

ASPECTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Marcos Paulo de Souza Miranda*

Resumo: No âmbito do Direito do Patrimônio Cultural, a Ação Civil Pública ocupa lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro como um dos mais importantes instrumentos de defesa dos bens que integram o nosso patrimônio cultural. Aborda-se a natureza jurídica dos bens culturais, o regime de responsabilidade civil, as dimensões dos danos, as formas de reparação de lesões materiais e imateriais a tais bens, bem como as particularidades da Ação Civil Pública na tutela do patrimônio cultural em nosso país.

Palavras-chave: Ação civil pública. Patrimônio cultural. Responsabilidade civil. Danos. Reparação.

Sumário: 1. A proteção do patrimônio cultural. 1.1. Evolução histórica. 1.2. Os bens integrantes do patrimônio cultural. 1.3. Direito humano fundamental ao patrimônio cultural. 1.4. Instrumentos de proteção. 2. Regime jurídico da responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural. 2.1. Considerações gerais. 2.2. Responsabilidade objetiva. 2.3. Responsabilidade solidária. 2.4. Princípio da prevenção. 2.5. As dimensões do dano ao patrimônio cultural e suas formas de reparação. 2.5.1. O dano ao patrimônio cultural e suas dimensões. 2.5.2. As formas de reparação. 2.5.2.1. Restauração. 2.5.2.2. Indenização por danos materiais irreversíveis. 2.5.2.3. Indenização por danos interinos. 2.5.2.4. Indenização por danos morais coletivos. 2.5.2.5. Restituição ou impedimento de obtenção de lucros ilícitos. 2.6. Valoração dos danos. 2.6.1. Danos materiais. 2.6.2. Danos morais coletivos. 3. Particularidades da ação civil pública na defesa do patrimônio cultural. 3.1. Máxima amplitude do objeto. 3.2. Máxima efetividade da tutela jurisdicional. 3.3. Tutela de bem cultural ainda não protegido. 3.4. Controle de constitucionalidade. 3.5. Improbidade administrativa. 3.6. Regime probatório. Referências.

* Promotor de Justiça em Minas Gerais. Especialista em Direito Ambiental. Professor de Direito do Patrimônio Cultural na Fundação Escola Superior do MPMG. Coordenador do Caderno de Direito do Patrimônio Cultural da Revista *Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*. Articulista da Coluna Ambiente Jurídico do *Conjur*. *E-mail:* souza.miranda@terra.com.br.

Aspectos da ação civil pública em la tutela del Patrimonio Cultural brasileiro

Resumen: em el ámbito del Derecho de lo Patrimonio Cultural, la Acción Civil Publica ocupa lugar de destaque em el ordenamento jurídico brasileiro como uno de los más importantes instrumentos de defensa dos bienes que integram nuestro patrimonio cultural. Aborda-se la naturaliza dos bienes culturales, las formas de reparación de lesiones materiales e inmateriales a esos bienes, y las particularidades de la Acción Civil Publica en la tutela do patrimonio cultural em nuestro país.

Palavras-chave: Acción Civil Publica. Patrimonio Cultural. Derecho Ambiental. Responsabilidade Civil Reparación.

Sumario: 1. La protección del Patrimonio Cultural. 1.1. Evolución Histórica. 1.2. Los Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural. 1.3. Derecho Humano Fundamental al Patrimonio Cultural. 1.4. Instrumento de Protección. 2. Régimen jurídico de la responsabilidade civil por daño al Patrimonio Cultural. 2.1. Consideraciones Generales. 2.2. Responsabilidad Objetiva. 2.3. Responsabilidad Solidaria. 2.4. Principio de la Prevención. 2.5. Las dimensiones del daño al Patrimonio Cultural e sus formas de reparación. 2.5.1. El Daño al Patrimonio Cultural e sus dimensiones. 2.5.2. Las formas de reparación. 2.5.2.1. Restauración. 2.5.2.2. Indemnización por daños materiales irreversibles. 2.5.2.3. Indemnización por daños interinos. 2.5.2.4. Indemnización por daños materiales colectivos. 2.5.2.5. Restitución o impedimento de obtención de lucros ilícitos. 2.6. Valorización de los daños. 2.6.1. Daños Materiales. 2.6.2. Daños Morales Colectivos. 3. Particularidades de La Acción Civil Publica em la defensa del Patrimonio Cultural. 3.1. Máxima amplitud del objeto. 3.2. Máxima efectividad de la tutela jurisdiccional. 3.3. Tutela del bien cultural aún no protegido. 3.4. Control de Constitucionalidad. 3.5. Improbidad Administrativa. 3.6. Régime Probatorio. Referencias

1 A proteção do patrimônio cultural

1.1 Evolução histórica

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 estabeleceu os alicerces para a defesa do patrimônio cultural nacional ao instituir a função social da propriedade como princípio (art. 113, inciso XVII) e ao fixar a competência concorrente da União e dos Estados para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte (art. 10, III).

Após o advento dessas importantes inovações constitucionais, começaram a surgir em nosso ordenamento jurídico diversos textos legais sobre a temática, que passou a ser estudada pela doutrina administrativista geralmente em capítulos relativos à intervenção do Estado na propriedade privada.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, alcançou-se o mais alto degrau na evolução normativa de proteção bens culturais em nosso país, considerando que a *lex maxima*, em seu Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto), Seção II (Da Cultura), nos arts. 215 e 216, delineou o conceito, a abrangência, os instrumentos e as responsabilidades pela proteção do patrimônio cultural brasileiro.

A partir de então, com a formação de uma maior consciência cidadã que se voltou para a busca da afirmação da identidade nacional e de uma melhor qualidade de vida pautada por valores de solidariedade comunitária, a matéria ganhou destaque e advieram diplomas normativos cujos conteúdos se entrelaçam com os mais diversos ramos do Direito, tais como o Penal (crimes tipificados nos arts. 62 a 65 da Lei 9.605/98); o Tributário (deduções a que têm direito os proprietários de bens tombados e os incentivadores de projetos culturais previstas na Lei 8.313/91); o Civil (função social da propriedade – art. 1228, §1º CC), o Processual Civil (Lei 7.347/85 com as alterações da Lei 8.078/90); o Administrativo (arts. 72 a 75 do Decreto 6.514/2008) e o Internacional (art. 6º do Decreto 7.107/2010), apenas para citar alguns exemplos.

Em tal contexto, sabendo-se que a tutela do meio ambiente (*lato sensu*) engloba não somente os seus aspectos naturalísticos (água, ar, fauna, flora etc.), mas também os bens integrantes do meio ambiente urbanístico e do meio ambiente cultural,¹ a partir da década de 1990 a defesa do patrimônio cultural no Brasil passou a constar dos melhores manuais de Direito Ambiental, ocupando capítulos próprios, conquanto em geral sintéticos.

A abordagem doutrinária mais sistemática sobre o tema e os embates jurídicos pela implementação das regras relativas à preservação do patrimônio cultural, mormente decorrentes da atuação do Ministério Público brasileiro, forjaram decisões jurisprudenciais importantes sobre a questão e induziram o surgimento de obras doutrinárias nacionais específicas a tal respeito. No âmbito dessa evolução, houve a identificação e a sistematização dos princípios reitores da tutela do patrimônio cultural brasileiro, medida essencial para se estabelecer uma base estável de diretrizes para o estudo e a aplicação das normas sobre o assunto.

Nos dias atuais, como ressaltado por José Luis Álvarez Álvarez,² já se passou a época em que havia que se justificar a existência de um tratamento legislativo especial para esse conjunto de bens culturais. Tanto as legislações nacionais como os organismos internacionais partem da premissa de que este patrimônio, sua conservação e incremento são essenciais para a comunidade e para seus membros e exige uma normativa especial, adaptada à natureza dos bens que o integram, e o que havia iniciado em uns poucos países, mais cultos ou adiantados, se converteu já em uma preocupação universal.

¹ Essa concepção holística de meio ambiente é assente na doutrina pátria e foi incorporada expressamente pela Resolução CONAMA 306/2002, que define o meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (Anexo I, XII). Também já foi reconhecida pelo STF: ADI-MC 3540/DF – Rel. Min. CELSO DE MELLO. J. 01/09/2005 e pelo STJ: RESP 115599 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 2.9.2002.

² *Estudios jurídicos sobre el patrimonio cultural de España*. p. 233.

De acordo com André Franco Montoro,³ a dinâmica da vida econômica e social e as transformações que se operam fazem surgir novas realidades e situações que repercutem sobre as pessoas e suas relações. E essas situações acabam por gerar novos problemas e a necessidade de formulação de “novos direitos” daí surgindo enxertos na árvore da Ciência Jurídica, tais como o Ambiental, o do Consumidor, o Cibernético, etc.

Em razão de tudo isso, ante à necessidade do estudo específico sobre um domínio antes pouco explorado, surgiu o Direito do Patrimônio Cultural Brasileiro, que pode ser considerado como um ramo especializado do Direito Público, composto por normas e princípios que disciplinam e buscam a proteção, preservação, fruição e gestão dos bens culturais em nosso país.

1.2 Os bens integrantes do patrimônio cultural

Enquanto a cultura é dinâmica e abrange todo o conjunto das produções humanas, sejam materiais (artefatos, objetos, etc.) ou imateriais (formas de expressão, ideais, crenças, etc.), o patrimônio cultural restringe-se a apenas uma parcela das produções culturais e elementos, tangíveis ou intangíveis, que, por suas peculiaridades (antiguidade, raridade, exemplaridade, autoria, vínculo com fatos históricos, inovação artística, relevância científica, beleza cênica etc.), representam marcos identitários dos diferentes grupos formadores da nação brasileira (índios, portugueses e negros em um passado mais remoto; japoneses, italianos, ingleses, alemães, suíços, etc. em período mais recente).

Assim, o patrimônio cultural pode ser compreendido como uma seleção de emblemas relevantes ou essenciais para o nosso povo, capazes de reforçar identidades, promover solidariedade, recuperar memórias, ritualizar sociabilidades e transmitir legados para o futuro.⁴

³ *Introdução à Ciência do Direito*. p. 20.

