faz uma digressão importante: o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, razão pela qual cabe ao poluidor comprovar a inexistência do perigo, conforme grifado *infra*:

PROCESSUAL CIVIL – (...) - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual. 2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. 4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet. 5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano. 6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem

com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial.

(Processo RESP 200801130826 RESP-RECURSO ESPECIAL – 1060753 Relator(a) ELIANA CALMON Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJE DATA:14/12/2009)

b) Princípio da Conservação *in situ*

No que tange ao princípio da Conservação *in situ*, Inês Soares assevera “decorre da concepção de que o conhecimento de nossa pré-história (e história) e a formação e o enriquecimento da memória coletiva dos brasileiros dependem da disponibilidade de uma base representativa de recursos materiais e imateriais para futuras gerações e da fixação das comunidades tradicionais em seus territórios.

Na aplicação do princípio em comento ao Museu da Lapinha e aos bens arqueológicos ali existentes, tem-se que ambos carecem de proteção dos órgãos públicos competentes, que devem canalizar esforços para manter tais bens no local onde são reconhecidos como parte da história da arqueologia e da história da própria cidade e população de Lagoa Santa.

Nesse sentido, resta estabelecido na Carta de Santos:

12- Os bens culturais não devem ser retirados do meio onde foram produzidos ou do local onde se encontram vinculados por razões naturais, históricas, artísticas ou sentimentais, salvo para evitar o seu perecimento ou degradação, devendo ser reintegrado ao seu espaço original tão logo superadas as adversidades.

A partir de tal consideração, mister reconhecer que há um vínculo entre a estrutura física do museu, o acervo deste, a cidade de Lagoa Santa, a história da Arqueologia e a população local, vínculo este que consiste em um fato jurídico que demanda especial atenção dos órgãos públicos, sob pena de afronta direta ao Princípio da Conservação *in situ*, esculpido nos artigos 215, 216 e 225 da Constituição da República.

c) Princípio da Educação Patrimonial

Outro princípio aplicável ao caso é o da Educação Patrimonial. Visa proteger a ligação, reconhecimento, apreensão, pela comunidade do valor do bem cultural, do patrimônio. Possibilita o acesso a bens e direitos tidos como essenciais para a comunidade, sendo um mecanismo participativo e permitindo a interação entre o povo e o meio ambiente (considerado no conceito genérico).

Não basta resgatar o material arqueológico. É preciso conferir-lhe sentido, aproximá-lo do cidadão e fazer daquele um instrumento do saber.

d) Princípio da gestão patrimonial cooperativa

Por fim, o princípio da gestão patrimonial cooperativa dispõe que o poder público atue em cooperação entre si, conjuntamente com os demais representantes dos entes federativos, e com a sociedade civil, consoante determina o §1º do art. 216 da CF/88:

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:

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

Trata-se de princípio explícito e de singular importância para o caso em tela, haja vista cuidar-se de Patrimônio que envolve o IPHAN, o estado de Minas Gerais através do IEF, o Museu Particular, o Município de Lagoa Santa, a comunidade acadêmica e a população local. No contexto da Gestão Patrimonial, tem-se que os diversos atores devem envidar esforços de forma cooperativa para

cumprir os outros princípios citados alhures. Assim, observa-se que o Princípio da Gestão Patrimonial consiste em um importante instrumento para a efetivação dos outros princípios e regras aplicáveis ao caso.

DA POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO JUDICIAL DO MUSEU DA LAPINHA

Ainda que por mais de uma vez tenha se noticiado o possível tombamento do Museu da Lapinha, fato é que tal não se concretizou em âmbito municipal. Diante das particularidades da edificação e de seu evidente valor para a preservação do patrimônio cultural, inclusive em âmbito federal, mercê da importância do acervo e de sua impregnação na edificação, resta possível a proteção equivalente em âmbito judicial.

Nessa toada, afirma José Eduardo Ramos Rodrigues: a Constituição da República “exclui acertadamente a necessidade do tombamento prévio, já que seu texto não exige que os bens sejam tombados para integrarem o patrimônio cultural”. Ao designar o tombamento como uma das medidas para a proteção do patrimônio cultural, a Constituição não vinculou a esta medida a atribuição de tal valor, mas tão somente seu reconhecimento. O valor cultural, portanto, lhe é prévio. (RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos, in Revista de Direito Ambiental, nº 21, pp.178 e 184)

