

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**O PODER JUDICIÁRIO COMO *LOCUS* PARA  
RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE  
CULTURAL: ASPECTOS DO BRASIL E DA ESPANHA**

**RAFAEL SALVAN FERNANDES**

**Itajaí-SC, julho/2019**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**O PODER JUDICIÁRIO COMO *LOCUS* PARA  
RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE  
CULTURAL: ASPECTOS DO BRASIL E DA ESPANHA**

**RAFAEL SALVAN FERNANDES**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e ao Curso de Máster en Territorio, Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el marco de la Economía Circular (IUACA) da Universidade de Alicante – UA (Espanha), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Prof. Doutor Andrés Molina Giménez**

**Co-orientador: Prof. Doutor Paulo Márcio Cruz**

**Itajaí-SC, julho/2019**

## Canto

(Eugenio de Nora)

¡Mediodía terrestre!

He visto catedrales;  
He visto derruidos castillos de setiembre;  
cadenas casi rotas trepando entre rosales,  
y niños con fusiles...

¡Mediodía celeste!

España, España, España.  
Dos mil años de historia no acabaron de hacerte.  
¡Cómo no amar, sufriendo, tu perdido pasado,  
y amar, con ira y odio, el perdido presente!

Yo no canto la historia que bosteza en los libros,  
ni la gloria que arrastran esas sombras de muerte.  
¡España está en nosotros! Y su estrella sonora  
en la dura oleada de la vida que viene.

En mi sangre crepitan tus hazañas de sangre,  
y en mis ojos dominan tus labriegos y reyes;  
pero por sobre todo tu futuro es quien manda  
y crepita y combate en mi sexo y mis sienes.

Con los muertos gloriosos estaremos un día,  
fermentando la tierra y bebiendo la nieve.  
Con los vivos, ahora, con el sueño en las manos  
que luchan, con los fuertes y fieramente alegres.

¡La salud de las flores, el vigor de los árboles,  
la ira dulce del mar y el rumor de las fuentes,  
están con los que avanzan, combatiendo y cantando,  
como nosotros todos: hasta que Dios despierte!

Yo no digo las ruinas, ni el colérico odio,  
aunque ira y odio y ruina de España me penetren.  
En mi alma está el derrumbe de una patria humeante,  
pero arriba una estrella puramente amanece.

¡Violadores del Tiempo: la patria no está hecha!  
¿Quién traicionará el signo de engendrar del presente  
un futuro más bello?

¡Ardiente, clara España!  
Tu ancha vida en tus hombres. Tu libertad por siempre.

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, agradeço a Deus.

Agradeço, ainda, ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina não apenas pelo estímulo ao constante aprimoramento pessoal e profissional, mas pela oportunidade que me concedeu de cursar o mestrado no Brasil e na Espanha.

Agradeço aos orientadores, Professor Doutor Andrés Molina Giménez e Professor Doutor Paulo Márcio Cruz.

Agradeço, por fim, aos servidores da 2ª Vara Cível de Mafra, tanto aos assessores de gabinete – Rafael, Laís, Ronise e Kamila – como aos colaboradores do cartório – Cleyton, Vanderlei, Isabella, Carlos, Josiane e Adan –, principalmente por terem aguentado firme durante meu afastamento para frequentar às aulas em Itajaí e em Alicante.

## **DEDICATÓRIA**

À minha querida esposa Ana Paula, pela paciência e apoio, em todos os momentos.

Aos meus filhos, Marina e Bernardo, minha eterna fonte de inspiração.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do conteúdo ora apresentado.

Itajaí-SC, julho de 2019.

**Rafael Salvan Fernandes**  
**Mestrando**

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

---

Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz  
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores

---

Doutor Joaquín Melgarejo Moreno (UNIVERSIDADE DE ALICANTE, ESPANHA) –  
Presidente

---

Doutor Paulo Márcio Cruz – Membro

---

Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 26 de julho de 2019

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**LOPJ** – Lei Orgânica do Poder Judicial (Espanha)

**LPHE** – Lei do Patrimônio Histórico da Espanha

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**STS** – Sentença do Tribunal Supremo (Espanha)

**TJMA** – Tribunal de Justiça do Maranhão

**TJRS** – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**TJSC** – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

**TJSP** – Tribunal de Justiça de São Paulo

## ROL DE CATEGORIAS

**Meio ambiente cultural:** Segundo Fiorillo, “(...) o meio ambiente possui, pelo seu próprio conceito desenvolvido na Lei n. 6.938/81, integrado ao art. 225 da Constituição Federal, uma conotação multifacetária, porquanto o objeto de proteção verifica-se em pelo menos cinco aspectos distintos (patrimônio genético, meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho), os quais preenchem o conceito da sadia qualidade de vida”.<sup>1</sup>

Trata-se, aqui, com identidade de significado as expressões “meio ambiente cultural” e “patrimônio cultural”, pois, como dito por Fiorillo, “[a]o se tutelar o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado com a qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo.”<sup>2</sup>

**Separação de poderes:** Para Hans Kelsen, o “conceito de ‘separação de poderes’ designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos.”<sup>3</sup>

**Acesso à justiça:** De acordo com Cappelletti e Garth, apesar de a expressão “acesso à justiça” ser de difícil definição, ela serve para determinar duas finalidades essenciais do sistema jurídico, sendo uma delas o acesso em pé de igualdade a todos e a outra o dever de produzir resultados tanto individualmente como socialmente justos.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 406.

<sup>2</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 406.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 385-386.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	10
RESUMEN .....	11
INTRODUÇÃO .....	12
CAPÍTULO 1 .....	14
O MEIO AMBIENTE CULTURAL NO BRASIL E NA ESPANHA .....	14
1.1 O meio ambiente no Brasil e na Espanha: conceitos, competências e leis de proteção .....	14
1.2 O meio ambiente cultural no Brasil .....	15
1.3 O Decreto-Lei n. 25/37, como marco na proteção do patrimônio cultural brasileiro .....	19
1.4 A extensão do conceito de meio ambiente na Espanha: o patrimônio histórico inserido no contexto e a proteção conferida pela Constituição do Brasil e pela Lei n. 16/85.....	20
1.5 A divisão das competências do Poder Público no Brasil e na Espanha: a questão ambiental-cultural .....	28
CAPÍTULO 2.....	37
O ACESSO A UMA DECISÃO JUDICIAL JUSTA E EFICAZ, NO BRASIL E NA ESPANHA, PARA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL.....	37
2.1 Os poderes, as funções do Estado e o alcance judicial .....	37
2.2 A separação de poderes no Brasil: Montesquieu ou Kelsen? .....	42
2.3. A situação da Espanha .....	48
2.4 A questão do acesso à justiça.....	51
2.5 Notas sobre o acesso à justiça espanhola.....	53
2.6 O controle de ações administrativas pelo Judiciário .....	54
2.7 A legitimação ativa e as ações judiciais de proteção do meio ambiente cultural no Brasil.....	65
2.8 A situação espanhola: a participação popular, em juízo, na defesa do patrimônio histórico espanhol – aspectos nacionais e transnacionais .....	67
2.9 A aproximação da Lei de Jurisdição com a Lei do Patrimônio Histórico espanhol .....	70
CAPÍTULO 3.....	74
A PRÁTICA JUDICIAL NOS CONFLITOS AMBIENTAIS-CULTURAIS ENVOLVENDO AÇÕES COLETIVAS E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL E NA ESPANHA .....	74
3.1 Julgados brasileiros .....	74

3.2 A questão peculiar da Convenção de Aarhus: objeto, abrangência e interiorização na Espanha.....	95
3.3 Outras decisões emblemáticas da Espanha .....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	106
REFERÊNCIAS.....	109

## RESUMO

A presente dissertação está inserida na Linha de Pesquisa de Sustentabilidade, Território e Urbanismo a qual se deu em dupla titulação entre a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, no âmbito do seu curso de Mestrado em Ciência Jurídica, e a Universidade de Alicante – UA, por seu Máster en Territorio, Urbanismo y Sostenibilidad en el Marco de La Economía Circular. Tem como objetivo analisar, sob o enfoque do Direito, o meio ambiente cultural no Brasil e na Espanha, bem como a proteção dessa vertente ambiental, em face da omissão do Executivo, a partir da participação popular, com base ordenamento de cada Estado, mediante ações legitimamente propostas perante o Poder Judiciário. O trabalho se desenvolveu pelo método dedutivo e está dividido em três capítulos. O primeiro trata da concepção existente no Brasil e na Espanha acerca do meio ambiente cultural – ainda que tal expressão, por diversas vezes, seja substituída por outras, como patrimônio histórico, patrimônio cultural etc. –, apontando-se nos dois Estados alguns institutos legais de proteção do referido objeto, assim como a divisão de competências estatais, do ponto de vista constitucional, para tratar da matéria, nos campos legislativo e material. O segundo cuida de abordar a questão da divisão de poderes ou funções estatais, e o alcance da atuação judicial nas ações ambientais, especialmente em face de constantes omissões do Poder Executivo. Serve ainda como local de discussão sobre o acesso à justiça e a participação popular, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol, com o propósito de resguardar o meio ambiente cultural. O terceiro capítulo, por fim, tem como desiderato demonstrar, mediante exemplos práticos, situações reais envolvendo o meio ambiente cultural perante o Poder Judiciário dos dois países em destaque, ressaltando-se decisões que de uma forma ou de outra abordem os institutos referenciados no decorrer deste trabalho.

**Palavras-chave:** Meio ambiente cultural. Poder Judiciário. Competência. Acesso à justiça.

## RESUMEN

La presente disertación está inserta en la Línea de Investigación de Sostenibilidad, Territorio y Urbanismo la cual se dio en doble titulación entre la Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, en el Máster en Ciencia Jurídica, y la Universidad de Alicante – UA, por su Máster en Territorio, Urbanismo y Sostenibilidad en el Marco de La Economía Circular. El objetivo de este trabajo es analizar, bajo el enfoque del Derecho, el medio ambiente cultural en Brasil y en España, así como la protección de esa vertiente ambiental, frente a la omisión del Ejecutivo, a partir de la participación popular, con base en el ordenamiento de cada Estado, acciones legítimamente propuestas ante el Poder Judicial. El trabajo se desarrolló por el método deductivo y está dividido en tres capítulos. El primero trata de la concepción existente en Brasil y España acerca del medio ambiente cultural, aunque tal expresión, en diversas ocasiones, sea sustituida por otras, como patrimonio histórico, patrimonio cultural, etc. -, apuntándose en los dos Estados algunos institutos legales de protección de dicho objeto, así como la división de competencias estatales, desde el punto de vista constitucional, para tratar de la materia, en los campos legislativo y material. El segundo se ocupa de abordar la cuestión de la división de poderes o funciones estatales, y el alcance de la actuación judicial en las acciones ambientales, especialmente en vista de constantes omisiones del Poder Ejecutivo. También sirve como local de discusión sobre el acceso a la justicia y la participación popular, en los ordenamientos jurídicos brasileño y español, con el propósito de resguardar el medio ambiente cultural. El tercer capítulo, por fin, tiene como propósito demostrar, mediante ejemplos prácticos, situaciones reales envolviendo el medio ambiente cultural ante el Poder Judicial de los dos países en destaque, resaltando decisiones que de una forma u otra aborden los institutos referenciados en el transcurso de este trabajo.

**Palabras clave:** Medio ambiente cultural. Poder Judicial. Competencia. Acceso a la justicia.

## INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Mestre no Curso de Máster en Territorio, Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el marco de la Economía Circular (IUACA) da Universidade de Alicante – UA (Espanha).

O seu objetivo específico é analisar, sob o enfoque do Direito, o meio ambiente cultural no Brasil e na Espanha, bem como a proteção dessa vertente ambiental, em face da omissão do Executivo, a partir da participação popular, com base ordenamento de cada Estado, mediante ações legitimamente propostas perante o Poder Judiciário.