⁴ Sobre o tema, vale a transcrição de Carlos Frederico Marés: A preservação cultural, porém, não pode ser global, no sentido de que toda manifestação cultural deva ser preservada, porque isto implicaria em não admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como preservar intocável o meio ambiente natural seria matar a vida, se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas na natureza, não haveria possibilidade de evolução ou desenvolvimento social. Se a sociedade preservasse integralmente o processo têxtil, possivelmente não teria sido criada a máquina a vapor, que surgiu em substituição às velhas técnicas manuais de fiação; não havendo máquina a vapor, não haveria indústria moderna, nem o motor à explosão, nem tratores, nem aviões, o que poderia comprometer a produção em escala e, em consequência, a própria vida do homem sobre a terra. *A proteção jurídica dos bens culturais*. p. 20.

Na dicção a Constituição brasileira (art. 216), para integrar o patrimônio cultural basta que os bens sejam reconhecidos como portadores de referência à identidade (características próprias, traços distintivos que identificam um grupo), à memória (reminiscências, lembranças de fatos marcantes) e à ação (obras, realizações, conquistas) dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

A Constituição Federal abandonou os antigos e elitistas atributos de “excepcionalidade” e “monumentalidade” como pressupostos para o reconhecimento de determinado bem como sendo integrante do patrimônio cultural nacional. De acordo com a nova ordem constitucional, não se pretende somente a proteção de monumentos e coisas de aparência grandiosa ou de conteúdo excepcional. Busca-se a proteção da diversidade cultural brasileira em todos os seus mais variados aspectos, seja o popular ou o erudito, o vernacular ou o introduzido, do pré-histórico ao contemporâneo.

Relevante destacar que a partir do momento em que um determinado bem é individuado e reconhecido como integrante do patrimônio cultural brasileiro (por qualquer dos múltiplos instrumentos existentes, pois o art. 216, §1º, da CF/88 é claro ao estabelecer que o tombamento é apenas uma das formas de proteção do patrimônio cultural), ele passa a ser regido por um regime jurídico especial que o diferencia dos demais bens. Independentemente de tratar-se, segundo a concepção tradicional, de bem público ou privado, os bens culturais são considerados pela doutrina mais moderna como sendo *bens de interesse* público, em razão da relevância de sua preservação para fruição das presentes e futuras gerações.

O bem cultural tem corpo (suporte físico mediato ou imediato) e alma (valores agregados) e, conquanto o suporte físico possa ser de dominialidade pública ou privada, o valor cultural agregado à coisa tem natureza difusa e é de titularidade indeterminada e indeterminável, pertencendo às presentes e futuras gerações.

1.3 Direito humano fundamental ao patrimônio cultural

Nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217-A, da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, 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 (artigo XXII). Ademais, toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios (artigo XXVII).

Nesse sentido, a propósito, a Convenção-Quadro do Conselho da Europa sobre o Valor do Patrimônio Cultural para a Sociedade (FARO, 27.10.2005), reconhece que os direitos relativos ao patrimônio cultural são inerentes ao direito de participar na vida cultural, conforme definido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo necessário colocar as pessoas e os valores humanos no centro de um conceito ampliado e transdisciplinar do patrimônio cultural, como recurso para se alcançar o desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida em uma sociedade democrática em constante evolução.

Importante, ainda, ressaltar o caráter de fundamentalidade que marca o direito ao patrimônio cultural. Como sabido, a doutrina constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais através de um enfoque histórico, de acordo com as funções preponderantes por eles desempenhadas. Fala-se, assim, em direitos de primeira geração (voltados à proteção da esfera individual da pessoa humana contra ingerências do poder público, tais como os direitos à vida, à propriedade e à liberdade); de segunda geração (caracterizados pela imposição de obrigações de índole positiva aos poderes públicos em contraposição ao abstencionismo estatal, objetivando incrementar a qualidade de vida da sociedade, tais como os direitos à educação, à saúde e à moradia) e de terceira geração (que possuem como titulares não mais o indivíduo ou a coletividade, mas o próprio gênero humano, dentre os quais estão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito dos povos ao desenvolvimento e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade).⁵

A propósito, Ingo Wolfgang Sarlet cita como exemplos de direitos fundamentais deslocados do rol do Título II da Constituição Federal Brasileira o direito à proteção do meio ambiente (art. 225) e a garantia do exercício dos direitos culturais (art. 215).⁶

Max Dvorák nos ensina que o patrimônio cultural constitui um dos mais importantes bens ideais responsáveis por provocar na coletividade um sentimento que está acima das preocupações e esforços materialistas do cotidiano. O grande mérito da satisfação que nos proporcionam hoje as obras de arte antiga reside no fato de que esse prazer não se limita a um determinado grupo de monumentos e nem é privilégio de certas classes sociais.⁷

Nesse contexto, evidente que a fruição de um patrimônio cultural hígido é corolário da dignidade da pessoa humana e da cidadania (fundamentos da República Federativa do Brasil) e constitui direito fundamental de terceira geração,

⁵ CORREIA, Belize Câmara. *A tutela judicial do meio ambiente cultural*. p. 46.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 129.

⁷ DVORÁK, Max. *Catecismo da preservação de monumentos*. p. 86-87.

sendo inconteste que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras.⁸

A determinação teórica da natureza fundamental, difusa e indisponível do direito à preservação do patrimônio cultural implica importantes consequências de ordem prática entre as quais se destacam:

- a) a imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos a tal bem jurídico;
- b) a possibilidade de defesa do patrimônio cultural mediante a utilização de instrumentos processuais modernos, a exemplo da ação civil pública (Lei 7.347/85);
- c) a inaplicabilidade da teoria do fato consumado em matéria de patrimônio cultural;
- d) a indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico – quando o *Parquet* não for o próprio autor –, ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 127 – CF/88 e art. 82, III, CPC).

Além disso, essa fundamentalidade dá espaço para a aplicação, em benefício de conquistas atinentes à defesa e proteção do patrimônio cultural, da teoria constitucional herdada do direito alemão denominada “proibição de retrocesso social” ou “princípio do não-retrocesso”,⁹ uma vez que a tutela normativa relativa ao patrimônio cultural deve se operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não retrocedendo jamais a um nível de proteção inferior àquele já alcançado e incorporado ao patrimônio jurídico da sociedade.

1.4 Instrumentos de proteção

A proteção do patrimônio cultural é uma obrigação imposta ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, por força do que dispõe a Constituição Federal em seus arts. 216, §1º e 23, III e IV. Desta forma, a ação protetiva em prol do patrimônio cultural não se trata de mera opção ou de faculdade discricionária do Poder Público, mas sim de imposição cogente, que obriga juridicamente todos os entes federativos.

⁸ Essa fundamentalidade do direito ao patrimônio cultural foi objeto de exposto reconhecimento pelo TRF 2ª R.; AC 0000228-15.2005.4.02.5106; Sétima Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Reis Friede; DEJF 30.5.2012; p. 401.

⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 418.

Em decorrência, podemos falar no princípio da intervenção obrigatória do Poder Público em prol da proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural, uma vez que, em havendo necessidade de ação do Poder Público para assegurar a integridade de bens culturais, esta deve se dar de imediato, sob pena de responsabilização.

Ressalte-se que a atuação do Poder Público nessa área deve se dar tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito legislativo e mesmo no judiciário, uma vez que cabe ao Estado a adoção e execução das políticas e programas de ação necessários à proteção do patrimônio cultural.

Também a comunidade, que detém direitos sobre o patrimônio cultural brasileiro, passa a ter obrigações em relação a ele, sendo tipificadas como crimes agressões cometidas contra aquele bem jurídico, o que impõe a todos um genérico comando de *non facere*.

A Constituição deixou claro no art. 216, §1º, mediante uma enumeração meramente exemplificativa, que o rol de instrumentos de preservação do patrimônio cultural é amplo, podendo ser ele protegido por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de “outras formas de acautelamento e preservação”.

Não existe taxatividade no rol dos instrumentos que podem ser utilizados para se proteger o patrimônio cultural brasileiro. Ao contrário, qualquer instrumento que seja apto a contribuir para a preservação dos bens culturais em nosso país (mesmo que não se insira entre aqueles tradicionais ou nominados) encontrará amparo no art. 216, §1º, parte final, da CF/88, que instituiu o princípio da máxima amplitude dos instrumentos de proteção ao patrimônio cultural.¹⁰

Nesse cenário, como abordaremos adiante, a ação civil pública é instrumento hábil para a busca da proteção, conservação, preservação e promoção dos bens culturais, materiais ou imateriais, sejam eles públicos ou privados, independentemente da existência prévia de ato administrativo declaratório de seu valor referencial.¹¹

¹⁰ Nesse sentido: A Constituição Federal não limitou as formas de proteção do patrimônio cultural brasileiro como sendo apenas “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação”, ao contrário, deixou claro que há “outras formas de acautelamento e preservação” (art. 216, §1º, CF/88), posição essa que, harmoniza-se com o art. 5º, XXXV, do texto constitucional. Em razão disso, é perfeitamente possível a utilização da ação civil pública para se buscar a proteção de determinado bem ao qual se atribui valor cultural. (TJMG – Apelação Cível 1.0338.08.071414-4/001, relator o Desembargador Peixoto Henriques, DJe 20.9.2013).

¹¹ É dever constitucional do poder público, e não faculdade, a realização de medidas de recuperação do patrimônio tombado de sua propriedade, não podendo o estado escusar-se mediante a alegação de ausência de recursos. A presente demanda visa tão somente cumprir expressa disposição constitucional de dever de resguardo e proteção do patrimônio público, não havendo que se falar em violação do princípio da separação dos poderes ou interferência no juízo discricionário do estado sobre a previsão orçamentária, estando o poder judiciário apenas exercendo sua função de aplicação da Lei no caso concreto. (TRF 2ª R.; AC 0010149-81.2003.4.02.5101; RJ; Oitava Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Guilherme Diefenthaler; DEJF 12.3.2015; p. 706).