O Promotor de Justiça Rui Arno Richter, comentando a Lei 9.605/96, acrescenta: “Já a nova lei evoluiu em dois aspectos, em sintonia com a ordem constitucional: primeiro, em vez de se referir à coisa tombada, referiu-se a ‘bem protegido por ato administrativo’, ampliando a tutela penal para abranger os bens culturais reconhecidos por qualquer ato do Poder Executivo, não só pelo tombamento; segundo, que mais de perto interessa à exposição, previu a ‘decisão judicial como forma hábil de inserir bens culturais entre aqueles merecedores de tutela penal.” (RICHTER, Rui Arno. Meio Ambiente Cultural. Curitiba: Juruá, 1999, p. 81.) (grifado)

acrescenta: “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 Executivo, podendo também ser emanado do Poder Judiciário. Essa a linha preconizada pela Lei nº. 7.347/85, que tornou possível a inclusão de bens no patrimônio cultural brasileiro por meio de decisão judicial, independentemente do critério administrativo”. (MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.193).

Na mesma linha, Hugo Nigro Mazzilli: “Fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado (...) 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 (...) destinada a impedir um dano iminente, poderia ser proposta, se o bem de valor cultural não estivesse tombado ... Frustrar-se-ia o escopo das leis, seja o da Lei n. 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”. (MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991. 3. ed. revista, ampliada e atualizada p. 85)

Ainda, José dos Santos Carvalho Filho leciona: “Importante e moderno instrumento protetivo é a ação civil pública, regulada pela Lei nº. 7.347, de 24.07.85. O grande objetivo da lei é a proteção dos interesses coletivos e difusos da sociedade (...). Segundo o art. 1º, III, desse diploma, são protegidos pela ação civil pública, dentre outros direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, podendo ser postulado pelo autor pedido condenatório (...).isso independentemente de prévio ato de tombamento” (Manual de Direito Administrativo, 5ª ed., Lumen Juris, 1999, p. 551).

Marcelo Vanzella Sartori, em sua dissertação sobre o tema, apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Católica de Santos a cujo *link* remetemos, http://biblioteca.unisantos.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=65, traz conclusões baseadas em significativa jurisprudência que demonstra a posição majoritária do Poder Judiciário quanto à tutela jurisdicional protetiva de bem não tombado.

Por fim, a promotora de justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Ana Maria Moreira Marchesan, contribui com as seguintes conclusões em seu trabalho “A Proteção Constitucional ao Patrimônio Cultural”:

“VI. CONCLUSÕES:

VI.I. União Federal, estados-membros, Distrito Federal e municípios possuem competência concorrente para legislar a respeito da proteção ao patrimônio cultural, além de terem o dever de, na órbita de seus interesses, protegerem efetivamente esse acervo.

VI. II. O tombamento é apenas uma das formas de proteção ao patrimônio

cultural.

VI. III. O valor histórico-cultural de um bem independe de tombamento, mas

deve precedê-lo.

VI. IV. É juridicamente possível o ajuizamento de ação civil pública objetivando a preservação de um bem de valor histórico-cultural não tombado.

VI. V. É possível o ajuizamento de ação civil pública objetivando a indenização, em prol da comunidade, pela destruição de bem não previamente tombado, mas de reconhecido valor sócio-cultural.

VI. VI. O reconhecimento da importância histórico-cultural de um bem é viável até mesmo através de lei.

VI. VII. A decisão judicial que reconhece a importância histórico-cultural e

determina a preservação de um bem não tombado não constitui ato abusivo, nem intromissão no exercício do poder discricionário do

administrador, mas externa ato de efetividade aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que impõem a preservação da memória cultural brasileira.

VI. VIII. O inventário dos bens de valor histórico-cultural constitui prova pré-constituída de sua importância, sujeitando o proprietário e, subsidiariamente, o poder público à sua preservação.

VI. IX. O titular de um bem de valor histórico-cultural está jungido a observar as limitações derivadas do necessário respeito ao direito coletivo na respectiva preservação.

VI. X. O detentor do direito de propriedade, na vigente ordem constitucional,

há de exercê-lo de molde a não prejudicar a coletividade.

VI. XI. O tombamento não é indenizável, na medida em que não afeta o conteúdo do direito de propriedade.

VI. XII. Devem ser estimulados benefícios fiscais aos proprietários de bens

tombados com o fito de fomentar sua efetiva preservação.

VI. XIII. A temática da proteção ao patrimônio cultural assume, paulatinamente, maior importância, na medida em que recrudescem as ações deturpadoras de bens culturais. “

Da jurisprudência pátria colacionam-se os seguintes julgados:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Obrigação de não 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 - Preservação de praça pública - Valor histórico e paisagístico - Interesse da comunidade, no sentido do resguardo de tradições locais - Reconhecimento de sua existência que pode ser efetivado pelo Judiciário, não sendo privativo do órgão Legislativo ou Administrativo - Lei Federal n. 7.347, de 1985 – Ação Procedente - Recursos não providos. (RJTJESP 122/50).