O problema da pesquisa está ligado à indagação sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, quando provocado, servir de instância para solução de conflitos ambientais-culturais decorrentes de falhas, especialmente, omissões, do Executivo.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) O meio ambiente cultural possui relevância em patamar igual ao meio ambiente natural, de modo que sua proteção é amparada legal e constitucionalmente, no Brasil e na Espanha.

b) Brasil e Espanha admitem, respeitado o princípio da separação de Poderes, a participação do Poder Judiciário, quando provocado, seja pelo cidadão, seja por órgão representativo de uma coletividade, na concretização de normas ambientais-culturais pelo Judiciário, especialmente à vista da revelia do Executivo.

A fim de sistematizar a descrição do resultado da pesquisa, desenvolveu-se o trabalho, do ponto de vista estrutural, em três capítulos.

O primeiro capítulo é intitulado “O meio ambiente cultural no Brasil e na Espanha”. Nele busca-se tratar da concepção existente no Brasil e na Espanha acerca do meio ambiente cultural – ainda que tal expressão, por diversas vezes, seja substituída por outras, como patrimônio histórico, patrimônio cultural etc. –, apontando-se nos dois Estados alguns institutos legais

de proteção do referido objeto, assim como a divisão de competências estatais, do ponto de vista constitucional, para tratar da matéria, nos campos legislativo e material.

O segundo capítulo, cujo título é “O acesso a uma decisão judicial justa e eficaz, no Brasil e na Espanha, para proteção do meio ambiente cultural” vem para abordar a questão da divisão de poderes ou funções estatais, e o alcance da atuação judicial nas ações ambientais, especialmente em face de constantes omissões do Poder Executivo.

Serve ainda o segundo capítulo como local de discussão do acesso à justiça e da participação popular, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol, com o propósito de resguardar o meio ambiente cultural.

O terceiro capítulo, por fim, tem como desiderato demonstrar, por meio de exemplos práticos, situações reais envolvendo o meio ambiente cultural perante o Poder Judiciário dos dois países em destaque, ressaltando-se decisões que de uma forma ou de outra abordem os institutos referenciados no decorrer deste trabalho.

À guisa de considerações finais, encerra-se o relatório de pesquisa com pontos conclusivos, com a incitação à continuidade dos estudos para aprimorar o entendimento sobre a delicada questão referente à participação ativa do Judiciário nas demandas ambientais, especialmente aquelas derivadas da omissão do Executivo.

No tocante à metodologia<sup>5</sup>, na fase investigativa e no relatório da pesquisa utilizou-se o método dedutivo. Fez uso, ainda, das técnicas do referente, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

Na realização do relatório, nas ocasiões em que se recorreu à doutrina estrangeira, optou-se por manter no corpo do trabalho a redação original, indicando-se, em rodapé, a tradução livremente realizada pelo autor da dissertação.

---

<sup>5</sup> PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa jurídica: teoria e prática. 13 ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 80 e seguintes.

## CAPÍTULO 1

### O MEIO AMBIENTE CULTURAL NO BRASIL E NA ESPANHA

#### 1.1 O meio ambiente no Brasil e na Espanha: conceitos, competências e leis de proteção

A história do Brasil, menos bela do que a da mãe pátria, menos brilhante do que a dos portugueses na Ásia, a nenhuma delas é inferior quanto à importância. Diferem das de outras histórias os seus materiais; aqui não temos enredos de tortuosa política que desemaranhar, nem mistérios de iniquidade administrativa que elucidar, nem revoluções que comemorar, nem de celebrar vitórias, cuja fama viva ainda entre nós muito depois de já se lhes não sentirem os efeitos. Descoberto por acaso, e ao acaso abandonado por muito tempo, tem sido como indústria individual e cometimentos particulares que tem crescido este império, tão vasto como já é, e tão poderoso como um dia virá a ser.<sup>6</sup>

-----

El Océano. El Mediterráneo. La Cordillera Pirenaica. Entre estos límites perfectamente diferenciados, parece como si el medio natural se ofreciera al destino particular un grupo humano, a la elaboración de una unidad histórica.

En efecto, la posición excéntrica de Iberia, su aislamiento por los Pirineos, las vigorosas peculiaridades de su clima y de su estructura, el atractivo de algunas de sus riquezas, apenas han cesado de darle en Europa, desde la más lejana prehistoria, una originalidad a veces sutil, a veces inconfundible. No se trata tampoco, aunque ello se haya dicho, de que sea 'africana'. Algunas constantes naturales han hecho de esta península maciza – especie de continente menor – un ser histórico aparte.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Excerto do prefácio da obra escrita na segunda década do século XIX por: SOUTHEY, Robert. **História do Brasil**. Tradução de Luís Joaquim de Oliveira e Castro. 1º vol. Brasília: Senado Federal, 2010.

<sup>7</sup> VILAR, Pierre. **Historia de España**. Tradução de TUÑÓN LARA, Manuel; SUSO SORIA, Jesús. Barcelona: Austral, 2017. p. 17. Livre tradução do autor: O oceano. O Mediterrâneo. A Cordilheira dos Pirineus. Entre esses limites perfeitamente diferenciados, parece que o ambiente natural foi oferecido ao destino particular de um grupo humano, à elaboração de uma unidade histórica. De fato, a posição excêntrica da Península Ibérica, seu isolamento pelos Pirineus, as peculiaridades vigorosas de seu clima e sua estrutura, a atratividade de algumas de suas riquezas, quase não deixaram de dar na Europa, da pré-história mais distante, uma originalidade às vezes sutil, às

## 1.2 O meio ambiente cultural no Brasil

Falar em meio ambiente, na Espanha, não é o mesmo que falar de meio ambiente no Brasil.

O meio ambiente natural, também chamado de físico, é constituído, em brevíssima síntese, pelos seres vivos e pelos elementos não criados pelo homem que o circundam; o artificial “é compreendido pelo espaço urbano construído” [aqui entendido como espaço habitável, seja na cidade ou no campo] (...)<sup>8</sup>; o do trabalho consiste no local de exercício da atividade laboral<sup>9</sup>; já o cultural, ora enfatizado, tem sua conceituação indiretamente fixada pelo art. 216 da Constituição Federal brasileira, nos seguintes termos:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.<sup>10</sup>

Para Silva, o meio ambiente cultural, embora artificial, deste se distingue pelo “sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou”.<sup>11</sup>

De acordo com Richter,

A larga abrangência ofertada pela redação do artigo que se vem de transcrever tem sido merecedora de elogios por parte dos doutrinadores que se debruçam sobre o tema, não só pelo seu caráter moderno, mas também em face da vantagem de tornar fora de dúvida a inserção, no patrimônio cultural nacional, dos bens de valor

---

vezes inconfundível. Também não é, mesmo que tenha sido dito, que é "africano". Algumas constantes naturais fizeram desta enorme península - uma espécie de continente menor - um ser histórico separado.

<sup>8</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58

<sup>9</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 59.

<sup>10</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) > Acesso em: 5 dez. 2018.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

documental cotidiano, monumentos individualizados, bens intangíveis, ecossistemas em sua totalidade, arte popular, entre outros.<sup>12</sup>

Segundo Fiorillo, “(...) o meio ambiente possui, pelo seu próprio conceito desenvolvido na Lei n. 6.938/81, integrado ao art. 225 da Constituição Federal, uma conotação multifacetária, porquanto o objeto de proteção verifica-se em pelo menos cinco aspectos distintos (patrimônio genético, meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho), os quais preenchem o conceito da sadia qualidade de vida”.<sup>13</sup>

Trata-se, aqui, com identidade de significado as expressões “meio ambiente cultural” e “patrimônio cultural”, pois, como dito por Fiorillo, “[a]o se tutelar o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado com a qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo.”<sup>14</sup>

Para Silva, a Constituição Federal fez menção implícita aos “importantes valores ambientais” decorrentes da cultura, sob a forma de regramento sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quanto à proteção histórica, cultural, artística e paisagística (art. 23, III e IV), assim como ao tratar da legislação concorrente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, inciso VII).<sup>15</sup>

Ainda que do ponto de vista constitucional<sup>16</sup> e legislativo *stricto sensu*<sup>17</sup> o ordenamento brasileiro adote uma visão reducionista, com ênfase no meio ambiente natural, já está mais do que consolidado na doutrina e na jurisprudência a existência de outras vertentes do meio ambiente, além do natural, como o artificial, o do trabalho e o cultural.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> RICHTER, Rui Arno. Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial. Curitiba: Juruá, 1999. p. 14

<sup>13</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 406.

<sup>14</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 406.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 49.

<sup>16</sup> É o que se extrai da interpretação do art. 225 da Constituição Federal brasileira, artigo que se encontra em um capítulo intitulado “Do Meio Ambiente”.

<sup>17</sup> Aqui a referência é à Lei n. 6.938/81 (que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente), cujo art. 3º, inciso I, assim foi redigido: Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

<sup>18</sup> Por todos, FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed.

Interessante e pertinente a compreensão de Milaré, para quem a expressão constitucional “bem de uso comum do povo”, contida no art. 225, ao se referir ao meio ambiente, representa uma visão holística do conceito, revelando o caráter social e histórico do meio ambiente, permitindo a inserção – “além dos ecossistemas naturais” – das “sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas obras”. Esta seria, segundo o autor, uma das razões para que as modernas políticas ambientais tomem em consideração o patrimônio cultural.<sup>19</sup>

A respeito do bem constitutivo do patrimônio cultural, Fiorillo observa que tal bem “traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil”.<sup>20</sup>

Muito embora timidamente e por vezes como argumento secundário, os tribunais brasileiros aos poucos vêm tratando explicitamente da questão do meio ambiente cultural. Foi o que aconteceu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540<sup>21</sup>, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa é em parte reproduzida, *in verbis*:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE -

---

São Paulo: Saraiva, 2017. p.56. Aliás, é este mesmo autor que aponta, à fl. 56, para julgado do Supremo Tribunal Federal como prova de que a jurisprudência também se alinhou à concepção mais ampla para meio ambiente. Foi o que ocorreu na ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, DJ de 3-2-2006.

<sup>19</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 263.

<sup>20</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 3540 MC**, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000092430&base=baseAcordao>> Acesso em: 20 jan. 2019.

POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

[...] A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

O destaque da decisão cuja ementa ora se transcreve é a valoração positiva da condição de transindividual e intergeracional da questão ambiental, em contraponto e em supremacia a outro interesse relevante – no caso, a livre atividade econômica.<sup>22</sup>

De todo modo, a simples menção aos conceitos de meio ambiente cultural, artificial e laboral, além da dimensão natural, já demonstra que a distinção entre as esferas de meio ambiente é considerada relevante e possui ressonância no Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>22</sup> Paradoxalmente, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, na linha do ministro Celso de Melo (relator), entendeu que a Medida Provisória n. 2.166-67/2001 (derivada da MP n. 1.956-50/2000), ao dar nova redação ao art. 4º do Código Florestal (Lei n. 4.771/65, atualmente não mais em vigor), não afrontava a Constituição Federal, na medida em que dita norma infraconstitucional não tornava mais vulnerável as áreas de proteção permanente; pelo contrário, estabelecia regras objetivas para a exploração de espaços legalmente preservados, em consonância com aquilo que Corte reputou condizente com o desenvolvimento sustentável.

### 1.3 O Decreto-Lei n. 25/37, como marco na proteção do patrimônio cultural brasileiro

Conhecido como “Lei do Tombamento”, o Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, cujo germe do anteprojeto é de autoria do notável escritor Mario de Andrade, na Condição de Diretor do Departamento de Cultura do Município de São Paulo,<sup>23</sup> é tido pela doutrina como um importante marco na proteção do meio ambiente cultural brasileiro.

O DL n. 25 foi editado sob a égide da Constituição de 1937<sup>24</sup>, que dispunha de artigo próprio para proteção dos “monumentos históricos, artísticos e naturais” (art. 134)<sup>25</sup>, tendo por como idealizador final do projeto Rodrigo de Mello Franco, inspirado em ideias de Jair Lins.<sup>26</sup>

De acordo com o § 1º do art. 1º do DL 25/37, só são considerados bens pertencentes ao patrimônio histórico e artístico nacional aqueles que, além de necessária preservação em prol do interesse público – quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico<sup>27</sup> –, estejam inscritos separada ou agrupadamente em um dos quatro Livros de tomo referidos no art. 4º, cuja redação é a seguinte:

Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.