Afinal de contas, o que torna um bem dotado de valor cultural é o seu valor em si, é a natureza do próprio bem, e não o fato de estar protegido legal ou administrativamente, pois os atos de proteção não constituem o valor cultural, que é necessariamente antecedente, mas apenas o declaram.¹²

2 Regime jurídico da responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural

2.1 Considerações gerais

A proteção do patrimônio cultural é uma obrigação imposta tanto ao Poder Público quanto à comunidade, por força do que dispõe a Constituição Federal em seus arts. 216, §1º, 23, III e IV e 30, IX. Ademais, trata-se a preservação do patrimônio cultural brasileiro de um direito fundamental e difuso, não sendo juridicamente admissível qualquer lesão a tal bem jurídico.

Tanto para o Poder Público, quanto para os particulares, o patrimônio cultural brasileiro é sempre indisponível e deve ser preservado em atenção inclusive às gerações futuras. Ressalte-se que o direito de todos ao patrimônio cultural abrange não somente a guarda, preservação e proteção desse bem, mas também a sua promoção, nela se inserindo o direito de acesso e fruição pela coletividade em geral, diante de sua titularidade difusa.

A responsabilização civil tem a função de prevenir comportamentos antisociais e garantir às pessoas o direito de segurança, de forma que todos se sintam compelidos a respeitar o patrimônio alheio, pois sabem que deverão responder por eventual dano que causarem.

Vale salientar que nos termos do art. 935 do Código Civil a responsabilidade civil é independente da criminal. Por isso, o agente que degrada bens de valor cultural pode ser absolvido no juízo criminal em face da prática de um fato inicialmente considerado delituoso e, no entanto, ser obrigado à reparação do dano no juízo cível. O agente pode, ainda, ser civilmente obrigado à reparação do dano muito embora o fato causador da lesão seja penalmente atípico. Assim, em regra, a responsabilidade do agente em uma esfera não implica a responsabilidade em outra.¹³

¹² A identificação do valor artístico ou estético não emerge de mera criação da autoridade administrativa, existe no plano da vida. (TJSP – Apelação Cível 95.285-1 – Rel. Jorge Almeida. j. 28.3.1988).

¹³ De acordo com a tradição do Direito brasileiro, imputar responsabilidade civil ao agente causador de degradação ambiental difere de fazê-lo administrativa ou penalmente. Logo, eventual absolvição no processo criminal ou perante a Administração Pública não influi, como regra, na responsabilização civil, tirantes as exceções em *numerus clausus* do sistema legal, como a inequívoca negativa do fato ilícito (não ocorrência de degradação ambiental, p. ex.) ou da autoria (direta ou indireta), nos termos do art. 935 do Código Civil. – STJ – RESP nº 1.198.727 – MG (2010/0111349-9). Rel. Ministro Herman Benjamin. j. 14.8.2012.

Importante gizar, ainda, que a reparação do prejuízo causado deve ser sempre integral, propiciando a recomposição do patrimônio cultural, na medida do possível, ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano (máxima coincidência possível com a situação original) não sendo lícito se falar em indenizações tarifadas no caso de impossibilidade de reposição ao *status quo*.

O ordenamento jurídico brasileiro, para além de prever a preservação e a restauração dos bens culturais, prescreve, por força do princípio da melhoria da qualidade ambiental, a adoção de medidas permanentes e progressivas de tutela de tal bem jurídico, não sendo admissível o retrocesso a patamares inferiores, tanto no plano normativo, quanto no fático.¹⁴

Em razão da natureza indisponível e imprescritível do patrimônio cultural brasileiro, o decurso do tempo não é capaz de sanar irregularidades, gerar direitos ao degradador, nem tampouco servir de amparo para a defesa do fato consumado em detrimento dos interesses da coletividade e das gerações vindouras, incidindo sobre a matéria a Súmula 613 do STJ, segundo a qual: “*Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental*”.

2.1 Responsabilidade objetiva

Em âmbito cível, a responsabilidade do violador das normas de proteção ao meio ambiente cultural é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa nos termos do que estabelece o art. 14, §1º da Lei 6.938/81 c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

Não há dúvida que o agente que, por ação ou omissão, direta ou indiretamente, contribui de qualquer forma para a ocorrência de uma lesão ao patrimônio cultural brasileiro, está concorrendo para a degradação da qualidade ambiental, enquadrando-se juridicamente na condição de poluidor, ficando responsável pela respectiva reparação.¹⁵

¹⁴ Ante o princípio da melhoria da qualidade ambiental, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, *caput*, da Lei nº 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretensão de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie. (STJ; REsp 769.753; Proc. 2005/0112169-7; SC; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 8/9/2009; DJE 10.6.2011).

¹⁵ Tratando-se de danos ao patrimônio histórico, tem-se aplicável a responsabilidade civil objetiva, porquanto este conceito encontra-se embarcado na acepção constitucional moderna de meio ambiente equilibrado. 3. Comprovados os requisitos configuradores da responsabilidade civil objetiva, há dever de indenizar pelos danos causados ao patrimônio histórico. Há dano moral coletivo quando constatada, além do dano ao patrimônio histórico propriamente dito, ofensa ao sentimento difuso de direito ao meio ambiente equilibrado. (TJMG; APCV 1.0461.12.007431-9/002; Rel. Des. Jair Varão; Julg. 29.8.2018; DJEMG 5.9.2018).

Não se pode esquecer que, por se tratar de interesses metaindividuais, não se aplicam à matéria os esquemas tradicionais, fundados na culpa ou na intenção do agente. O elemento volitivo é desimportante na temática aqui analisada.

Com efeito, ao contrário da regra geral, em que a responsabilidade civil decorre da culpa, quando há que se provar que houve uma conduta ilícita que deu origem ao prejuízo, em matéria de lesão ao patrimônio cultural é necessário apenas o nexo de causalidade entre o ato e o dano para que haja a responsabilidade civil do agente causador, ainda que decorra a lesão de ato lícito ou de risco.

Basta o liame causal¹⁶ entre a ação ou omissão do agente e o dano decorrente para que subsista a obrigação de repará-lo, não sendo possível se invocar o caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade, pois a teoria que se aplica ao caso é o do risco integral.¹⁷

Vale realçar, ainda, que a obrigação de preservação e conservação do patrimônio cultural tem natureza *propter rem*, acompanhando a coisa e gerando responsabilidade de reparação ao possuidor direto ou indireto e ao proprietário, independentemente de terem dado causa à degradação, nos termos da Súmula nº 623 do STJ: “As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.”

Quanto à responsabilidade civil do poder público, a conjugação do disposto no art. 225, §3º e no art. 216, §4º da Carta Magna deixa clara a existência de uma previsão específica sobre a responsabilidade pelos danos ao meio ambiente cultural, o que afasta a regra geral do art. 37, §6º da norma constitucional, impondo a responsabilidade civil objetiva do Estado tanto em casos de ação, quanto de omissão, nos exatos termos do art. 14, §1º da Lei 6.938/81.¹⁸

¹⁶ Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, §1º, da Lei 6.938/81. (STJ. Resp 650728/SC. Min. Herman Benjamin. J. 23.10.2007).

¹⁷ A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se insculpidos não no código civilista brasileiro, mas sim no art. 225, §3º, da CF e na Lei nº 6.938/81, art. 14, §1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. (STJ; AgRg-REsp 1.412.664; Proc. 2011/0305364-9; SP; Quarta Turma; Rel. Min. Raul Araújo; DJE 11.3.2014).

¹⁸ Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do favor *debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse

Enfim, a adoção da responsabilidade objetiva no que tange aos danos causados ao patrimônio cultural, implica, em síntese, as seguintes consequências de ordem prática:

- a) irrelevância da intenção danosa;
- b) irrelevância da mensuração do subjetivismo;
- c) irrelevância da licitude da atividade;
- d) inaplicabilidade do caso fortuito, da força maior ou do fato de terceiro como excludentes de responsabilidade.

2.3 Responsabilidade solidária

Em termos de responsabilidade por danos a direitos metaindividuais, entre os quais está o patrimônio cultural, aplica-se a regra da solidariedade pela reparação, de forma que esta será exigível de todos ou de qualquer um dos causadores, podendo inclusive ser oposta ao agente degradador que se afigure como mais solvável e que, querendo, poderá posteriormente exercer direito de regresso contra os demais responsáveis.

Essa possibilidade de responsabilização solidária em sede de danos causados a bens que integram o patrimônio cultural abre amplas perspectivas no que tange à viabilidade do chamamento do poder público, que tem o expresso dever constitucional de proteger tal bem jurídico (art. 23, III, IV e VI, 30, IX e 216, §1º), ao polo passivo de ações que objetivam a reparação de lesões causadas em decorrência de omissão na vigilância sobre tais coisas,¹⁹ pois a proteção do patrimônio cultural não está entregue à livre disposição da vontade da administração pública.

Assim, no caso de ruína de um casarão colonial de reconhecido valor histórico em decorrência do abandono deliberado por parte de seu proprietário e da omissão do poder público municipal no que tange ao exercício do poder de

que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, §1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. (STJ – RESP 2008/0146043-5. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do Julgamento 24.3.2009).

¹⁹ O fato de o Município de Araçuaí não ser o proprietário de bem imóvel inserido no Conjunto Arquitetônico do Centro Histórico-Cultural tombado pelo patrimônio histórico, não exclui a sua responsabilidade quanto à defesa do bem, pois dentre as atribuições constitucionalmente atribuídas aos Municípios está a proteção e recuperação dos bens de valor histórico e cultural, *ex vi* dos artigos 23, III e IV, e 30, IX, da Constituição Federal. (TJMG; AC-RN 1.0034.12.005268-2/001; Rel. Des. Elias Camilo; Julg. 29.1.2015; DJEMG 12.2.2015).

polícia sobre o patrimônio cultural, por exemplo, tanto o proprietário quanto a municipalidade serão civilmente responsáveis, de maneira objetiva, pela restauração do imóvel.²⁰

2.4 Princípio da prevenção

A prevenção de danos ao patrimônio cultural é uma das mais importantes imposições no que tange à matéria sob análise, sendo de se lembrar que nosso legislador constituinte estatuiu que meras ameaças (e não necessariamente danos) ao patrimônio cultural devem ser punidas na forma da lei (art. 216, §4º). Ou seja, em termos de patrimônio cultural o nosso ordenamento está orientado para uma posição de caráter fundamentalmente preventiva, voltada para o momento anterior à consumação do dano – o do mero risco.