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 de ação popular e ação civil pública, uma vez que a Constituição estabelece 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). (TJSC - Apelação cível nº.97.001063-0, de Criciúma. Relator: Des. Silveira Lenzi. J. 24/08/1999).

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 DE O 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. (Agravo de Instrumento nº 599327285, 4ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Vasco Della Giustina. j. 19.04.2000).

Em suma, doutrina e jurisprudência reconhecem como plenamente possível a proteção judicial com mesmos efeitos do tombamento, sendo certo que o Museu da Lapinha é um exemplo no qual tal tese deve ser aplicada. E, em assim o sendo, o acessório – bens que hoje se encontram no mesmo – devem seguir o principal.

DA TUTELA ANTECIPADA

Como é cediço, o direito à ordem jurídica justa, extraído do sistema constitucional organicamente considerado, compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, e principalmente, o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

O decurso do tempo, como se sabe, muitas vezes é incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente.

Observa-se que, no presente caso, os requisitos autorizadores da tutela antecipatória encontram-se presentes:

a) *fumus boni iuris* restou comprovado, exhaustivamente, na argumentação exposta.

b) *periculum in mora* evidencia-se em razão do Projeto Rota Lund estar em plena execução:

- em 2011 inaugurou-se a nova iluminação da Gruta da Lapinha;

- no âmbito legislativo, o poder executivo está autorizado, pela Lei Estadual 19.998 de dezembro de 2011, a promover a desapropriação dos bens imóveis no interior do parque;
- em 24 de fevereiro de 2012 foi inaugurado um auditório na PUC MINAS, que é o marco zero da rota;
- a conclusão do centro Receptivo Peter Lund, que está no projeto da Rota, foi amplamente noticiada, ausente qualquer menção à manutenção do Museu da Lapinha;

Nesse diapasão, observa-se que a presente demanda não pode esperar a prolação da sentença, haja vista que as Ações Cíveis Públicas demandam grande dilação probatória.

Faz-se mister a concessão de medida antecipatória que vise suspender a demolição/alteração física externa e a retirada do acervo arqueológico do museu, além da necessidade de viabilizar a manutenção da Instituição.

IV- Dos Pedidos

Por todo o exposto, ante a presença dos requisitos legais, considerando a possibilidade de dano irreparável ao patrimônio arqueológico e à edificação que o abriga, requer o Ministério Público, com fundamento no art. 273, I do CPC, que seja deferida TUTELA ANTECIPADA, de forma a impedir a demolição do imóvel e/ou a retirada do acervo arqueológico, determinando ao Estado de Minas Gerais e ao IEF que se abstenham de realizar qualquer ato tendente a demolir, alterar o aspecto da edificação, retirar o acervo que nela se encontra ou mesmo dificultar o funcionamento do Museu Arqueológico da Lapinha.

Ao final da presente demanda, confirmando-se a tutela antecipada pleiteada, requer:

1 – seja apresentado pelo IEF e Estado de Minas Gerais, se necessário com apoio do IPHAN, projeto de revitalização, abordando os aspectos museológicos e museográficos, inclusive identificando-se que parte específica - se não imprescindível a manutenção da totalidade do acervo arqueológico para as atividades abertas à visitação - deverá ser mantida na localidade em exposição;

2 – sucessivamente:

2.1 - seja declarado judicialmente o valor para a preservação do patrimônio cultural do Museu Arqueológico da Lapinha, conjunto de edificação acrescida do acervo arqueológico, determinando-se ao Estado de Minas Gerais e ao IEF sua manutenção;

2.2 – sejam implementados os projetos mencionados no item 1, revitalizando-se o Museu Arqueológico da Lapinha.

Ainda, seja cominada multa individual e solidária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a reverter em favor do Fundo de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/1985, em caso de descumprimento, por qualquer dos réus, de qualquer das determinações objeto desta demanda.

V- Dos Requerimentos

Ante tal conjuntura, o MPF requer, por fim:

a) a juntada dos documentos em cópia anexa, pugnando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a pericial e a documental;

b) sejam os réus citados, na pessoa de seus representantes legais, para, querendo, apresentar defesa, sob as penas da lei;

c) que o IPHAN seja intimado para afirmar de seu interesse em ingressar no polo ativo da presente demanda;

VI- Do valor da causa

Sendo de valor inestimável o patrimônio arqueológico, atribui-se à causa, o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Nesses termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, 04 de outubro de 2012.

Zani Cajueiro Tobias de Souza

Procuradora da República