2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;

<sup>23</sup> ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p.37.

<sup>24</sup> ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p.39.

<sup>25</sup> BRASIL. **Constituição de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)> Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>26</sup> COSTA, Rodrigo Vieira. **A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 55.

<sup>27</sup> *Caput* do art. 1º do DL 25/37. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)> Acesso em: 19 fev. 2019.

3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;

4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

§ 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.

§ 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.

Como visto, preocupou-se o DL n. 25 em dividir o patrimônio histórico e artístico nacional em quatro grandes vertentes, de acordo com a característica de origem do bem tutelado, que pode ser: a) arqueológica, etnográfica, paisagística, ameríndia ou popular; b) de interesse histórico; c) de arte erudita, ainda que estrangeira; d) de artes aplicadas, também nacionais ou estrangeiras.

Ainda de acordo com lei, o tombamento pode ocorrer de forma voluntária, a pedido do proprietário do bem, ou compulsoriamente, observando-se rigorosamente o processo estabelecido no próprio DL. 25/37.

Do ponto de vista protetivo prático, diz a Lei do Tombamento, “as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa [...]”.<sup>28</sup>

Sob a ótica da constitucionalidade do DL 25/37, Zandonade salienta que referida norma sofreu do fenômeno da recepção, uma vez que, tal como nos textos das Cartas de 1946 e 1967, a Constituição de 1988 não só estabeleceu a obrigação estatal de proteção do meio ambiente cultural, como foi rechaçado o perfil tradicional do direito de propriedade.<sup>29</sup>

#### **1.4 A extensão do conceito de meio ambiente na Espanha: o patrimônio histórico inserido no contexto e a proteção conferida pela Constituição e pela Lei n. 16/85**

---

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 25/37. Art. 17. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm)> Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>29</sup> ZANDONADE. Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p.44.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a Espanha costuma adotar uma concepção mais restritiva de meio ambiente, não obstante não se encontre no país europeu o conceito dessa expressão no plano legislativo.

Como bem destaca Losso, a Constituição espanhola de 1978 além de não conceituar meio ambiente, sequer indica os elementos que o integram, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência estabelecer o significado respectivo.<sup>30</sup>

Em dispositivo dedicado ao meio ambiente e à qualidade de vida, assim prevê a Constituição espanhola de 1978:

Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.<sup>31</sup>

Ainda segundo Losso, a divergência interpretativa quanto ao conceito de meio ambiente na Espanha é classificada entre os que defendem um conceito “estrito” e os que advogam a existência de um conceito “amplo”<sup>32</sup>, sendo o segundo aglutinador de elementos não físicos ou naturais aos já tradicionais elementos fauna, flora, bioma etc.

---

<sup>30</sup> LOSSO, Marcelo Ribeiro. Tutela do meio ambiente na Espanha. In: **Veredas do Direito**: Belo Horizonte. v.7. n.13/14. Janeiro/Dezembro de 2010. p. 333. Disponível em: <<http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/156/161>> Acesso em 5 dez. 2018.

<sup>31</sup> Livre tradução do autor: “Artigo 45. 1. Todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo. 2. Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva. 3. Para quem violar o disposto na seção anterior, nos termos que a lei determinar serão estabelecidas sanções penais ou, quando for o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado.” Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>> Acesso em 5 dez. 2018.

<sup>32</sup> LOSSO, Marcelo Ribeiro. Tutela do meio ambiente na Espanha. In: **Veredas do Direito**: Belo Horizonte. v.7. n.13/14. Janeiro/Dezembro de 2010. p. 333. Disponível em: <<http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/156/161>> Acesso em 5 dez. 2018. Consoante Losso, em nota de rodapé da p. 333 da referência citada, “dentre os que defendem um conceito ‘amplo’ pode-se citar Fuentes Bodelón (FUENTES BODELÓN, 1980, p. 181,182) e Lopez Ramon (LOPEZ RAMON, 1981, p. 41-42). Dentre os defensores de um conceito ‘estrito’ estão Martin Mateo (...) e Rodriguez Ramos (...)”.

Conquanto não seja objeto deste artigo a abrangência do conceito de meio ambiente, é necessário destacar que a definição aqui adotada, especialmente por influência da doutrina brasileira, segue a concepção ampla, ou seja, ainda que na Espanha, referir-se-á ao patrimônio histórico como pertencente ao meio ambiente, este em sua vertente cultural.

Assim como na Constituição brasileira a Carta espanhola faz referência expressa ao patrimônio histórico. Isso se dá no art. 46, cujo texto é o seguinte:

Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.<sup>33</sup>

Por seu turno, a Lei 16 de 25 de junho de 1985 é a norma que, atualmente, confere efetividade ao texto constitucional, quando se trata de proteção do patrimônio histórico de um Estado que atualmente conta com 40 sítios culturais considerados patrimônio mundial pela UNESCO<sup>34</sup>. É o que se extrai do primeiro parágrafo do preâmbulo da lei:

El Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. La protección y el enriquecimiento de los bienes que lo integran constituyen obligaciones fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos, según el mandato que a los mismo dirige el artículo 46 de la norma constitucional.<sup>35</sup>

A propósito, Molina destaca que, à vista do que preceituam os artigos 46 e 148.1.16 da Constituição espanhola, a proteção do patrimônio cultural espanhol é fortemente descentralizada, cabendo às Comunidades Autônomas a

---

<sup>33</sup> Livre tradução do autor: “Os poderes públicos garantirão a conservação e promoverão o enriquecimento do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha e dos bens que o integram, qualquer que seja seu regime jurídico e sua titularidade. A lei penal sancionará os atentados contra esse patrimônio.”

<sup>34</sup> Disponível em < [https://es.unesco.org/system/files/countries/Importing/esp\\_facts\\_figures.pdf](https://es.unesco.org/system/files/countries/Importing/esp_facts_figures.pdf) > Acesso em 6 dez. 2018.

<sup>35</sup> Livre tradução do autor: “O Patrimônio Histórico Espanhol é o principal testemunho da contribuição histórica dos espanhóis à civilização universal e de sua capacidade criativa contemporânea. A proteção e o enriquecimento dos bens que o integram constituem obrigações fundamentais que vinculam a todos os poderes públicos segundo o mandato que aos eles dirige o artigo 46 da norma constitucional.”

assunção das competências normativa e gestora atinentes à matéria.<sup>36</sup>

A concepção legal de patrimônio histórico, na Espanha, é extraída do art. 1.2 da Lei n. 16/85 (Lei do Patrimônio Histórico Espanhol - LPHE), que assim dispõe:

Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico.<sup>37</sup>

No tocante ao conceito legal, Alvarez faz uma crítica, dizendo que a opção do legislador não se afigura a mais acertada, pois “[l]a Constitución habla del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico, y nos parece que ésta es la referencia más comprensiva y perfecta”.<sup>38</sup>

Segundo Alvarez, a lei deveria considerar que são três os aspectos relevantes do conjunto de bens digno de proteção, que são o histórico, o artístico e o cultural, sendo a opção por um único termo inevitável, a mais abrangente seria Patrimônio Cultural, tal como adota, por exemplo, a UNESCO em suas normativas atinentes à proteção de bens especiais.<sup>39</sup>

Ainda conforme o preâmbulo, a LPHE veio para consagrar uma nova definição do patrimônio histórico, ampliando sua extensão para incluir em tal conceito os bens móveis e imóveis, patrimônio arqueológico e etnográfico, os museus, arquivos e bibliotecas públicas, assim como o patrimônio documental e bibliográfico.<sup>40</sup>

Como foi ressaltado por Vilar, a aparição do homem na Espanha remete ao período paleolítico.<sup>41</sup> E dele resultou o patrimônio histórico advindo de

<sup>36</sup> MOLINA GIMÉNEZ, Andrés. **Régimen jurídico de la protección de los bienes culturales em España**. In: BARCIELA, C; LÓPEZ, I.; MELGAREJO, J. (orgs.) Los bienes culturales y su aportación al desarrollo sostenible. Alicante: Universidad de Alicante. p. 61.

<sup>37</sup> Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019.

<sup>38</sup> ALVAREZ ALVAREZ, José Luis. **Estudios sobre el patrimonio historico español y la Ley de 25 de junio de 1985**. Madri: Editorial Civitas, 1989. p. 91.

<sup>39</sup> ALVAREZ ALVAREZ, José Luis. **Estudios sobre el patrimonio historico español y la Ley de 25 de junio de 1985**. Madri: Editorial Civitas, 1989. p.91

<sup>40</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019.

<sup>41</sup> “La aparición del hombre en España fue precoz. Los abundantes restos paleolíticos jalonan a veces lugares designados para grandes destinos, como Madrid. Cantabria nos muestra en

manifestações humanas das mais primitivas, passando pelo início da civilização ocidental até a contemporaneidade, em que compartilham a atenção de estudiosos e admiradores obras de eras absolutamente distintas umas das outras.

Nesse contexto, Monterroso explica que

Si bien ya ha mencionado en algún momento la interrelación entre patrimonio e historia, existen varias razones por las que es preciso asociar estos dos conceptos. La primera se podría calificar como íntima, puesto que tiene que ver con la disciplina del patrimonio; se trata de su naturaleza histórica, en la medida en que los valores y los conceptos que informan la conservación y tutela de éste, poseen un carácter cambiante, lo cual ha provocado que su objeto de atención variase en función de los avatares históricos. La segunda tendría un valor circunstancial, de por sí también histórico, ya que la idea de conservar y proteger el patrimonio cultural surge con intensidad dentro de una sociedad – la sociedad contemporánea – caracterizada por su dinamismo.<sup>42</sup>

Destarte, nada mais natural que naquele país sobeje patrimônio com reminiscência histórica, ainda que dentro de um contexto maior não represente algo significativo a ponto de merecer a tutela estatal.

Assim, a fim de não superestimar a concepção de patrimônio histórico, para fins de proteção legal e de sujeição a medidas administrativas e judiciais, a própria Lei do Patrimônio Histórico da Espanha (LPHE) previu em seu preâmbulo:

Ello no supone que las medidas de protección y fomento se desplieguen de modo uniforme sobre la totalidad de los bienes que se consideran integrantes, en virtud de la Ley, de nuestro Patrimonio Histórico. La Ley establece distintos niveles de protección que se corresponden con diferentes categorías legales. La más genérica y que da nombre a la propia Ley es la de Patrimonio histórico Español, constituido éste por todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura

---

Altamira, en el período magdaleniense, la ‘Capilla Sixtina del arte prehistórico’; luego, en los confines del neolítico y de la edad de cobre, Andalucía es de nuevo un centro de progreso humano.” In: VILAR, Pierre. **Historia de España**. Tradução de TUÑON LARA, Manuel; SUSO SORIA, Jesús. Barcelona: Austral, 2017. p. 23. Livre tradução do autor: A aparência do homem na Espanha foi precoce. O abundante Paleolítico, por vezes, marca lugares designados para grandes destinos, como Madrid. A Cantábria nos mostra em Altamira, no período de Madalena, a "Capela Sistina da arte pré-histórica"; depois, nos confins do Neolítico e da era do cobre, a Andaluzia é novamente um centro do progresso humano.