Com efeito, o princípio da prevenção é norteador da tutela patrimônio cultural e diz respeito à absoluta prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento ou continuidade de ilícitos ou danos, de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar negativamente a sua qualidade, pois diante da pouca valia da mera reparação, sempre incerta e, quando possível, na maioria das vezes excessivamente onerosa, a prevenção de danos ao patrimônio cultural é a melhor, quando não a única solução ante a dificuldade de retornar ao *status quo ante* bens dotados de especial valor, representando sua degradação ou desaparecimento um empobrecimento do patrimônio de toda a humanidade.²¹

²⁰ O artigo 23 da Constituição da República estabelece a competência conjunta e solidária dos Entes Federativos para preservação e conservação do patrimônio histórico e cultural. A proteção dos bens de interesse cultural tem previsão precípua na Constituição, ex vi do artigo 216, caput, e §1º, da Constituição da República de 1988. Reconhecido o valor histórico, cultural e arquitetônico da Estação de Marinhos e sendo incontroverso seu precário estado de conservação, deve ser mantida condenação do Município e da concessionária de transporte ferroviário, de forma solidária, ao cumprimento da obrigação de fazer consistente na restauração e conservação integral do bem tombado e do conjunto arquitetônico situado em seu entorno. Não há óbice à imposição de multa cominatória, na medida em que constitui meio coercitivo legítimo a promover o cumprimento da determinação judicial. (TJMG; APCV 0258733-47.2009.8.13.0090; Brumadinho; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Moacyr Lobato; Julg. 7.11.2019; DJEMG 12.11.2019).

²¹ Nesse sentido: Pelo Princípio da Prevenção, todas as medidas protetivas ao bem cultural devem ser tomadas, posto que, por tratar-se de bem não renovável por assim dizer, uma vez configurado o dano, muitas vezes impossível será sua reparação material. (TJMG – AI nº 1.0344.09.055125-2/001, Relator: Des. Vieira de Brito, julgado em 12.8.2010). Em se tratando de defesa de patrimônio histórico, qualquer medida judicial, de caráter liminar, tendente a evitar ou suspender obras de demolição ou de reaproveitamento da área, deve ser mantida, até o deslinde da ação, como forma de privilegiar o inestimável bem cuja defesa é proposta, e a fim de desestimular providências deletérias em áreas adjacentes. (TJMG – Agravo de Instrumento 1.0028.07.014844-1/001, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/01/2008, publicação da súmula em 28.2.2008).

Vale ressaltar que, segundo a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, adotada em Paris e ratificada pelo Brasil, a destruição de qualquer bem cultural leva ao empobrecimento irreversível do patrimônio de todos os povos do mundo. Realmente, a teor da teoria internacionalista de patrimônio cultural desenvolvida por John Henry Marymann e consolidada pela Convenção supracitada, o bem cultural de cada povo integra o patrimônio cultural da própria humanidade.²²

Por isso, a proteção do meio ambiente cultural por meio da ação civil pública deve ser eficaz e temporalmente adequada, o que é possível mediante a utilização dos instrumentos processuais acautelatórios previstos no art. 12 da Lei 7.347/85, em conjugação com as demais normas do Código de Processo Civil que versam sobre as tutelas de urgência, a fim de se afastar os efeitos deletérios da demorada marcha processual, corrigindo ou prevenindo situações nas quais o processo ou o direito por ele tutelado estejam ameaçados de ser engolidos pela ferrugem temporal.²³

Com efeito, em razão da especial natureza infungível e irrepetível, própria dos bens culturais, o princípio da prevenção deve ser aplicado com especial vigor nas ações que envolvam a defesa do patrimônio cultural brasileiro, evitando a geração ou a continuidade de situações de risco. Por isso, nas ações versando sobre o patrimônio cultural, o exame das tutelas de urgência requeridas, considerando que o dano é muitas vezes irreversível, deve ser orientado pelo brocardo *in dubio pro cultura*, prevalecendo a preocupação em relação aos interesses indisponíveis da coletividade em detrimento de eventuais interesses econômicos ou particulares.²⁴

Segundo assentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Cabe ao poder judiciário, no seu inafastável papel de último guardião da ordem pública histórica, cultural, paisagística e turística, assegurar a integridade dos bens tangíveis e intangíveis que a compõem, utilizando os mecanismos jurídicos precautórios, preventivos, reparatórios e repressivos fartamente previstos na le-

²² MERYMANN, J. Two ways of thinking about cultural property. *American Society of International Law*, v. 80, nº 4 *apud* TJMG – Apelação Cível 1.0411.08.041207-4/001, Relator: Des. Audebert Delage, 6ª Câmara Cível, julgamento em 10.3.2015, publicação da súmula em 20.3.2015.

²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. p. 99.

²⁴ Nesse sentido: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. ESTADO DE ABANDONO DO IMÓVEL. MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA SUA PRESERVAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA. RECURSO DESPROVIDO. Encontrando-se em discussão judicial o tombamento de bem imóvel que, no momento, encontra-se abandonado e prestes ao definitivo perecimento, inconcebível desprezar que, “pelo Princípio da Prevenção, todas as medidas protetivas ao bem cultural devem ser tomadas, posto que, por tratar-se de bem não renovável por assim dizer, uma vez configurado o dano, muitas vezes impossível será sua reparação material” (AI nº 1.0344.09.055125-2/001 – rel. Des. Vieira de Brito). (Agravo de Instrumento Cv 1.0134.12.011838-2/001, Relator(a): Des. (a) Peixoto Henriques, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 8.10.2013, publicação da súmula em 11.10.2013).

gislação. Nesse esforço, destaca-se o poder geral de cautela do juiz, pois, por mais que, no plano técnico, se diga viável a reconstrução ou restauração de imóvel, sítio ou espaço protegido, ou a derrubada daquilo que indevidamente se ergueu ou adicionou, o remendo tardio nunca passará de imitação do passado ou da natureza, caricatura da história ou dos processos ecológicos e geológicos que pretende substituir. (STJ; REsp 1.293.608; Proc. 2011/0101319-3; PE; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 24/09/2014).

2.5 As dimensões do dano ao patrimônio cultural e suas formas de reparação

2.5.1 O dano ao patrimônio cultural e suas dimensões

O dano ao patrimônio cultural pode ser conceituado como toda lesão causada por atividade humana positiva ou negativa, culposa ou não, que implique em perda, diminuição ou detrimento significativo, com repercussão negativa aos atributos de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

Os danos ao patrimônio cultural são, infelizmente, cotidianos e se revelam das mais variadas formas. Na maioria das vezes eles decorrem do uso nocivo da propriedade e de condutas (comissivas ou omissivas, dolosas ou culposas) do poder público ou de particulares.

O dano ao patrimônio cultural pode assumir dimensões variadas, de natureza material ou imaterial, que devem ser devidamente identificadas em cada caso concreto para que se busque o ressarcimento integral da lesão causada ao bem de interesse coletivo.²⁵

Conforme o caso, a restauração, a indenização por danos materiais irreversíveis, a indenização por danos interinos, a indenização por danos extrapatrimoniais e a restituição de lucros ilicitamente obtidos podem ser exigidos simultaneamente como forma de reparar integralmente o, não raras vezes, multifacetário dano ao patrimônio cultural, nos termos do permissivo da Súmula 629 do STJ: “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”.

²⁵ Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Aí se encontra típica obrigação cumulativa ou conjuntiva. Assim, na interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, §1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), e do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Essa posição jurisprudencial leva em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados). STJ – RESP nº 1.198.727 – MG (2010/0111349-9). Rel. Ministro Herman Benjamin. j. 14.8.2012.

2.5.2 As formas de reparação

2.5.2.1 Restauração

Em caso de lesão material a bem integrante do patrimônio cultural (degradação por abandono, demolição parcial, inserção de elementos descaracterizadores, v.g.), a medida necessária para se reparar o dano será, via de regra, a restauração, enquanto procedimento técnico que tem por objetivo restabelecer a unidade do bem cultural, respeitando sua concepção original, os valores que justificaram a proteção e seu processo histórico de intervenções.

Sempre que possível, o retorno do bem ao *status quo ante*, volvendo a uma situação o mais próxima possível da sua condição original, é medida prioritária e obrigatória na reparação de bens culturais.²⁶ Trata-se da *reductio ad pristinum status*, ou seja, o restabelecimento à condição de origem.

Entretanto, no caso de perda integral de um bem material, como a demolição total de uma edificação tombada, há entendimento de especialistas da restauração no sentido de que a reconstrução seria inadmissível, pois não passaria da criação de um falso histórico, um pastiche totalmente desprovido de valor cultural. Em casos tais, a reparação deveria se dar mediante o pagamento de indenização compreendendo as dimensões materiais e extrapatrimoniais do dano, além da imposição de obrigação que iniba a obtenção de vantagem ilícita decorrente da demolição, como a de não construir acima da altimetria e volumetrias originais do bem destruído.²⁷

Particularmente pensamos que, em determinados casos, mormente quando o sentimento coletivo de pertencimento for atingido pela ação lesiva, mesmo havendo destruição total do bem material, a sua reconstrução pode ser determinada como forma de reparação parcial dos danos e desestímulo para a reiteração de fatos

²⁶ O restabelecimento à condição original pode também ter cabimento em casos especiais de lesão ao patrimônio cultural imaterial. Nesse sentido: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Proteção legal a bens de valor histórico – Restabelecimento de antigo nome de rua – Admissibilidade – Tutela legal que não se limita a bens materiais. A proteção a bens de valor histórico não se limita a bens materiais. Norma constitucional assegurando proteção a locais de valor histórico. Inclui-se no conceito a denominação de ruas e logradouros públicos. Provimento do recurso para admitir o exame do pedido. (TJRJ – Ap. 238/89 – Rel. Semy Glanz – J. 27.6.1989 – RT 657/144-145).

²⁷ A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo do negócio”, acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério. STJ – RESP nº 1.198.727 -MG (2010/0111349-9). Rel. Ministro Herman Benjamin. j. 14.8.2012.

similes.²⁸ Em casos tais, sempre deverá haver informação visível de que o bem é uma réplica e foi reconstruído em razão do cometimento de ilícito contra o patrimônio cultural.