<sup>42</sup> MONTERROSO MONTERO, Juan M.. **Protección y conservación del patrimonio**. Principios teóricos. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións, 2001. p. 25.

universal. En torno a ese concepto se estructuran las medidas esenciales de la Ley y se precisan las técnicas de intervención que son competencia de la Administración del Estado, en particular, su defensa contra la exportación ilícita y su protección frente a la expoliación.<sup>43</sup>

Torres, assim, faz uma importante advertência quanto à interpretação do conteúdo da referida lei, ao dizer que “a pesar de que el artículo 1.2 contiene una definición bastante prolija, ya se ha dicho que el valor presente en todos los bienes del patrimonio histórico es el cultural, que aparece mencionado en el art. 46 CE.”<sup>44</sup>

Segundo a linha proposta pela LPHE, o conceito atual de patrimônio histórico é determinado pela capacidade dos bens que o compõem de representar aspectos das sociedades passadas, ou se relacionem tais bens com manifestações de antepassados na busca de soluções a problemas que os afligiam, por meio de respostas determinadas que podemos conhecer nos dias de hoje.<sup>45</sup>

Sob outra concepção, Morales ensina que as expressões “patrimonio histórico, patrimonio cultural y bienes culturales se emplean indistintamente y con el valor de sinónimos para referirse a una misma realidad: las manifestaciones y testimonios significativos de la civilización humana.”<sup>46</sup>

Ainda de acordo com Morales, a primeira vez que no plano internacional foi utilizada a expressão “bens culturais” foi na Convenção de Haia,

---

<sup>43</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019. Livre tradução do autor: Isso não significa que as medidas de proteção e promoção sejam implantadas uniformemente sobre todos os bens que são considerados membros, em virtude da Lei, de nosso Patrimônio Histórico. A lei estabelece diferentes níveis de proteção que correspondem a diferentes categorias jurídicas. O mais genérico e que dá nome à própria Lei é o Patrimônio Histórico Espanhol, constituído por todos aqueles bens de valor histórico, artístico, científico ou técnico que compõem a contribuição da Espanha à cultura universal. Em torno deste conceito estruturam-se as medidas essenciais do Direito e especificam-se as técnicas de intervenção de responsabilidade da Administração do Estado, em particular, a sua defesa contra a exportação ilícita e a sua proteção contra a espoliação.

<sup>44</sup> HERNÁNDEZ TORRES, Estefanía. **Patrimonio histórico y registro de la propiedad**. Madri: Réus Editorial, 2018. p. 73. Livre tradução do autor: Embora o artigo 1.2 contenha uma definição bastante clara, já foi dito que o valor que precede todos os bens do patrimônio histórico é o valor cultural, mencionado no art. 46 CE.

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ TORRES, Estefanía. **Patrimonio histórico y registro de la propiedad**. Madri: Réus Editorial, 2018. p. 74.

<sup>46</sup> MORALES, Alfredo J. **Patrimonio histórico-artístico**. Madri: Historia 16, 1996. p. 9. Livre tradução do autor: patrimônio histórico, patrimônio cultural e bens culturais são usados de forma indistinta e com o valor de sinônimos para se referir à mesma realidade: as manifestações e testemunhos significativos da civilização humana.

no ano de 1954, pacto celebrado para proteção de tais bens no caso de guerra.<sup>47</sup>

Acerca da relevância da preservação do patrimônio cultural – aqui compreendido em sentido amplo –, Melgarejo, Molina e Ortiz enfatizam que dito patrimônio, na atualidade, tanto em países desenvolvidos como naqueles tidos como emergentes, é componente fundamental para o processo de desenvolvimento sustentável, enfatizando-se a criatividade e a inovação.<sup>48</sup>

No que tange ao início da proteção legal aos bens culturais, o art. 9º da LPHE determina que “[g]ozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada.”<sup>49</sup> Assim, a declaração de interesse cultural se apresenta, salvo melhor juízo, *conditio sine qua non* para a oficialização da tutela estatal do patrimônio histórico na Espanha, o que, na prática, serve para conferir certo rigor na classificação e certificação de bens de interesse cultural (BIC).

A única vedação aparente à declaração de interesse cultural incide sobre os bens de autores vivos, salvo se o autor expressamente autorizar tal declaração ou se o bem for adquirido pelo Poder Público (art. 9.4).<sup>50</sup>

No caso dos bens imóveis, destaca a LPHE, em seu art. 14, que estes podem ser considerados, para fins de proteção estatal, além daqueles a que refere o art. 334 do Código Civil, os monumentos, jardins, conjuntos e locais históricos, bem como zonas arqueológicas, todos eles como patrimônio de interesse cultural. A conceituação de cada um desses bens especiais e o procedimento de individualização e tutela são regulamentados pelos artigos 15 a 25, além do disposto no Título IV da LPHE.<sup>51</sup>

O destaque da proteção dos bens móveis está no item 4 do art. 26, pois em referido dispositivo o legislador compele ao cidadão comum, possuidor

<sup>47</sup> MORALES, Alfredo J. **Patrimonio histórico-artístico**. Madri: Historia 16, 1996. p. 9

<sup>48</sup> MELGAREJO MORENO, J; MARTÍ, P; MOLINA GIMÉNEZ, A. (eds.). **Agua, arquitectura y paisaje en Europa**. Sant Vicent del Raspeig: Universitat d' Alacant, 2016. p. 13.

<sup>49</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019. Livre tradução do autor: gozarão de proteção e proteção singular os bens pertencentes ao Património Histórico espanhol declarados de interesse cultural por esta Lei ou por Decreto Real de forma individualizada.

<sup>50</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019.

<sup>51</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019.

de bem com possível interesse histórico-cultural – a depender da interpretação da lei –, assim como aos que habitualmente comercializem bens de cunho histórico, a comunicar à Administração da existência de tais bens e do interesse em aliená-los a outrem. Vejamos:

Los propietarios o poseedores de los bienes muebles que reúnan el valor y características que se señalen reglamentariamente quedan obligados a comunicar a la Administración competente la existencia de estos objetos, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros. Igual obligación se establece para las personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, que deberán, además, formalizar ante dicha Administración un libro de registro de las transmisiones que realicen sobre aquellos objetos.<sup>52</sup>

O art. 40 da LPHE define o patrimônio arqueológico sujeito à proteção especial da seguinte forma:

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo, de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes.

2. Quedan declarados Bienes de Interés Cultural por ministerio de esta Ley las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre.<sup>53</sup>

Na condição de patrimônio etnográfico estão, segundo o art. 46, “los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han

<sup>52</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019. Livre tradução do autor: Os proprietários ou titulares de bens móveis que satisfaçam o valor e as características estabelecidas nos regulamentos são obrigados a notificar a Administração competente da existência desses objetos, antes de prosseguir com a sua venda ou transmissão a terceiros. A mesma obrigação é estabelecida para pessoas ou entidades que habitualmente realizam comércio de bens móveis que fazem parte do Patrimônio Histórico Espanhol, que deve, além disso, formalizar perante a referida Administração um livro de registros das transmissões que eles fazem nesses objetos.

<sup>53</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019. Livre tradução do autor: 1. De acordo com o disposto no artigo 1 desta Lei, o Patrimônio Histórico espanhol faz parte de bens móveis ou imóveis de natureza histórica, que podem ser estudados com metodologia arqueológica, tenham ou não sido extraídos e estejam ou não em a superfície ou no subsolo, no mar territorial ou na plataforma continental. Também fazem parte deste Patrimônio os elementos geológicos e paleontológicos relacionados à história do homem e suas origens e antecedentes. 2. Os bens de interesse cultural pelo ministério desta lei são declarados como cavernas, abrigos e locais que contêm manifestações de arte rupestre.

sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales.”<sup>54</sup>

Por fim, os arts. 48 e 59 da LPHE dedicam-se a tratar dos demais bens passíveis de proteção por sua condição histórica: os museus, arquivos e bibliotecas públicas, assim como o patrimônio documental e bibliográfico.

Em momento oportuno, no capítulo 2 deste trabalho, tratar-se-á da ação popular (art. 10) como uma das formas de proteção do patrimônio a que alude a LPHE.

Apenas para fins de registro, é necessário mencionar, ainda, neste capítulo, a existência da Lei n. 10/2015 (de 26 de maio)<sup>55</sup>, unicamente destinada à proteção do Patrimônio Cultural Imaterial da Espanha, o que não será objeto de estudo deste trabalho.

## **1.5 A divisão das competências do Poder Público no Brasil e na Espanha: a questão ambiental-cultural**

### 1.5.1 O federalismo do Brasil e o meio ambiente

O Brasil ostenta a forma de estado federalista em que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem autonomia regrada pela Constituição. A federação, nesse contexto, nada mais é do que o conjunto de coletividades políticas autônomas (art. 18) e essa autonomia é fundada em dois elementos básicos: “existência de órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas”.<sup>56</sup>

Competência, segundo Silva, trata-se da

faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. *Competências* são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20 jan. 2019. Livre tradução do autor: bens móveis e imóveis e conhecimentos e atividades que são ou têm sido expressão relevante da cultura tradicional do povo espanhol em seus aspectos materiais, sociais ou espirituais.

<sup>55</sup> ESPANHA. **Lei n. 10/2015**. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/05/26/10/con>> Acesso em 25 abr. 2019.

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 481

Coube aos artigos 21 a 24 da Constituição Federal definir as competências dos entes federativos. Em matéria ambiental, assim restou assentado:

a) competência da União: a União, segundo Silva, figura em posição de supremacia, incumbindo-lhe a Constituição, entre outras matérias, a Política geral do Meio Ambiente, atualmente regulamentada pela Lei n. 6.938/81,<sup>58</sup>

b) competência comum: a competência material comum dividida entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23 da CF) é a que mais se relaciona com o objeto deste trabalho. É neste ponto que se trata da proteção do meio ambiente cultural, sendo cumulativa a competência dos referidos entes em se tratando de proteção documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III), além de impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (inciso IV);<sup>59</sup>

c) competência legislativa concorrente: são as competências arroladas no art. 24 da Constituição Federal, destacando-se, para os fins aqui almejados, a “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” (inciso VII). Neste quadrante, a União possui competência apenas para estabelecer normas gerais, cabendo a regulamentação propriamente dita aos demais entes, conforme se extrai do § 1º;

d) competência dos Estados e Distrito Federal: não se encontra na Constituição previsão de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal para matéria ambiental. Sua competência é comum com a União e com os Municípios (art. 23, III, IV, VI e VII), além de

---

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76.

<sup>59</sup> Vide, a respeito, SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 77.

competência legislativa suplementar às normas de caráter geral editadas pela União (art. 24, VI, VII e VIII, além do §2º) <sup>60</sup>. Aliás, conforme lição de Ferreira Filho, os Estados possuem competência remanescente: as que não são da União (arts. 21 e 22) e as que não pertencem aos Municípios, diante de previsão constitucional expressa. <sup>61</sup>

e) competência dos Municípios: de acordo com os incisos III, IV, VI e VII do art. 23 da Constituição Federal, os Municípios detêm competência material comum com a União, com os Estados e com o Distrito Federal. Conforme lição de Silva, muito embora não seja tão clara a Constituição a respeito da competência suplementar dos Municípios, é possível deduzir do texto constitucional que a tais entes compete a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, além de parcelamento e ocupação do solo (art. 30, VIII), o estabelecimento da Política de Desenvolvimento Urbano e estabelecimento do Plano Diretor (art. 182), além da “competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”. <sup>62</sup>

Traçadas as linhas gerais acerca da distribuição de competências estatais em matéria ambiental no Brasil, passa-se à mesma tarefa sob a luz do Direito espanhol.

### 1.5.2 As competências na Espanha

A Espanha é um país autonômico, dividido em 17 Comunidades Autônomas e 2 Cidades Autônomas, tudo conforme foi estabelecido na Constituição de 1978 – ainda em vigor –, seguindo as exigências populares

---

<sup>60</sup> Vide, a respeito, SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78.

<sup>61</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 337

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 79-80.

reconhecimento das idiossincrasias típicas de cada região do país. Trata-se, na realidade, do reconhecimento da autonomia a que alude o art. 2º da Constituição espanhola (CE):

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.<sup>63</sup>

O estudo das competências das Comunidades Autônomas considera que tais entidades territoriais podem se organizar juridicamente, criando seu próprio Direito, cujo reconhecimento é devido pelo Estado (governo nacional) e incorporado ao ordenamento jurídico.<sup>64</sup> É o que se extrai do art. 148 da CE, ao fixar 22 itens de possível assunção de competência das Comunidades, a saber:

- 1º Organización de sus instituciones de autogobierno.
- 2º Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.
- 3º Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.
- 4º Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.
- 5º Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.
- 6º Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.
- 7º La agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.
- 8º Los montes y aprovechamientos forestales.
- 9º La gestión en materia de protección del medio ambiente.
- 10º Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.
- 11º La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.
- 12º Ferias interiores.
- 13º El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.
- 14º La artesanía.