2.5.2.2 Indenização por danos materiais irreversíveis

Mesmo quando cabível, nem sempre a restauração será capaz de ser aplicada de maneira integral ao bem cultural lesado, podendo remanescer uma parcela atingida pela irreversibilidade (dano residual ou permanente).

Nesse tipo de situação, ante a impossibilidade da tutela específica de restauração integral, a obrigação remanescente deve ser convertida em perdas e danos e o valor da indenização ser revertido para o fundo de direitos difusos lesados.²⁹

2.5.2.3 Indenização por danos interinos e sociais

Entre o momento da ação ou omissão lesiva ao patrimônio cultural e o pleno restabelecimento do bem atingido (hiato passadicho de deterioração total ou parcial do bem de interesse público), verifica-se a ocorrência de dano interino ou intermediário – verdadeiro lucro cessante cultural – cuja reparação deve se dar por indenização pecuniária em benefício do fundo de direitos difusos lesados.³⁰

²⁸ Nesse sentido: Tendo em vista a conduta perpetrada pelo requerido e o prejuízo suportado por toda a comunidade de se ver privada da fruição coletiva do bem cultural em tela, plenamente viável o pedido veiculado na inicial, no sentido de se proceder à reconstrução do casarão (ainda que de sua fachada), até porque tal medida – em se tratando de bem de valor cultural –, além de permitir, na medida do possível, o retorno ao *status quo ante*, melhor se revela como forma de recompor, *in natura*, o dano causado, atendendo, portanto, às normas insertas no art. 225, §3º, *in fine*, da Constituição da República, c/c art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81. (TJMG – Remessa Necessária-Cv 1.0486.16.001590-6/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 9.7.2020, publicação da súmula em 17.7.2020).

²⁹ O fato de o Museu das Minas e do Metal estar em funcionamento desde 2010 não é motivo justificável para extinção do feito, por perda superveniente do objeto da ação civil pública. Deve-se inquirir se as modificações ocorridas no edifício da antiga Secretaria de Estado de Educação, para nova destinação, foram realizadas em conformidade com a Lei nº 11.726, de 1994, com preservação das suas características originais. Caso se comprovem violações às normas constitucionais e infraconstitucionais atinentes à preservação do patrimônio histórico e cultural, mesmo que, a princípio, seja impossível à recomposição ao estado original, deve-se converter a obrigação (fazer ou não fazer) em perdas e danos. Segundo o artigo 461, §1º, do CPC, a obrigação de fazer pode ser convertida em perdas e danos se a parte autora a requerer ou, de ofício, quando não for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (TJMG; APCV 1.0024.08.135650-3/004; Rel. Des. Washington Ferreira; Julg. 23.9.2014; DJEMG 26.9.2014).

³⁰ Nesse sentido: Em se tratando de área tombada, a demora na regularização de poluição visual gera danos estéticos ao patrimônio histórico-cultural. Os danos ocasionados ao meio ambiente cultural devem ser indenizados. (TJMG; APCV 1.0625.12.004682-0/001; Rel. Des. Oliveira Firmo; Julg. 14.10.2014; DJEMG 17.10.2014).

O dano interino, conforme o caso concreto, poderá também assumir a dimensão de dano social, relacionado ao tempo durante o qual a coletividade fica privada da fruição do bem afetado pela atividade danosa e do benefício que ele proporcionava para atividades culturais, científicas, turísticas, de lazer e mesmo como insumo de alguma atividade econômica.³¹

2.5.2.4 Indenização por danos morais coletivos

Segundo leciona o doutrinador Jorge Bustamante Alsina:

Existe un interés legítimo grupal en satisfacer necesidades humanas colectivas, no solamente en relación con los recursos naturales, sino también en orden a las sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social. Así, el interés difuso o común resulta afectado cuando la calidad de vida sufre el impacto de la actividad humana individual o colectiva. El daño ambiental recae entonces en el patrimonio cultural si los bienes dañados son la obra artística, paisajística, urbanística o arquitectónica, que es común a una colectividad, ocasionando un daño moral colectivo al privar a un grupo social de las sensaciones y satisfacciones espirituales indispensables para el mantenimiento y mejora de la calidad de vida.³²

Por isso, em casos de danos graves ao patrimônio cultural (tais como a lesão significativa ou ruína de bens históricos, o impedimento arbitrário da realização de uma festa tradicional ou de uma importante partida de futebol, a privação injusta e duradoura do acesso e fruição de uma imagem sacra de grande valor histórico, decorrente de sua subtração; a danificação irreparável ou de difícil e custosa reparação de um local especialmente protegido, etc.), é plenamente cabível a indenização pelos danos extrapatrimoniais, na modalidade de danos morais coletivos.

Com efeito, é indiscutível a possibilidade da coletividade ser afetada, em seus valores extrapatrimoniais, não só em decorrência da existência de sentimentos subjetivos de perda ou sofrimento, mas também em razão da violação a uma carga de valores éticos comuns, verificáveis objetivamente.³³

³¹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. p. 135.

³² ALSINA, Jorge Bustamante. *El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible*. Buenos Aires: La Ley, p. 1.033 y ss., 1998-A.

³³ Nesse sentido: A destruição voluntária e indevida do patrimônio arquitetônico histórico, de reconhecido valor cultural, justifica a imposição de dano moral coletivo, além da obrigação de reconstruir, com as características originais, o bem demolido. (TJRJ; APL 0006453-13.2013.8.19.0014; Décima Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Elton Leme; Julg. 10.12.2014; DORJ 22.12.2014). Ao proceder à demolição do Casarão inventariado sem prévia chancela do Conselho Municipal do Patrimônio Cultural, indubitável que o proprietário transgrediu, com tal conduta, o sentimento coletivo, consubstanciado no abalo e sofrimento da comunidade pela perda de parte de sua história e memória, razão pela qual, firme no propósito constitucional da reparação integral do dano ambiental, independentemente da reconstrução da fachada do imóvel, deve ser condenado à reparação por dano moral co-

Os valores obtidos em razão da condenação judicial pelo cometimento de danos morais decorrentes de agressões ao patrimônio cultural deverão ser destinados para um dos Fundos de Direitos Difusos Lesados mencionados pelo art. 13 da Lei 7.347/85.

Em caso de acordo envolvendo a reparação dos danos entendemos ser plenamente possível a destinação dos valores para a execução de projetos que beneficiem outros bens culturais situados o mais próximo possível do local da ocorrência da lesão (compensação por equivalente).

2.5.2.5 Restituição ou impedimento de obtenção de lucros ilícitos

O agente causador do dano ao patrimônio cultural não pode obter, com sua conduta, qualquer vantagem de natureza moral ou patrimonial.

Com efeito, não se pode admitir que aquele que descumpra o dever legal de preservar o patrimônio cultural e viola o direito difuso e intergeracional relacionado à fruição de um patrimônio cultural hígido (artigo 216, §1º da CF/88), seja beneficiado com a obtenção de ganhos econômicos.

Trata-se da aplicação do princípio milenar que preconiza que “*nemo potest lucupletari, jactura aliena*” (ninguém pode se locupletar à custa alheia), incorporado em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do artigo 884 do Código Civil e artigo 91, II, b, do Código Penal.

Segundo lecionam Nelson Rosenvald e Bernard Korman Kuperman:³⁴

Para advertir a sociedade sobre o desvalor de determinados comportamentos, a tendência contemporânea caminha no sentido de buscar soluções externas ao direito civil clássico como formas de prevenção geral de condutas antijurídicas. Nesse cenário, entram em cena os institutos de resgate do lucro ilícito e da pena civil. Esta se destaca pela finalidade punitiva primária e a natureza substancialmente penal, não obstante formalmente civil, independentemente da constatação da efetiva obtenção do lucro pelo agente no exercício de sua atividade. Nada obstante, os mecanismos restituitórios transcendem uma função compensatória própria da responsabilidade civil clássica sem, ao mesmo tempo, converterem-se em sanções punitivas. Assim, a função preventiva da responsabilidade civil pode materializar-se tanto por penas civis quanto por pretensões restituitórias, como regra de incentivo à reação aos ilícitos, superando o plano intersubjetivo da neutralização de danos para valorizar a função de desestímulo de comportamentos nocivos a toda a sociedade.

letivo (extrapatrimonial) cometido contra o patrimônio cultural do Município. (TJMG – Remessa Necessária-Cv 1.0486.16.001590-6/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 9.7.2020, publicação da súmula em 17.7.2020).

³⁴ Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? p. 29.

Por isso, pela via da responsabilização civil é cabível tanto a imposição de obrigação de não fazer para se prevenir a obtenção de lucros ilícitos (abster-se de construir acima da altimetria original de uma edificação demolida, v.g.),³⁵ quanto a obrigação de ressarcir a mais-valia ilícita que auferiu (restituir o valor obtido com a retirada de minério de uma montanha tombada, v.g.).

2.6 Valoração dos danos

A atribuição de valor econômico a bens culturais lesados mostra-se como uma necessidade indeclinável aos operadores do direito que trabalham com a matéria, posto que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da responsabilização dos degradadores de tais bens (arts. 225, §3º e 216, §4º da CF/88).

2.6.1 Danos materiais

Existem diversos critérios e metodologias para a valoração de danos materiais ao patrimônio cultural, cabendo a verificação de qual o melhor se adapta à realidade de caso concreto, ante às particularidades de cada um deles.³⁶

Em linhas gerais, vale ressaltar que a valoração econômica dos danos materiais aos bens culturais não se confunde com o mero valor econômico atribuído ao seu suporte físico (preço).

Assim, o valor da reparação decorrente da demolição de uma casa de valor cultural reconhecido, que tenha seu preço de mercado fixado, por exemplo, em cem mil reais, não se confundirá com tais cifras, uma vez que há necessidade da avaliação dos danos aos atributos culturais imateriais agregados a ela. São exemplos de valores relacionados aos bens culturais: o afetivo, o de antiguidade, o de autoria, o evocativo, o arquitetônico, o de uso, o de acessibilidade, o de conservação, o de recorrência, o de raridade, o cênico, o paisagístico, turístico, religioso etc.

³⁵ O direito de propriedade não é absoluto, devendo ser cumprida a função social, sobretudo com relação à destinação do bem, inclusive, com preservação do patrimônio histórico e artístico, na forma do artigo 1.228, §1º, do Código Civil, sendo patente a ilegalidade da conduta perpetrada pelos proprietários do bem, que promoveram a demolição de imóvel que compõe o acervo do patrimônio histórico e cultural da cidade de Paraguaçu, restando demonstrado o *fumus boni iures*. É dever do Poder Judiciário inibir, nesta fase de cognição sumária, o reaproveitamento do imóvel, tendo em vista os graves danos causados ao patrimônio histórico e cultural da cidade de Paraguaçu, devendo ser apreciada, oportunamente, a possibilidade de reversibilidade da conduta abusiva e ilegal perpetrada pelos suplicados, sendo patente a presença do *periculum in mora*. (TJMG; AGIN 1.0472.12.004169-5/002; Relª Desª Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julg. 11.7.2013; DJEMG 22.7.2013).

³⁶ Vide: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Critérios de Valoração Econômica dos Danos a Bens Culturais Materiais. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre: Magister, v. 27, dez./jan., 2010, p. 56-82.

Exatamente por isso, conforme assinala Annelise Steigleder³⁷ é que nessa matéria devemos “conviver com uma certa subjetividade, conscientes que qualquer valor obtido será sempre um valor associado ao dano ao patrimônio cultural. Não representa o valor do bem cultural lesado propriamente dito”.

Não por outro motivo foi que, na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.077/1984, o Ministro do STF, Moreira Alves, reconheceu a virtual impossibilidade de aferição matemática do custo de determinada atuação do Estado, não se podendo exigir mais do que “equivalência razoável”, desimportando a exatidão.³⁸

Hortênsia Gomes Pinho ressalta que qualquer estimativa de quantificação de danos ambientais é carregada de incertezas, sendo necessária, quando da valoração, a demonstração clara dos dados utilizados e sua origem. Assinala, ainda, que não se deve almejar um valor final incontestável, porquanto impossível, mas com fundamentos que permitam a sua defesa robusta em juízo,³⁹ afinal de contas: É o Judiciário, na análise de cada caso concreto que dirá da pertinência do montante indenizatório, sempre atento ao princípio da razoabilidade que deve permear as decisões dessa natureza.⁴⁰

2.6.2 Danos morais coletivos

A valoração dos danos morais coletivos, embora não seja tarefa das mais fáceis, é possível de ser alcançada, da mesma forma que o é em sede de reparação por danos morais individuais. A fixação do *quantum debeatur* deve ficar ao alvedrio do magistrado no curso da ação civil pública, que definirá o valor a indenização por arbitramento, de acordo com os elementos verificados no caso concreto.⁴¹

A doutrina indica os seguintes elementos que servirão de parâmetro para a fixação da indenização pelo julgador:

- 1) Intensidade da responsabilidade pelo ato danoso omissivo ou comissivo;
- 2) Situação econômica do ofensor;
- 3) Grau de proveito obtido pelo ofensor;
- 4) Extensão/repercussão do dano e grau/tempo/custo de reversibilidade;

³⁷ *Crêterios de Valoração Econômica dos Danos a Bens Culturais Materiais*, p. 66.

³⁸ No mesmo sentido: Ainda que, no momento, não seja possível aferir o valor da causa, em razão da dificuldade de avaliação do conteúdo econômico das medidas preventivas e compensatórias e da difícil valoração do dano já ocorrido, mantém-se o valor inicialmente fixado, até pela ausência de elementos de quantificação capaz de alterá-lo. (TRF 4ª R.; AI 2007.04.00.011250-7; SC; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Edgard Antônio Lippmann Júnior; Julg. 15.8.2007; DEJF 10.9.2007; p. 184).

³⁹ *Prevenção e reparação de danos ambientais*, p. 351.

⁴⁰ TRF 3ª R. – AC 335080 – (96.03.067409-5) – 6ª T. – Relª Desª Fed. Salette Nascimento – DJU 21.11.2003 – p. 383-384.

⁴¹ LEITE, José Rubens Morato. p. 301-303.

- 5) Função de desestímulo para a prática de atos semelhantes (caráter sancionador-pedagógico).

Jorge Mosset Iturraspe, em obra específica sobre o tema, indica dez outras regras que devem ser observadas para a fixação do dano moral:

- 1) Não à indenização simbólica;
- 2) Não ao enriquecimento injusto;
- 3) Não à tarifação com “piso” e “teto”;
- 4) Não a um percentual do dano patrimonial;
- 5) Não à determinação sobre a base de mera prudência;
- 6) Sim à diferenciação segundo a gravidade do dano;
- 7) Sim à atenção sobre as peculiaridades do caso, da vítima e do ofensor;
- 8) sim à harmonização de reparações em casos semelhantes;
- 9) Sim à sensação compensatória;
- 10) Sim a somas que podem ser pagas dentro do contexto econômico do país e o padrão geral de vida.⁴²

Questão interessante diz respeito à prova da ocorrência de danos morais coletivos em razão de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural. Em casos tais, presume-se (*presunção hominis ou facti*) a ocorrência da danosidade extrapatrimonial (*damnum in re ipsa*), que deriva inexoravelmente do simples fato ofensivo grave objetivamente demonstrado, segundo as regras de experiência comum. A doutrina especializada posiciona-se no sentido de que: *Cuando el daño no patrimonial resulte de situaciones em las que se superen los limites de tolerância, la mera constatación de esta circunstancia, prescindiendo de la prueba del daño, se considera suficiente para demostrar la producción del perjuicio cuya indemnización se reclama.*⁴³

3 Particularidades da ação civil pública na defesa do patrimônio cultural

3.1 Máxima amplitude do objeto

A ação civil pública na defesa do patrimônio cultural poderá ter por objeto evitar o dano, repará-lo ou buscar a indenização pelo dano causado, sendo viável a pretensão de condenação em dinheiro, do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer bem como da declaração de situação jurídica.

Nos termos do que dispõem os arts. 83 e 90 do Código de Defesa do Consumidor combinados com os arts. 1º e 21 da Lei 7.347/85, que albergam o prin-

⁴² *Responsabilidad por daños. El daño moral.* p. 228.

⁴³ MONTERO, Guillermina Yanguas. p. 125.

cípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, para a defesa do patrimônio cultural brasileiro são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (condenatórias, cautelares, de execução, meramente declaratórias, constitutivas ou as chamadas ações mandamentais).

Em sede de ação civil pública versando sobre a defesa do patrimônio cultural, tendo em vista os princípios da prevenção e da reparação integral, há plena viabilidade de se cumular pedidos consistentes em obrigações de fazer ou não fazer com indenização em virtude dos danos tecnicamente irreparáveis, lucros ilícitamente obtidos e também dos danos extrapatrimoniais.⁴⁴ Somente assim será possível a integral reparação objetivada pelo Direito Ambiental, evitando-se o enriquecimento ilícito do degradador em detrimento dos direitos da coletividade.

3.2 Máxima efetividade da tutela jurisdicional

À defesa do patrimônio cultural aplica-se o princípio da máxima efetividade da tutela jurisdicional coletiva, que decorre da necessidade de efetividade real do processo que envolve matéria de natureza difusa, não podendo nos contentar com o aspecto meramente formal ou burocrático.⁴⁵

A respeito da posição que se espera hodiernamente dos juízes enquanto condutores da marcha processual, leciona Cândido Rangel Dinamarco que “*não há lugar na moderna cultura do processo civil de resultados para o juiz-Pilatos, que só observa e não interfere, nem para o juiz mudo, obstinadamente cuidadoso de não se desgastar e obcecado pelo temor de anunciar prejuízos. O juiz moderno tem o dever de participar da formação do material sobre o qual apoiará sua livre convicção*”.⁴⁶

Com efeito, em sede da tutela de direitos massificados o julgador deve deixar a postura de um simples espectador da “batalha judicial” para tornar-se verdadeiro condutor e diretor da marcha processual, determinando, sempre que necessário, a produção de provas que contribuam para o alcance da verdade real, consoante lhe possibilita do art. 370 do NCPC.⁴⁷

⁴⁴ Súmula nº 629 do STJ: Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar.

⁴⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. p. 576.

⁴⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 234.

⁴⁷ Nesse sentido: A busca da verdade real por parte do juiz, pelos meios mais amplos e variados, a fim de diminuir os casos de discordância entre a incidência da regra jurídica, sempre de caráter abstrato, e a aplicação ao caso submetido a exame, não conflita com o princípio do dispositivo, justificando-se à medida em que o sistema de provas no processo pressupõe a possibilidade de se atingir judicialmente a verdade sobre os fatos controvertidos. Sentença cassada, de ofício, para remessa dos autos à origem, com realização de prova pericial e novo julgamento. (TRF 4ª R. – AC 2003.71.07.001797-3 – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti – DJU 29.11.2006, p. 929).

A fim de se alcançar a máxima efetividade da tutela buscada em sede de ação civil pública, o julgador pode, até mesmo, afastar-se, quando necessário, do princípio da congruência a fim de que sua decisão seja a mais efetiva e adequada à tutela do direito material de titularidade coletiva.