<sup>63</sup> ESPANHA. **Constituição de 1978**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018. Livre tradução do autor: A Constituição baseia-se na indissolúvel unidade da nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, e reconhece e garante o direito à autonomia das nacionalidades e regiões que a integram e a solidariedade entre todas elas.

<sup>64</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 895.

- 15º Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.
- 16º Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.
- 17º El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.
- 18º Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.
- 19º Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.
- 20º Asistencia social.
- 21º Sanidad e higiene.
- 22º La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.<sup>65</sup>

A atribuição de competências às Comunidades Autônomas decorre de um sistema gradual e sucessivo, haja vista a diversidade encontrada entre as Comunidades, permitindo-se que tais entes possam ampliar suas competências, pela via estatutária ou não estatutária. Também se pode dizer que tal atribuição decorre de um sistema dual, com a possibilidade de entrecruzamento de competências e funções sobre uma mesma matéria.<sup>66</sup>

Não se pode perder de vista, contudo, a lição de Conde e Ausina, que, ao tratarem da repartição de competências entre as Comunidades Autônomas espanholas, destacaram:

Una nota esencial a la noción de competencia es su especificidad, es decir, que ha de tratarse de una atribución concreta de potestades o funciones en relación con una determinada materia u objeto. Cuando

---

<sup>65</sup>ESPAÑA. **Constitución de 1978.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018. Livre tradução do autor: 1º Organización de suas instituições de autogoverno. 2º As alterações dos termos municipais incluídas em seu território e, em geral, as funções que correspondem à Administração Estatal sobre as Corporações locais e cuja transferência autoriza a legislação sobre Regime Local. 3º Planejamento territorial, planejamento urbano e habitação. 4º As obras públicas de interesse da Comunidade Autónoma no seu próprio território. 5º As estradas de ferro e estradas cujo itinerário é desenvolvido inteiramente no território da Comunidade Autónoma e, nos mesmos termos, o transporte desenvolvido por estes meios ou por cabo. 6º Os portos de refúgio, portos esportivos e aeroportos e, em geral, aqueles que não desenvolvem atividades comerciais. 7º Agricultura e pecuária, de acordo com a gestão geral da economia. 8º Florestas e exploração florestal. 9º A administração em questão de proteção do ambiente. 10º Os projetos, construção e aproveitamento das utilizações hidráulicas, canais e irrigações de interesse da Comunidade Autónoma; as águas minerais e térmicas. 11º Pesca em águas interiores, marisco e aquacultura, caça e pesca fluvial. 12º Feiras no interior. 13º A promoção do desenvolvimento econômico da Comunidade Autónoma dentro dos objetivos estabelecidos pela política econômica nacional. 14º Artesanato. 15º Museus, bibliotecas e conservatórios de música de interesse para a Comunidade Autónoma. 16º patrimônio monumental de interesse da Comunidade Autónoma. 17º A promoção da cultura, investigação e, quando for o caso, o ensino da língua da Comunidade Autónoma. 18º Promoção e gestão do turismo no seu âmbito territorial. 19ª Promoção do esporte e uso adequado do lazer. 20º Assistência social. 21º Saúde e higiene. 22º Vigilância e proteção de seus edifícios e instalações. A coordenação e outros poderes em relação à polícia local nos termos estabelecidos por uma lei orgânica.

<sup>66</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 895.

este carácter de especificidad falta, no puede hablarse de verdadera competencia, sino simplemente de capacidad o legitimación para actuar en un determinado ámbito.<sup>67</sup>

Conde e Ausina, ao tratarem do art. 149 da CE, propõem a seguinte distinção de matérias quanto à competência do Estado, de modo privativo, daquelas cuja competência de ação é dirigida às Comunidades Autônomas. Antes, porém, ressaltam que, não obstante o *caput* do artigo mencione que ali são tratadas as competências exclusivas do Estado, tal competência possui caráter relativo, uma vez que tal preceptivo, de composição heterogênea, “utiliza una serie de técnicas (reserva de materia, reserva de postetades concretas...) para determinar las competencias del Estado”.<sup>68</sup>

Segundo Alvarez e Tur, num primeiro grupo, de matérias indissociáveis à execução do Estado, estão aquelas relacionadas à soberania estatal e sem as quais sequer há de se falar em Estado.<sup>69</sup>

Um segundo grupo de matérias trata de competência concorrente: ora de atribuição do Estado, ora de atribuição das Comunidades, do seguinte modo: a) competências exclusivas do Estado, que afetam quase todas as matérias incluídas respectiva seção; b) competências exclusivas das Comunidades, especialmente de caráter administrativo, uma vez que a legislação é usualmente reservada ao Estado como competência exclusiva; c) competência compartilhada, em que ao Estado é dada a tarefa de legislar em âmbito geral, ao passo que às Comunidades é conferido o poder de regulamentar tal legislação.<sup>70</sup> Um terceiro grupo engloba as competências compartilhadas em que há matérias em que o Estado reserva a si em algum ponto específico, cabendo às Comunidades o que não estiver expressamente ali contido em tal

---

<sup>67</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 897. Livre tradução do autor: Uma nota essencial para a noção de competência é sua especificidade, isto é, deve ser uma atribuição específica de poderes ou funções em relação a um sujeito ou objeto em particular. Quando esse caráter de especificidade está faltando, não se pode falar de competência verdadeira, mas simplesmente de capacidade ou legitimidade para atuar em uma determinada área.

<sup>68</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; AUSINA, TUR Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 903.

<sup>69</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 904.

<sup>70</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 905.

especificidade.<sup>71</sup>

Por fim, entram na seara das competências remanescentes ou residuais aquelas matérias

no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.<sup>72</sup>

Muito embora trate a Constituição espanhola da proteção do patrimônio cultural, é necessário destacar que referida Carta incumbe aos “poderes públicos”, indistintamente, a tarefa de garantir sua conservação e promover seu enriquecimento, sendo irrelevante o regime jurídico e a titularidade de tal patrimônio.

Assim, a questão tormentosa para a doutrina, segundo Abad Licerias, é “adotar um critério que sirva de referência delimitadora e distributiva entre o Estado e as Comunidades Autônomas nesta matéria.”<sup>73</sup>

A primeira questão tormentosa está no art. 44.1 da CE, cuja redação é a seguinte: “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.”<sup>74</sup>

Já o art. 132.3 da CE estabelece que “Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y

<sup>71</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 905.

<sup>72</sup>ESPANHA. **Constituição de 1978**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018. Art. 149.3 da CE. Livre tradução do autor: não expressamente atribuídas ao Estado por esta Constituição poderão corresponder às Comunidades Autônomas, em virtude dos respectivos Estatutos. A competência sobre as matérias que não tenham sido assumidas pelos Estatutos de Autonomia corresponderá ao Estado, cujas regras prevalecerão, em caso de conflito, sobre as das Comunidades Autônomas em tudo o que não seja atribuído à competência exclusiva desta. A lei estadual será, em todo caso, suplementar ao direito das Comunidades Autônomas.

<sup>73</sup> ABAD LICERIAS, José Maria. La distribución de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas. In: PENCO, Ángel Acedo; CARRASCO, Manuel Peralta. **El régimen jurídico del patrimonio cultural**. Madri: Dykinson, 2016. p. 132.

<sup>74</sup>ESPANHA. **Constituição de 1978**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018. Livre tradução do autor: As autoridades públicas promoverão e tutelarão o acesso à cultura, a que todos têm direito.

conservación”<sup>75</sup>, norma que deve ser conjugada com o art. 149.1.28<sup>a</sup> e art. 149.2.

O art. 149.1.28<sup>a</sup> diz que ao Estado compete a “Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”<sup>76</sup>. Em outras palavras, aquilo que primeiramente se atribuía ao Estado<sup>77</sup>, posteriormente é ampliado à participação das Comunidades Autônomas.

O art. 149.2 novamente invoca a participação das Comunidades Autônomas, nestes termos: “Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”.<sup>78</sup>

Em suma, a Espanha, por não ser Estado federal, mas sim autonômico, prevê em sua constituição a competência legislativa básica de proteção ambiental ao Estado, podendo, contudo, as Comunidades Autônomas estabelecerem regras suplementares de proteção.<sup>79</sup>

Ressalta-se, por fim, na conjunção plano interno com plano internacional, que mais adiante tratar-se-á da questão envolvendo a competência interna espanhola em vista da Convenção de Aarhus,

Resta analisar, a partir deste momento, de que modo os órgãos judiciários, nos dois países estudados, podem ser invocados pelos cidadãos para a efetiva proteção do patrimônio cultural, em cumprimento aos comandos

<sup>75</sup>ESPAÑA. **Constitución de 1978.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018. Livre tradução do autor: Por lei serão regulados o Patrimônio do Estado e o Patrimônio Nacional, sua administração, defesa e conservação.

<sup>76</sup>ESPAÑA. **Constitución de 1978.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018. Livre tradução do autor: Defesa da herança cultural, artística e monumental espanhola contra exportação e espolição; museus, bibliotecas e arquivos de propriedade do Estado, sem prejuízo da sua gestão pelas Comunidades Autônomas.

<sup>77</sup> Leia-se, sob a ótica político-administrativa brasileira, União. Livre tradução do autor: Defesa da herança cultural, artística e monumental espanhola contra exportação e espolição; museus, bibliotecas e arquivos de propriedade do Estado, sem prejuízo da sua gestão pelas Comunidades Autônomas.

<sup>78</sup>ESPAÑA. **Constitución de 1978.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018. Livre tradução do autor: Sem prejuízo dos poderes que podem ser assumidos pelas Comunidades Autônomas, o Estado considerará o serviço da cultura como um dever e uma atribuição essencial e facilitará a comunicação cultural entre as Comunidades Autônomas, de acordo com elas.

<sup>79</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 74.

constitucionais de Brasil e Espanha. Eis o que será visto adiante.

## CAPÍTULO 2<sup>80</sup>

### O ACESSO A UMA DECISÃO JUDICIAL JUSTA E EFICAZ, NO BRASIL E NA ESPANHA, PARA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL<sup>81</sup>

#### 2.1 Os poderes, as funções do Estado e o alcance judicial

Não são raros os estudos, no Brasil e no exterior, dedicados às diversas teorias sobre a divisão de poderes do Estado. Trata-se de matéria elementar à compreensão do próprio tipo de Estado adotado no Brasil, e que tem sua importância ligada às noções de liberdade política, moderação de governos e respeito aos direitos humanos.<sup>82</sup>

A propósito, tratando-se da divisão dos poderes e sua relação com liberdades, Nelson Saldanha acentua que no “ocidente moderno, o clamor liberal contra o governo onipresente e o clamor democrático contra o absolutismo dominante levaram a exigências muito definidas no sentido de uma reorganização do esquema do poder governamental.”<sup>83</sup>

Reinhold Zippelius, ao iniciar a abordagem do tema “separação de poderes”, diz que é, no fundo, a questão mais importante da teoria do Estado, aquela que trata das formas como, nas comunidades dotadas de função e

---

<sup>80</sup> Parte deste e do próximo capítulo contém material extraído do artigo elaborado pelo autor da dissertação intitulado “O direito transnacional e a participação popular na proteção do meio ambiente cultural espanhol”, escrito como requisito da disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, do curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Artigo ainda não publicado.

<sup>81</sup> Parte deste capítulo constou de artigo escrito para a disciplina Teoria Política, do curso de Mestrado da Universidade do Vale do Itajaí, publicado sob o seguinte referencial: FERNANDES, Rafael Salvan. A teoria da separação de poderes de Montesquieu (1689-1755) e de Hans Kelsen (1881-1973) nas leis brasileiras de proteção ao meio ambiente cultural. In: DANTAS, Barbara; FERNANDES, Rafael Salvan. (Org.). Paradigmas da filosofia política: Estudos Aplicados. Vila Velha: Balsamum Editora, 2018.