Como bem ressalta Héctor Jorge Bibiloni acerca da função do Juiz no processo ambiental: *Cuando en la controversia quedan involucradas cuestiones de orden público o derechos de goce comunitario, no solo ya no está compelido a respetar el viejo principio de congruência, sino que está facultado (y hasta obligado) a incorporar de oficio temas no introducidos por las partes en el pleito.*⁴⁸

Luiz Guilherme Marinoni, tratando da mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença, ressalta que as proibições do Direito Processual clássico não podem mais prevalecer de modo absoluto diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um “inimigo”, mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social. Ou seja, o aumento de poder do juiz, relacionado com a transformação do Estado, implicou na eliminação da submissão do Judiciário ao Legislativo ou da ideia de que a “lei seria como uma vela a iluminar todas as situações de direito substancial”, e da necessidade de um real envolvimento do juiz com o caso concreto.⁴⁹

A jurisprudência pátria tem açambarcado tal entendimento e, a propósito, já decidiu:

De ver-se, ainda, que, em se tratando de questão ambiental, dominada por interesse difuso e planetário, como no caso em exame, há de mitigar-se o princípio da congruência, privilegiando-se o do ativismo judicial, de forma que o órgão julgador possa adequar a sua decisão, na melhor forma possível, com a visão intertemporal, sempre voltada para a defesa e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, no interesse das presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput). (TRF 1ª R.; EDcl-AC 2000.39.02.000141-0; PA; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Souza Prudente; Julg. 14.4.2008; DJF1 29/04/2008; p. 713)

Assim, imaginemos que uma ação civil pública tenha por objeto, expressamente delimitado no pedido inicial, a imposição de obrigação de não fazer, consistente em não demolir um prédio de aventado valor cultural. Entretanto, no curso do feito o bem é demolido pelo réu, que alega ao Poder Judiciário a perda de objeto da ação. Em caso tal, em nome da máxima efetividade da tutela jurisdicional coletiva, o julgador poderá, sem ferir o princípio da congruência, determinar quando da apreciação do mérito tanto a reconstrução do prédio, quanto o paga-

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 324.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 136-137.

mento por danos materiais irreversíveis, danos morais coletivos além de impor obrigações a fim de se evitar que o réu, beneficiando-se da própria torpeza, aufera lucros com a conduta lesiva ao patrimônio cultural brasileiro.

3.3 Tutela de bem cultural ainda não protegido

Em caso de omissão do Poder Público no dever de zelar pela integridade dos bens culturais, é incontroversa a possibilidade de se buscar a proteção de determinado bem através de um provimento emanado do Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário, a quem incumbe, por força de preceito constitucional, apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CF/88), também é dada a tarefa de dizer do valor cultural de determinado bem e de ditar regras de observância obrigatória, no sentido de sua preservação, ante a omissão ou ação danosa de seu proprietário ou do Poder Público.⁵⁰

O art. 216, §1º, da CF/88 é claro ao estabelecer que o tombamento é uma das formas de proteção do patrimônio cultural, mas não a única, de maneira que a ação civil pública poderá ser utilizada para a preservação de bens culturais que, apesar de ostentarem atributos que justifiquem a sua proteção, ainda não foram objeto de qualquer tipo de instrumento protetivo.⁵¹

Segundo o entendimento abalizado de Édis Milaré, a Lei 7.347/85 em momento algum faz referência à necessidade do prévio tombamento para que através da ação civil pública se busque dar proteção ou se promova a responsabilidade por danos causados a “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 1º, III). Logo, a aferição do valor do bem ameaçado ou lesionado envolve questão de mérito, não se colocando no exame da admissibilidade da própria ação. Se a Lei 7.347/85 contivesse a alegada exigência do tombamento prévio, para posterior defesa em Juízo, a proteção jurisdicional tornar-se-ia inócua no mais das vezes, fraudando-se o escopo da lei, que incluiu tanto a reparação do dano causado, quanto a sua prevenção.⁵²

⁵⁰ PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL. POSSIBILIDADE. “CASA DOS ABADIE”. Responsabilidade solidária do município e do proprietário. Embora não haja tombamento, cabe proteger na via judiciária bem integrante do patrimônio cultural, como estabeleceu a prova pericial, relativamente à “Casa dos Abadie”, no Município de Canoas, responsabilizando-se, solidariamente, o Município e o proprietário do bem. (TJRS – Ap. Civ. nº 70015002884 – j. 24.5.2006).

⁵¹ A ausência de prévio tombamento, ou outro ato oficial de preservação, não impede a tutela jurisdicional voltada à proteção do patrimônio cultural (TJSP – Agravo de Instrumento nº 292.905-5/5-00, 8ª Câmara de Direito Público do TJSP, Sorocaba, Rel. Des. Teresa Ramos Marques. j. 12.2.2003, unânime).

⁵² A ação civil pública na nova ordem constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 129.

Nelson Nery Júnior, em parecer acerca da viabilidade do reconhecimento do valor cultural de determinado bem pelo Poder Judiciário,⁵³ argumenta judiciosamente que:

Não se exige o tombamento formal do bem para que se possa classificá-lo como de interesse histórico. Ou o bem é de interesse histórico ou não é. E sendo, já merece a proteção pela via da ação judicial (Lei nº 7.347/85). O tombamento é formalidade que torna juris et de jure a presunção de que o monumento tem valor histórico. Somente isso. Não pode constituir-se em requisito para que o patrimônio histórico possa ser protegido, o que seria desastroso principalmente num Estado como São Paulo, onde há muitos edifícios de valor histórico. O mesmo alvitre é propugnado pela doutrina alemã, a propósito da interpretação do art. 2º da Lei de Proteção aos Monumentos do Estado da Baviera, de 25.06.1973. Esse art. 2º estipula a necessidade de haver um rol dos bens tombados (Denkmalliste), que devem sê-lo ex officio, dando-se ciência ao proprietário. Em comentário a esse dispositivo já se afirmou que “o ingresso do bem no rol dos bens tombados, segundo o sistema da Lei de Proteção aos Monumentos, não é condição nem para classificá-lo como bem de valor arquitetônico, nem para a aplicabilidade da Lei de Proteção aos Monumentos (Erbel-Schiedermals-Petzet, Bayerische Denkmalschutzgesetz, Munchen, 2. ed, Comentário n. 2, I, 1, ao art. 2º, p. 41)”.

O Mestre Hugo Nigro Mazzilli⁵⁴ leciona que pela Lei 7.347/85 o legislador não limitou a proteção jurisdicional de valores culturais apenas aos bens tombados – e seria rematado absurdo se o fizesse, pois nada impede que um bem tenha acentuado valor cultural, mesmo que ainda não reconhecido ou até mesmo se negado pelo administrador. Até mesmo porque quantas vezes não é o próprio administrador que agride um bem de valor cultural?

A Lei de Crimes Ambientais, na Seção atinente aos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, tipificou como crimes a lesão a bens especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial, o que importou no reconhecimento explícito em âmbito nacional da possibilidade de se proteger, através da via judicial, o patrimônio cultural brasileiro.

Sobre o tema, recente decisão do STJ deixou assentada a possibilidade da proteção judicial de bem cultural não tombado: da “*herança coletiva e intergeracional do patrimônio ancestral, seja ele tombado ou não, monumental ou não*”.⁵⁵

Desta forma, a ação civil pública tem se mostrado como um instrumento extremamente útil em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo no dever de proteger o patrimônio cultural brasileiro,⁵⁶ sendo viável o reconheci-

⁵³ Parecer na Apelação TJSP 119.378-1 *apud* EI nº 55.415-5/3-02 – TJSP, j. 28.3.2001.

⁵⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo* (meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural). 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 85-86.

⁵⁵ STJ; REsp 1.293.608; Proc. 2011/0101319-3; PE; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 11.9.2014.

⁵⁶ Bem de valor histórico e cultural do município de Natal. Possibilidade de reconhecimento por declaração judicial. Dever dos entes públicos de proteção e conservação de patrimônio histórico e cultural que não se restringe ao legislativo e executivo. Regras dispostas nos artigos 23 e 216 da Constituição Federal e 19 e 144 da Constituição Estadual. Importância histórico-cultural e arquitetônica configurada. Conhecimento e provimento do recurso. Procedência do pedido. (TJRN; AC 2013.005281-0; Natal; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Cláudio Santos; DJRN 29.7.2014).

mento judicial do valor de determinado bem e a imposição a seu proprietário e ao Poder Público de obrigações de fazer e não fazer necessárias à manutenção de sua integridade.

Sob o ponto de vista da prática processual, importante ressaltar a lição do saudoso José Eduardo Ramos Rodrigues:⁵⁷

Nem sempre o bom senso costuma imperar na Administração Pública. Daí parecer-nos essencial que, em caso de propositura de ação civil pública, tanto na cautelar como na principal, visando a preservar um bem por seu valor cultural, devam integrar o seu polo passivo como litisconsortes não apenas o proprietário do móvel ou imóvel, mas também a pessoa jurídica de direito público interno mais próxima e que possua um órgão próprio especializado com condições e infraestrutura capazes de efetivar a proteção e fiscalização daquele bem.

3.4 Controle de constitucionalidade

É plenamente viável a propositura de ação civil pública objetivando a defesa concreta do patrimônio cultural, sendo invocada como causa de pedir (não o próprio pedido) o reconhecimento da inconstitucionalidade de leis e demais atos normativos.⁵⁸ Nestes casos, opera-se o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade, não havendo se falar em invasão da competência constitucional dos Tribunais para conhecerem, com exclusividade, sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em tese (o que só é viável através de ação declaratória de inconstitucionalidade).

Assim, por exemplo, suponhamos que uma lei municipal determine a destruição de todos os documentos de valor histórico existentes em seus arquivos como forma de ganhar espaço para a administração e preveja que o exercício do poder de polícia em relação ao patrimônio cultural da cidade seja feito exclusivamente pelo Estado e pela União, demitindo-se unilateralmente de suas obrigações.

Em ambos os casos há evidente violação ao que dispõe a Constituição Federal em seu arts. 23, III e IV, 30, IX, 216, §1º e §2º, sendo viável a propositura

⁵⁷ Meio Ambiente Cultural: Tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais, p. 328-329.

⁵⁸ Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI DISTRITAL 754/1994. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. Adequação da Ação Civil Pública ajuizada, com fundamento na inconstitucionalidade da Lei Distrital 754/1994, para impedir ocupações irregulares e obter indenização por danos causados ao meio ambiente e ao patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social. Precedentes do STJ. 2. A jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido do cabimento de Ação Civil Pública para declaração incidental de inconstitucionalidade, desde que a controvérsia constitucional seja causa de pedir, fundamento ou questão prejudicial à resolução do litígio principal. 3. O controle de constitucionalidade difuso, ou *incidenter tantum*, sem eficácia erga omnes, pode ser exercido por meio de Ação Civil Pública. 4. Recurso Especial provido. (STJ; REsp 489.986; Proc. 2002/0156807-9; DF; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 16.4.2009; DJE 6.5.2009).

de ação civil pública pleiteando a declaração incidenter tantum (na parte fundamentadora da sentença) da inconstitucionalidade dos dispositivos e pleiteando que a Administração se abstenha de destruir os documentos, no primeiro caso, e que exerça o poder de polícia em benefício dos bens culturais da cidade, na segunda hipótese.