<sup>82</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4. p. 35-36.

<sup>83</sup> SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 141.

ordenação e de força integradora, podem ser impedidos a concentração de poder e um excesso de dirigismo centralizado.<sup>84</sup>

É preciso ressaltar, para fins deste trabalho, alguns conceitos básicos, que tanto a doutrina nacional quanto a estrangeira, de um lado e de outro com ricos arcabouços, esmiúçam eficazmente a uma melhor compreensão do tema central do estudo. Ganham destaques, aqui, os conceitos diversos do vocábulo “poder” e as acepções mais comuns de “separação” e “divisão” de poderes do Estado.

Se aparentemente a noção de poder se mostra simplória e sem grande relevância do ponto de vista etimológico, podemos ver, a partir de algumas análises doutrinárias, que todo esse simplismo é enganoso.

Para Silva, “[o] *poder* é um fenômeno sociocultural” e que “[o] Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o *poder político* ou *poder estatal*”, cuja função é “coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar”, sendo, portanto, “superior a todos os outros poderes sociais (...)”<sup>85</sup>.

Como dito, há diversas outras concepções sobre a expressão “poder”. Em razão da brevidade deste ensaio, destacamos, além da já exposta visão de Silva, a lição de Amaral Júnior – que se ampara no alemão Ferdinand Lassalle e no dinamarquês Alf Ross –, para quem “[o] poder é relacional”, e acrescenta:

[a] Constituição de um Estado reflete o esquema de poder que funda, que mantém e que anima o Estado. ‘Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são’ (Lassalle). Em contrapartida, a experiência o demonstra, a ordem jurídica posta – mormente se acaso democrática – também é capaz de exercer influxo sobre os fatores reais do poder. A Constituição tem (ou pode ter em certas circunstâncias) força normativa. No Estado de direito, todo poder político é competência jurídica. Não existe poder ‘nu’ independente do direito (Ross).

Na fórmula ‘separação de poderes’, o vocábulo é relativo às esferas de competências do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. A ideia é conter o poder pela sua partilha e comunhão entre diferentes órgãos.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**: ciência política. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016. Série IDP. p. 458.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. e atual. até Emenda Constitucional. n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 109.

<sup>86</sup> In: DIMOULIS, Dimitri. (coord.-geral). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289-290.

Ao tratar da separação de poderes na Constituição brasileira de 1967, Carlos Ayres Britto assim sintetizou os significados de “poder”, de acordo com referida Carta:

Poder Nacional, ou Poder Constituinte, que é titularizado pela Nação e, por isso mesmo, anterior e superior aos ‘Poderes do Estado’; Poder Estatal, ou Poderes do Estado, que são os três órgãos básicos, elementares e supremos da pessoa jurídica União, independentes e harmônicos entre si, de acordo com a dicção expressa do art. 6º da Carta Magna Federal; competência política, ou faculdade de ação jurídica, nos campos da legislação, da execução e da jurisdição; e pessoa pública política, ou simplesmente ‘Estado’, que tanto pode ser a União, quanto as demais pessoas políticas de base territorial (...).<sup>87</sup>

Os conceitos trazidos à literatura jurídica por Ayres Britto, há 37 anos, referindo-se à Constituição de 1967, podem ser perfeitamente transmutados ao presente momento, já sob a égide da Constituição de 1988, como são vistos nos seguintes exemplos: art. 1º, parágrafo único, art. 2º, art. 60, § 4º, III, art. 5º, LXIX, art. 175, *caput*, art. 194, *caput*, art. 216, § 1º, art. 145, II, art. 146, II, todos do corpo da Constituição Federal, e art. 11, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.<sup>88</sup>

A proposta deste trabalho, dentro da limitação própria de sua natureza, é, como já dito na introdução, tratar de algumas questões envolvendo o poder em sua forma a que estão atreladas as três funções estatais típicas: executiva, legislativa e jurisdicional. Como explica Ayres Britto, “a locução ‘Poderes do Estado’ diz respeito aos três órgãos elementares e supremos da União – Executivo, Legislativo e Judiciário (...)”.<sup>89</sup>

Para André Ramos Tavares, “[a]quilo que correntemente se designa como ‘separação de poderes estatais’ é, no fundo, como bem adverte Karl Loewenstein, uma distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado”, devendo ser entendida de maneira figurativa a utilização do termo “poderes”.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> Separação dos poderes na Constituição brasileira. p. 40.

<sup>88</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>89</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4. p. 40.

<sup>90</sup> TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos ‘poderes’ do Estado. Revista

É válida, no mesmo sentido, a lição de Pontes de Miranda, quando explica que

(...) um conceito é o de distinção das *funções* do Estado em função *legislativa*, função *executiva* e função *judiciária*; outro, o de *separação absoluta dos Poderes* segundo tal critério distintivo. Quer se adote o *princípio da separação absoluta*, que não se adote, a distinção existe, porque é de ordem fática, isto é, pertence à natureza dos fatos da vida social. Por outro lado, pode haver separação sem correspondência subjetiva perfeita e, até, sem paridade (...) <sup>91</sup>

Para Hans Kelsen, o “conceito de ‘separação de poderes’ designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos.”<sup>92</sup> Sobre essa concepção peculiar de Kelsen trataremos mais adiante.

É necessário, ainda, destacar que a doutrina costuma alçar à categoria de princípio o dogma da separação de poderes, como se vê, a título de exemplos, nas obras de Paulo Bonavides<sup>93</sup>, Dimitri Dimoulis<sup>94</sup>, Luís Roberto Barroso<sup>95</sup>.

A origem do princípio é ponto controvertido entre os estudiosos. Há quem sustente ter sido Aristóteles<sup>96</sup> o precursor da ideia, já na antiguidade. O nome de Marsílio de Pádua, pensador político da Idade Média, é lembrado por

---

de Direito Constitucional e Internacional. RDCI 29/66; out.-dez./1999. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) Direito Constitucional: organização dos poderes da República. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4. p. 25.

<sup>91</sup> PONTES DE MIRANDA. Independência e harmonia entre os poderes. Revista de Direito Público. RDP 20/9, abr.-jun. 1972. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4. p. 66.

<sup>92</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 385-386.

<sup>93</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 144.

<sup>94</sup> A propósito, eis o conceito de “separação dos poderes” feito pelo referido jurista: “Princípio que impõe a divisão do poder estatal entre grupos de autoridades estatais e a especialização de cada um deles em determinado tipo de competência. Objetiva evitar abusos decorrentes da concentração de poder que comprometeria a liberdade individual”. Vide: DIMOULIS, Dimitri. **Separação dos poderes**. In: \_\_\_\_\_. (coord.-geral). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 370.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

<sup>96</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 166.

Bonavides<sup>97</sup> por ter registrado em sua obra prima, *Defensor Pacis*, a natureza das diferentes funções estatais. Por fim, expoentes da política da Modernidade, como Grotius<sup>98</sup>, John Locke<sup>99</sup> e Montesquieu<sup>100</sup>, sendo este último o mais lembrado e referido filósofo político a tratar do assunto “separação de poderes”, são mencionados comumente pela doutrina.

Neste ponto, convém destacar que a leitura dos textos dos filósofos destacados “indica que nenhum desses pensadores esboçou um esquema de organização estatal semelhante à separação de poderes orgânica e funcional que conhecemos atualmente”, como bem observa Dimoulis.<sup>101</sup> A divisão do poder estatal em funções, a necessidade de fixação das funções típica de cada grupo de autoridade estatal<sup>102</sup>, bem como o reconhecimento de funções atípicas: estas são as nuances próprias da separação de poderes que temos hoje, aspectos que serão abordados doravante.

Canotilho, por sua vez, refere-se a “competências legislativa, executiva e judicial” e acrescenta que separação “pressupõe apenas a existência de órgãos do poder político aos quais são atribuídas competências destinadas à prossecução das tarefas de legislar, governar/administrar e julgar”.<sup>103</sup>

O que se propõe, na sequência, é traçar, ainda que com brevidade, um paralelo entre a concepção tradicional e bastante difundida de separação de poderes na visão de Montesquieu, com aquela apresentada por Hans Kelsen, momento em que será analisado qual teoria predomina no sistema político-

---

<sup>97</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 146.

<sup>98</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 146.

<sup>99</sup> Vide, a título de exemplos: DIMOULIS, Dimitri, **Separação dos poderes**. In: \_\_\_\_\_. (coord.-geral). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 370. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; \_\_\_\_\_. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 142.

<sup>100</sup> Vide, v.g.: DIMOULIS, Dimitri. Separação dos poderes. Dicionário brasileiro de direito constitucional. p. 370. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. Comentários à Constituição do Brasil. p. 142. BONAVIDES, Paulo. Ciência política. p. 146. TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos ‘poderes’ do Estado. p. 25. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984. p. 394.

<sup>101</sup> DIMOULIS, Dimitri. “Separação dos poderes”. In: \_\_\_\_\_. (coord.-geral). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 371.

<sup>102</sup> “DIMOULIS, Dimitri. “Separação dos poderes”. In: \_\_\_\_\_. (coord.-geral). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 371.

<sup>103</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 540.

constitucional brasileiro, em que nenhum Poder exerce com exclusividade as funções indicadas por seu nome.

## 2.2 A separação de poderes no Brasil: Montesquieu ou Kelsen?

O nome mais comumente encontrado na doutrina político-jurídica como sendo o precursor, o ícone da teoria da separação de poderes é Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por barão de La Brède e de Montesquieu, ou simplesmente Montesquieu.

Madison, na clássica obra *O Federalista*, não poupou predicados a qualificar o pensador francês:

O oráculo sempre consultado e citado a respeito é o famoso Montesquieu. Se não foi o autor deste inestimável preceito da ciência política, pelo menos tem o mérito de tê-lo divulgado e recomendado, fazendo com que fosse objeto da universal atenção. (...) <sup>104</sup>

Ferreira Filho é enfático: “[é] com Montesquieu e o *Espírito das leis* que efetivamente nasce a doutrina da separação dos poderes. Marca-a a ideia de uma divisão funcional do Poder em vista da liberdade e segurança individuais.” <sup>105</sup>

É no Capítulo VI do Livro XI de *O Espírito da Leis* que Montesquieu trata do que se convencionou chamar de separação de poderes. O título do capítulo em questão é “Da constituição da Inglaterra”, e assim se inicia:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. <sup>106</sup>

<sup>104</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984. p. 394.

<sup>105</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 167.

<sup>106</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 167-168.

Conquanto Montesquieu tenha apenas aprimorado a doutrina da separação de poderes, cuja origem, como vimos é duvidosa, mas anterior ao ilustre barão francês<sup>107</sup>, é certo que sua marca está gravada nas teorias políticas e jurídicas dos que o sucederam, ao menos em parte considerável das nações ocidentais.

Coube a Montesquieu inserir ao corpo de poderes do Estado aquele destinado à função judicial, função, aliás, que, diante das demais – executiva e legislativa – era tida como nula, pois os juízes eram apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei; (...) seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu vigor”.<sup>108</sup>

A respeito da importância do legado do pensador francês, Bonavides ressalta:

Consta haver Montesquieu cometido equívoco fundamental quando propôs a Constituição da Inglaterra por exemplo vivo relativo à prática daquele princípio de organização política, porquanto na ilha vizinha o que efetivamente se passava era o começo da experiência parlamentar de governo, esbatendo toda a distinção de poderes. Mas ressaltam os bons tratadistas que se erro houve, esse erro há de ter sido fecundo, visto que enriqueceu o constitucionalismo europeu de seu instrumento mais poderoso e mais rígido de proteção e garantia das liberdades individuais, a saber, a separação de poderes.<sup>109</sup>

Assim, ao contrário da divisão de funções entre diferentes poderes estatais, a concentração das funções de legislar, executar e julgar em um único ente era vista como algo ruim, pois tal condição se sucedia nos Estados em que dominava o despotismo e o absolutismo já não mais tolerados nas nações em que o pensamento liberal do século XVIII estava em expansão.

É o que se observa na *magnus opum* de Montesquieu, que adverte:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que possui os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. Entre os turcos, onde estes três poderes estão reunidos na pessoa do sultão, reina um horrível despotismo.<sup>110</sup>

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 146.

<sup>108</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175.

<sup>109</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 147.

<sup>110</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

### 2.2.1 Da visão kelseniana sobre a separação de poderes

Apesar de louvável e tida como fundamental às constituições que a sucederam, a teoria dos poderes, aprimorada por Montesquieu, apresentava-se limitada em relação ao sistema que conhecemos hoje no Brasil. Dizemos isso pois ela pressupunha uma atuação de cada esfera de poder, não obstante equilibrada e adstrita a um necessário sistema de freios e contrapesos – ou a contenção do poder pelo poder –, emoldurada em uma demarcação rígida, que lhe dava o próprio nome.

Isto é, as atribuições do Estado seriam repartidas entre os seus três Poderes Orgânicos, de maneira que nenhum deles pudesse usurpar as funções dos outros e cada qual tivesse força suficiente para conter os demais nos rigorosos limites da própria esfera de ação.<sup>111</sup>

Em suma, as funções de cada poder, previstas na constituição, restringiriam-se àquilo que costumeiramente se espera do legislativo – criação de leis –, do executivo – execução de ações baseadas na lei –, e do judiciário – resolução de conflitos e julgamento de criminosos. Quanto a isso, novamente assinalou Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.<sup>112</sup>

Já no final do século XIX, a doutrina alemã foi eficiente ao bem traçar o conteúdo jurídico da separação de poderes, que, segundo Dimoulis, foi assim baseada em quatro ideias fundamentais: a) o poder estatal é unitário, sendo são divisíveis ou separáveis apenas suas funções ou manifestações concretas; b) a

---

<sup>111</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4.p. 41.

<sup>112</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

divisão do poder ocorre em funções que se diferenciam em razão da finalidade de cada uma delas e da forma de atuação. Apesar de a maioria das constituições prever a existência de três funções estatais – a legislativa, a executiva e a judiciária –, nada impede que outras sejam criadas, assim como ocorreu no Brasil imperial, em que a Constituição de 1824 (art. 10) estabelecia a presença do poder moderador; c) o número de poderes deve ser igual ao de funções do Estado, sendo que a cada poder é atribuída a respectiva função, em efetiva separação orgânica (formal ou subjetiva) dos poderes.<sup>113</sup>

Exceções do imperativo de correspondência são possíveis se forem autorizadas pela Constituição. Nesses casos, temos o fenômeno de ‘cruzamento’ dos poderes, (*Gewaltenverschränkung*), ao qual a doutrina brasileira costuma se referir com o termo ‘funções atípicas’. Trata-se de termo impreciso, pois aquilo que é atípico não é a função-competência, mas o fato de um poder exercer função normalmente exercida por outro.

(...)

Temos uma forma moderada de cruzamento de poderes quando o órgão que é titular de outra função deve atuar junto a órgão de outra função. Isso se verifica no processo legislativo, que impõe a participação do Executivo, incluindo a possibilidade de o Presidente da República vetar a edição de leis (CF, art. 66).<sup>114</sup>

Dos estudiosos das ciências políticas e jurídicas, pós Montesquieu, observamos em Hans Kelsen uma precisa análise da separação de poderes sob um prisma teórico mais receptivo à ideia que admite ser legítima – e necessária – a quebra do rigor do “imperativo de correspondência” de funções, especialmente quando ele assim explica que é “impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”.<sup>115</sup> Para o ícone da Teoria pura do direito, “não existem três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do direito, e essas funções são infra e supraordenadas.”<sup>116</sup>

<sup>113</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Separação dos poderes**. In: \_\_\_\_\_. (coord.-geral). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 371.

<sup>114</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Separação dos poderes**. In: \_\_\_\_\_. (coord.-geral). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 371.

<sup>115</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 386.

<sup>116</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 386.

Assim, segundo Kelsen, nenhum órgão responsável pelas funções estatais detém exclusividade sobre a natureza da tarefa que executa primordialmente, de modo que o executivo e o judiciário por vezes criam norma, por exemplo, tarefa cuja atribuição precípua cabe ao legislativo.

Kelsen afirma que é comum nas constituições que adotam a separação de poderes o executivo ter autorização para decretar, em situações especiais, normas gerais no lugar do legislativo. Mas faz uma ressalva: o legislativo em nenhuma hipótese perde seu direito de regulamentar, de modo positivo, a mesma matéria tratada pelo chefe do executivo. Aliás, este perde a competência de editar norma tão logo o órgão legislativo regulamente a questão. A atuação legislativa do chefe do executivo ocorre quando este tem o poder de veto de projetos de lei aprovados pelo parlamento, ou quando o projeto necessita da sanção executiva para se tornar lei.<sup>117</sup>

São três as formas do exercício da função legislativa pelos tribunais, segundo Kelsen: a primeira ocorre quando o judiciário tem competência para anular leis inconstitucionais; a segunda, quando o judiciário é dotado de competência para anular norma infralegal contrária à lei, ou mesmo se parecer 'desarrazoada'; a terceira, quando a decisão judicial em um caso concreto se torna um precedente para decisão de outros casos semelhantes. "Um tribunal com essa competência cria, por meio a sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo."<sup>118</sup>

Ainda consoante Kelsen,

O controle da legislação e da administração por tribunais tem um nítido significado político dentro de uma monarquia constitucional. Aqui, ele leva a efeito a tendência de manter dois ramos do governo, onde a influência do monarca ainda prevalece, controlados por órgãos independentes dele. O chamado poder judiciário funciona como uma espécie de contrapeso do poder legislativo e do executivo. O desejo de estabelecer tal equilíbrio foi uma das forças motrizes na evolução da monarquia constitucional a partir da monarquia absoluta.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 388.

<sup>118</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 389.

<sup>119</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 402.

A separação entre os poderes judiciário e executivo também não é absoluta, especialmente porque a função judiciária também se presta à execução de normas gerais, tal como faz o executivo.<sup>120</sup>

Particularmente,

a função judiciária consiste em dois atos. Em cada caso concreto, 1) o tribunal estabelece a presença do fato qualificado como delito civil ou criminal por uma norma geral a ser aplicada ao caso dado; e 2) o tribunal ordena uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral na norma a ser aplicada.<sup>121</sup>

Por outro lado, os órgãos do poder executivo detêm certa competência semelhante à judiciária, na medida em que, com base no Direito administrativo, conduzem processos e aplicam sanções aos faltosos. É o que ocorre, por exemplo, nas questões fiscais e sanitárias. Assim como o judiciário está autorizado, pelo Estado, a adotar medidas coercitivas para aplicação da lei e efetividade de suas decisões, o executivo também tal prerrogativa, só que no plano administrativo.<sup>122</sup>

Ainda de acordo com a teoria kelseniana, questão fundamental a diferenciar os órgãos judiciais dos executivos diz respeito à independência dos julgadores. Se por um lado os juízes estão sujeitos apenas às leis, e não às ordens de órgãos superiores, a maior parte das autoridades administrativas está vinculada, hierarquicamente, a um órgão superior, cujos comandos lhes são peremptórios.<sup>123</sup>

A questão dos atos coercitivos praticados pelos órgãos do executivo é motivo de meditação particular. Se é certo que a maioria das constituições admite a ação autônoma dos órgãos administrativos, por meio de medidas coercitivas, para assecuração de suas decisões, nos casos em que tal interferência se mostra a única maneira de prevenir danos a pessoas, é certo também que esta é uma exceção à regra, da ordem jurídica, no sentido que as medidas coercitivas são permitidas apenas como sanções. Aqui não se fala de

---

<sup>120</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 390.

<sup>121</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 391.

<sup>122</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 382.

<sup>123</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 393.

ato executivo de natureza judiciária, mas tão somente de natureza administrativa.<sup>124</sup>

Nos idos da década de 1940, Pontes de Miranda afirmava:

A grande lição dos nossos dias é a de que as Constituições precisam ter aparelho de defesa. Um dos mais eficazes, se não suficientes, necessários, é o da verificação judicial dos atos legislativos e de execução, bem como da própria justiça (...). Nenhum dos poderes pode ser absoluto. Boa política consiste exatamente em diagnosticar a absorção de uns por outros, e enêrgicamente corrigi-la.<sup>125</sup>

No tocante ao controle jurídico da administração pelo judiciário, extrai-se da lição de Kelsen que,

[q]uando órgãos administrativos têm de recorrer a um tribunal ordinário para a imposição da lei administrativa, pode estar dentro da competência do tribunal examinar não apenas a constitucionalidade da lei, mas também a legalidade ou mesmo a utilidade do ato administrativo.<sup>126</sup>

É bem verdade, diga-se de passagem, que o autor em destaque, ao mesmo tempo em que admite a interferência judicial em questões da administração, diz que isso “lança uma luz esclarecedora sobre as deficiências da teoria da separação de poderes”.<sup>127</sup>

Mas aqui reside um ponto polêmico da doutrina de Hans Kelsen, especialmente quando comparada com o direito brasileiro: o ordenamento jurídico brasileiro admite o controle judicial da utilidade do ato administrativo? E no caso de omissão administrativa, da falta de ato específico para um fim esperado por parcela da população, como, por exemplo, o não reconhecimento, pelo Executivo, de determinada edificação como patrimônio histórico<sup>128</sup>, cabe a intervenção judicial? É o que será tratado adiante.

### 2.3. A situação da Espanha

<sup>124</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 398-399.

<sup>125</sup> PONTES DE MIRANDA. **Democracia, liberdade e igualdade**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1945. p. 67.

<sup>126</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 400.

<sup>127</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 400.

<sup>128</sup> Com base na interpretação dada à Constituição e à legislação infraconstitucional.

Enquanto no Brasil a teoria da separação dos poderes é estudada e discutida reiteradamente, haja vista a expressa dicção do art. 2º da Constituição Federal, na Espanha a situação é um pouco diferente.

Apesar de tradicional nas constituições liberais desde a concepção de Montesquieu, o princípio da separação dos poderes se encontra apenas implícito – mas formalmente estabelecido – na Constituição espanhola de 1978, observando-se que os títulos Terceiro (Das Cortes Gerais), Quarto (Do Governo e da Administração) e Sexto (Do Poder Judicial) tratam de cada um dos poderes do Estado espanhol.<sup>129</sup>

A principal observação que se faz quanto à divisão de poderes na Espanha é que lá não há tão claramente, como ocorre no Brasil, por exemplo, uma separação entre os poderes legislativo e judicial. Isso porque

Establece la Constitución en su art. 159 que el Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; 4 a propuesta del Congreso (por mayoría de 3/5), 4 a propuesta del Senado (por idéntica mayoría), 2 a propuesta de CGPJ (Consejo General del Poder Judicial) y dos a propuesta del Gobierno. Recordemos que el Tribunal Constitucional tiene competencias tan importantes como controlar la constitucionalidad de las leyes, resolver conflictos entre órganos constitucionales o resolver los recursos de amparo por la vulneración de los derechos y libertades fundamentales.

Teniendo en cuenta que el CGPJ, formado por 20 vocales, es elegido en su totalidad por Congreso y Senado (12 entre jueces y magistrados, y 8 entre abogados u otros juristas), y que el Presidente del Tribunal Supremo es elegido por el pleno del CGPJ. Además sabiendo que nuestro sistema democrático tiende al fortalecimiento de los partidos políticos frente a la independencia de los diputados y senadores a la hora de ejercer su voto...se aprecia una clara tendencia. Se puede dar la circunstancia de que los 12 miembros del Tribunal Constitucional sean elegidos conforme a los designios de un único cuerpo, el Gobierno, si es capaz de alcanzar las mayorías suficientes para controlar la decisión de Congreso y Senado en la elección para tanto los miembros del CGPJ como del Tribunal Constitucional.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> DATO PÉREZ, Miguel Ángel. **De la separación de poderes**. La razón histórica. Revista hispanoamericana de historia de las ideas. ISSN 1989-2659. Disponível em: <<https://www.revistalarazonhistorica.com/7-6/>> Acesso em 20 jan. 2019.