3.5 Improbidade administrativa

Os bens jurídicos tutelados pela Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) integram o elenco dos interesses difusos e coletivos previstos no art. 1º, IV e VIII da Lei 7.347/85, de forma que o Ministério Público e as instituições públicas legitimadas podem se valer da Lei da Ação Civil Pública para o combate e punição a atos de improbidade administrativa⁵⁹ envolvendo o patrimônio cultural.

De longa data a Lei da Ação Popular (que integra o microsistema de tutela da probidade administrativa) expressamente reconhece os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico como integrantes do patrimônio público de nosso país (art. 1º, §1º. da Lei 4.717/65), que não se limita ao simples erário sob a ótica econômico-financeira. Ademais, a nossa Constituição Federal impõe a todos os entes federativos o dever de proteger e preservar o patrimônio cultural (item 1.4) sob pena de responsabilização (art. 216, §4º).

Desta forma, é plenamente viável a utilização, em prol da defesa dos bens culturais de nosso país, da ação civil pública para veicular pretensões relacionadas à aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa em quaisquer de suas modalidades (atos que importam em enriquecimento ilícito, lesão ao erário⁶⁰ ou que atentem contra os princípios que regem a administração pública).⁶¹

⁵⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. p. 432.

⁶⁰ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CANCELAMENTO DE TOMBAMENTO. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DILAPIDAÇÃO DE BEM PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 10 DA LEI Nº 8.429/92. DANO AO ERÁRIO. O agente que pratica ato ímprobo, causador de prejuízo ao erário, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.429/92, se sujeita as penalidades previstas no art. 12, inc. II, da aludida Lei, na proporção da gravidade do seu ato. O cancelamento do tombamento não resulta de avaliação discricionária da Administração Pública, estando estritamente vinculado ao parecer do respectivo órgão competente de proteção ao patrimônio cultural. (TJMG; APCV 1.0456.10.007276-2/001; Rel. Des. Jair Varão; Julg. 18.6.2015; DJEMG 1º.7.2015).

⁶¹ Sobre o tema: ELLOVITCH, Mauro da Fonseca. Improbidade Administrativa e Patrimônio Cultural. In: *Patrimônio Cultural. Ministério Público e Direitos fundamentais*. ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 217-238.

A responsabilização por prática de ato de improbidade administrativa insere-se como ferramenta de relevo para o combate a ações lesivas ao patrimônio cultural brasileiro e pode ser considerada como um dos mecanismos decorrentes do mandamento inserto no art. 216, §4º. da Constituição Federal, que estabelece que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. Referido dispositivo também dialoga com o art. 225. §3º da CF/88, que dispõe que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (e neste insere-se o patrimônio cultural) sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Por óbvio, a ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa não pode ser banalizada. Deve ser utilizada criteriosamente para combater somente os atos que transbordam a mera ilegalidade, violando de maneira grave o dever de servir à Administração Pública de forma imparcial, leal e honesta.

3.6 Regime probatório

Em decorrência das intrincadas e diversificadas questões que lhe incumbe solucionar, o Direito do Patrimônio Cultural não pode ficar adstrito aos institutos clássicos do Direito Processual Individual Comum⁶² e, quanto à produção de provas, mais se destaca a necessidade de se buscar novos critérios normatizadores de sua produção e valoração, a fim de se alcançar decisões consentâneas com indiscutível essencialidade do direito ao meio ambiente cultural, cuja violação implica reflexos às presentes e futuras gerações.

Destarte, é preciso trilhar novos caminhos processuais a fim de se alcançar a necessária e adequada tutela do patrimônio cultural, deixando de lado a ritualística, o formalismo e as regras clássicas e obsoletas do conhecido direito probatório, em nada condizente com a natureza especialíssima do direito ao patrimônio cultural, o qual deve ser efetivado, obviamente, mediante regras também especiais.⁶³

⁶² A propósito, já decidiu o STJ: Tratando -se de processo coletivo, devem-se empregar as técnicas e institutos que lhe são adequados, de modo a propiciar a efetiva solução dos conflitos metaindividuais. (STJ; REsp 987.788; Proc. 2007/0217712-8; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 30.10.2008; DJE 24.11.2008.

⁶³ En esta área ríspida, grisácea, dura, ardua, complicada, no cabe levantar obstáculos, óbices procesales ni criterios de hermenéutica rígidos o matizados de exceso ritual, ni clausurar medios que eventualmente resulten útiles para cumplir el propósito de acceso a la verdad jurídicamente objetiva... Deberá el intérprete actuar con amplitud e flexibilidad, a través de um pensamiento integrado de las ciencias de la cultura y de las ciencias de la naturaliza. MORELLO, Augusto M.; CAFFERATTA, Néstor A. *Visión procesal de cuestiones ambientales*. 1. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004. p. 241.

Por isso, vigora em sede do Direito Processual Coletivo, fundado em regras publicistas de um Estado Social, o Princípio da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, segundo o qual o encargo probatório deve ser suportado por quem está em melhores condições e/ou possibilidades de produzir a prova, ficando afastadas as regras rígidas e estáticas da distribuição do “*onus probandi*” tornando-as mais flexíveis, adaptáveis a cada caso concreto.

Pouco importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo de direitos, pois o importante é que o juiz valere, caso a caso, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas, mesmo que os fatos objeto de prova tenham sido alegados pela parte contrária. Tal teoria foi expressamente encampada pelo art. 373, §1º. do NCPC.

Vale ainda destacar que os Princípios da Prevenção e Precaução exercem inegável influência na aplicação das regras materiais do Direito do Patrimônio Cultural, com repercussões de relevo também na avaliação da prova de danos ou ameaças ao meio ambiente cultural, uma vez que o enfoque do sistema jurídico ambiental passou a ser o da *prudência* e da *vigilância* no trato das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, em detrimento do enfoque da tolerância com essas atividades,⁶⁴ de forma que, “*onde há risco de dano irreversível ou sério ao meio ambiente, deve ser tomada uma ação de precaução para prevenir prejuízos*”.⁶⁵

Em razão da aplicação desses dois princípios, passa a caber ao imputado degradador o encargo de provar, cabalmente, que sua atividade não causa danos ou ameaças aos bens integrantes do patrimônio cultural invertendo-se o ônus da prova em seu desfavor (*in dubio cultura*), o que se harmoniza com a Súmula 618 do STJ, segundo a qual: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.

Realmente, a igualdade substancial implica em proporcionar que as partes que venham a juízo em paridade de armas, pois que “o processo não deve ser um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”.⁶⁶

⁶⁴ MIRRA, Luiz Álvaro Valery. p. 265.

⁶⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública*, p. 197. TJMS; AG 2007.021287-1/0000-00; Camapuã; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz; DJEMS 20.11.2007; p. 16.

⁶⁶ BEDAQUE, José dos Santos. Garantias da Amplitude de Produção Probatória in TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 175. Nesse sentido: Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. (STJ – REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon. J. 25.8.2009).

Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALSINA, Jorge Bustamante. *El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible*. Buenos Aires: La Ley, 1998.
- ÁLVAREZ, José Luis Álvarez. *Estudios jurídicos sobre el patrimonio cultural de España*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- BEDAQUE, José dos Santos. Garantias da Amplitude de Produção Probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 57-130.
- BIBILONI, Héctor Jorge. *El proceso ambiental*. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos. Buenos Aires: Lexix Nexis. 2005.
- CAFFERATTA, Néstor A. Teoría general de la responsabilidad civil ambiental. In: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Derecho Ambiental y Daño*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 11-91.
- CORDOBERA, Garrido. *Los daños colectivos y la reparación*. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1993.
- CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, abr./jun. 2004, p. 41-58.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DVORÁK, Max. *Catecismo da preservação de monumentos*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.
- ELLOVITCH, Mauro da Fonseca. Improbidade administrativa e patrimônio cultural. p. 217-238. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. (Orgs.). *Patrimônio Cultural*. Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey. 2013.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2016.
- FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- GOMES, Carla Amado. *Textos Dispersos de Direito do Patrimônio Cultural e de Direito do Urbanismo*. Lisboa: A.A.F.D., 2008.
- _____; RAMOS, José Luis Bonifácio. *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011.
- GRIGARAVICIUS, María Delia Pereiro de. *Daño ambiental en el medio ambiente urbano. Un nuevo fenómeno económico en el siglo XXI*. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños. El daño moral*. Tomo V. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni. 2006.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEMME, Fabrizio. *Compendio di Diritto dei Beni Culturali*. Seconda Edizione. Torino: Umberto Allemandi & C. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Derecho Ambiental y Daño*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 2, 1993, p. 19-35.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, v. 54, abr./jun., 2009, p. 229-253.

_____. A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais*. Responsabilidade Civil. Direito Ambiental. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 856-885.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MONTERO, Guillermina Yanguas. *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*. Thomson Civitas, Navarra, 2006.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 28 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORELLO, Augusto M.; CAFFERATTA, Néstor A. *Visión procesal de cuestiones ambientales*. 1. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004. p. 241.

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. Coimbra: Almedina, 2004.

PERETTI, Enrique. *La valoración del daño ambiental*. In: LORENZETTI, Ricardo Luis.

PINHO, Hortênsia Gomes. *Prevenção e reparação de danos ambientais*. As medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária. Rio de Janeiro: GZ Verde, 2010.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio Ambiente Cultural: Tombamento – Ação civil pública e aspectos criminais. In: *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. MILARÉ, Édis. (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 309-358.

_____; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr., 2017, p. 11-31.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens Culturais e Proteção Jurídica*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1999.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Critérios de Valoração Econômica dos Danos a Bens Culturais Materiais. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre: Magister, v. 27, dez./jan. 2010, p. 56-82.

_____. Responsabilidade Civil Ambiental. *As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2. ed. 2011.