<sup>130</sup> DATO PÉREZ, Miguel Ángel. **De la separación de poderes**. La razón histórica. Revista hispanoamericana de historia de las ideas. ISSN 1989-2659. Disponível em: <<https://www.revistalarazonhistorica.com/7-6/>> Acesso em 20 jan. 2019. Em livre tradução do autor: “Establece a Constituição em seu art. 159 que o Tribunal Constitucional é composto por 12 membros nomeados pelo rei; 4 indicados pelo Congresso (por maioria de 3/5), 4 pelo Senado (pela mesma maioria), 2 uma proposta CGPJ (Conselho Geral do Poder Judicial) e dois pelo Governo. Lembre-se que o Tribunal Constitucional tem tais habilidades importantes como controlar a constitucionalidade das leis, resolver conflitos entre órgãos constitucionais ou resolver as queixas constitucionais para a violação dos direitos e liberdades fundamentais.

Leva-se em conta que o CGPJ, composto por 20 membros, é eleito totalmente pelo Congresso e Senado (12 juízes e magistrados, e 8 entre os advogados e outros juristas), e que o Presidente do Tribunal é eleito pelo pleno do CGPJ. Além disso, sabendo que o nosso sistema democrático

Ainda é válido acentuar, por outro lado, que

Hoy día, la posición del Poder Judicial en el Estado social y democrático de Derecho implica, pues, el rechazo de los planteamientos teóricos de Montesquieu, su subordinación al imperio de la ley, la exigencia de un control democrático del Poder Judicial y la necesidad de que el mismo colabore con los demás poderes públicos en el asentamiento de los principios y valores constitucionales.<sup>131</sup>

Mas, como não é pretensão deste trabalho abordar de que forma ocorrem as escolhas dos juízes na Espanha, nem emitir opinião a respeito do sistema judicial do país europeu, limitar-se-á, no último capítulo, à apreciação de alguns aspectos de decisões brasileiras e espanholas a respeito da participação popular, via judicial, na proteção do patrimônio histórico. E, para tanto, é suficiente que se tenha em mente que a função judicial, na Espanha, assim como no Brasil, é bem delimitada e atende, guardadas as proporções que a modernidade impõe, ao padrão mínimo e claro de divisão de poderes.

Em outras palavras, pelo que impõe a Constituição espanhola<sup>132</sup> de 1978, cabe ao Poder Judiciário funções muito semelhantes às que a Constituição brasileira estabelece aos juízes do Brasil, e é isso que interessa ao estudo ora desenvolvido.

---

tende a fortalecer os partidos políticos contra a independência dos deputados e senadores quando exercem o seu voto .... Uma tendência clara é apreciada. Pode ser dado o fato de que os 12 membros do Tribunal Constitucional são eleitos de acordo com os desenhos de um único corpo, o Governo, se ele é capaz de alcançar maiorias suficientes para controlar a decisão do Congresso e do Senado na eleição para ambos os membros do CGPJ a partir do Tribunal Constitucional.”

<sup>131</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 724.

<sup>132</sup>ESPANHA. **Constituição de 1978**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

“Artículo 117. 1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. 2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. [...]”

## 2.4 A questão do acesso à justiça

O acesso à justiça, nos moldes em que hoje o vimos no ordenamento brasileiro, é próprio das constituições do século XX, que buscaram associar liberdades clássicas, dentre elas as de cunho processual, com direitos sociais, possibilitando ao cidadão o peticionamento direto aos juízes.<sup>133</sup>

De acordo com Cappelletti e Garth, apesar de a expressão “acesso à justiça” ser de difícil definição, ela serve para determinar duas finalidades essenciais do sistema jurídico, sendo uma delas o acesso em pé de igualdade a todos e a outra o dever de produzir resultados tanto individualmente como socialmente justos.<sup>134</sup>

A ligação entre acesso à justiça e democracia é evidente e está representada pelo rompimento das barreiras que podem privar o cidadão desprovido de recursos financeiros de reclamar e pedir ao Judiciário, assim como pela garantia de que a resposta a ser obtida do órgão julgador é derivada de agente imparcial e tem o condão de produzir efeitos práticos, de acordo com o que dispõe a lei.

Sem perder de vista essa ligação entre acesso à justiça e democracia, Cappelletti e Garth, em estudo de direito comparado publicado no final da década de 1970, identificaram o conjunto de fenômenos que identificaram como as três ondas renovatórias de acesso à justiça.<sup>135</sup>

A primeira vem da década de 1960, que trata da facilitação do acesso ao Judiciário pelas pessoas economicamente hipossuficientes, o que atualmente se vê na Constituição brasileira no art. 5º, LXXIV, e art. 134.<sup>136</sup>

Num segundo momento, os autores tratam da onda de acesso que viabilizou as demandas para defesa dos direitos fundamentais de terceira dimensão, expressados por questões difusas<sup>137</sup> (e coletivas). Neste ponto,

---

<sup>133</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 360-361.

<sup>134</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

<sup>135</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 31.

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 31-49.

<sup>137</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49-67.

ganham ênfase a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo.

Por fim, a terceira onda foi denominada “enfoque de acesso à justiça”, e incluía os posicionamentos anteriores, mas indo além deles. Veio com o intuito de estimular a mudança de regras processuais, de modo a tornar não apenas mais simples o acesso, mas também mais garantir eficácia social às ações judiciais.<sup>138</sup> Um importante exemplo desta última onda, no Brasil, é a criação dos Juizados Especiais Cíveis (Leis n. 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09).

Ao abordar a correlação entre processo e democracia, Abreu destaca que, sendo uma expressão aberta, “acesso à justiça” é visto pela doutrina sob um duplo sentido, sendo o primeiro alusivo ao acesso ao Poder Judiciário, e o segundo, “a partir de uma visão axiológica da expressão justiça, interpreta o acesso a ela como o ingresso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”, abrangendo o primeiro significado, inclusive.<sup>139</sup>

Em outras palavras, o enfoque da primeira abordagem é mais restrito, ligado à possibilidade de litigar diretamente em juízo, ao passo que a segunda abordagem, mais ampla, traz consigo a preocupação além da garantia do direito de petição ou ainda de natureza meramente processual, mas materialmente ligada aos direitos fundamentais humanos.

E diante da prevalência da segunda abordagem que o Poder Judiciário vem sendo chamado a atuar frequência cada vez maior para dirimir conflitos de ordem ambiental, aqui enfatizados os pertinentes ao direito humano de acesso e defesa à água potável.

Para Abreu,

O Judiciário, na democracia contemporânea, tem um papel indeclinável. Concebido autonomamente, numa visão liberal de funções, fundante o Estado Moderno, assume novos desafios nesse novo patamar civilizatório, principalmente em países emergentes, como o Brasil, transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 31, 67-73.

<sup>139</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. In: LAMY, Eduardo de Avelar; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coords.). Coleção Ensaios de Processo Civil. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 339-340.

<sup>140</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. In: LAMY, Eduardo de Avelar; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coords.). Coleção Ensaios de Processo Civil. p. 248.

Mas esse simples acesso não é o bastante. Clève<sup>141</sup> faz importante advertência:

Afirma-se: não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa.

E uma das possíveis soluções apontadas por Clève para que se chegue, enfim, a uma justiça efetiva, com o cidadão recebendo do Judiciário uma decisão justa, é a vigorização das ações de abrangência coletiva<sup>142</sup>, em verdadeira guinada à tradicional concepção liberal individualista própria do Estado Moderno.<sup>143</sup>

## 2.5 Notas sobre o acesso à justiça espanhola

Na doutrina espanhola, Conde e Ausina advertem que o Poder Judiciário dentro de um Estado social e democrático de Direito não pode permanecer à margem da evolução desse próprio Estado de Direito.<sup>144</sup>

Esta advertência mostra-se relevante na medida em que se percebe que, assim como no Brasil, a comunidade jurídica espanhola converge no sentido de enaltecer a característica e importância de um Judiciário democrático, aberto ao povo e sensível à mudança de paradigmas.

E é em momentos de crises, tais como a econômica, que a independência judicial é testada, especialmente nas ocasiões em que se exige o controle da força estatal, por vezes arbitrária, visando sempre à proteção dos direitos fundamentais.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: **autonomia e justiça**. Revista dos Tribunais, RT 691/34, maio/1993. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. IV. p.671.

<sup>142</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário**: autonomia e justiça. p. 671.

<sup>143</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 96.

<sup>144</sup> CONDE, Enrique Álvarez; AUSINA, Rosario Tur. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 724.

<sup>145</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 724.

Outro papel do Judiciário, destacam Alvarez e Tur é o de “reducir la conflictividad social, convirtiéndose de este modo en una fuente de legitimación del propio sistema político”.<sup>146</sup>

E essa missão decorre não apenas por se tratar, o Judiciário, do poder destacado na divisão montesquiana para imposição da lei em nome do Estado, mas principalmente por ser o poder do qual se espera a aplicação do Direito, inclusive cabendo-lhe produzir autênticas normas jurídicas.<sup>147</sup>

Es decir, las transformaciones del Estado liberal van a suponer una ampliación de las funciones del Poder Judicial, que se extenderán al control del Gobierno y de la Administración. Asimismo, al perder la ley su carácter general y convertirse las normas del legislador en algo más complejo y equívoco, se produce una mayor libertad para los jueces, de tal forma que la división de poderes y el propio principio democrático se van a ver afectados.<sup>148</sup>

É aqui que o juiz abandona sua postura de autômato aplicador da lei e para se converter em titular do poder do Estado, com notável distinção delimitativa de ação – mais ampla, por conta do princípio da “plenitude jurisdiccional” – em vista dos outros Poderes estatais.<sup>149</sup>

## 2.6 O controle de ações administrativas pelo Judiciário

Algumas questões relativas à atuação judicial estão ligadas ao modo que o Poder Judiciário, seja no Brasil, seja na Espanha, pode agir, quando provocado, bem como de que forma a extensão dessa ação pode ser utilizada como parâmetro para evitar excessos, ainda que decorrentes de propósitos bem intencionados, principalmente quando o que está *sub examine* é o controle judicial de atos administrativos.

Antes de invocarmos as lições doutrinárias a respeito, convém fixar o entendimento de que o controle judicial da utilidade do ato administrativo corresponde ao controle, pelo Poder Judiciário, do já conhecido binômio

<sup>146</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 724. Livre tradução do autor: “reduzir a conflitualidade social, tornando-se assim uma fonte de legitimidade do próprio sistema político.”

<sup>147</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 724.

<sup>148</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 722.

<sup>149</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017. p. 722.

conveniência e oportunidade, característico dos atos administrativos chamados de discricionários.<sup>150</sup>

Segundo Hugo Nigro Mazzilli,

[o] Poder Judiciário pode rever tanto o ato administrativo comissivo como o omissivo, nas seguintes hipóteses: *a)* o ato administrativo vinculado ou discricionário sob os aspectos de competência e legalidade; *b)* o ato administrativo vinculado, na sua fundamentação; *c)* o ato administrativo vinculado ou discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou finalidade, ou evidente desvio de eficiência ou de razoabilidade; *d)* o ato administrativo discricionário, no mérito, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo, e assim fica vinculada a seus motivos determinantes; *e)* o ato administrativo de reação impositiva.<sup>151</sup>

Para Mancuso, a ação civil pública é o instrumento previsto na lei brasileira adequado para o controle (judicial) de atos de governo, incluindo-se aqui as chamadas políticas públicas. Conforme referido jurista,

(...) o entendimento contemporâneo é que apenas ficam poupados do contraste judicial os atos *puramente discricionários* ou os *exclusivamente políticos* (que, a rigor, hoje são muito reduzidos, como se dá, *v.g.*, na escolha, pela autoridade competente, de um nome para ocupar certo cargo público, dentre os que compõem uma lista tríplice; ou, ainda, a deliberação governamental para o início do processo tendente à alteração do padrão monetário nacional).<sup>152</sup>

Malgrado possa haver divergências de entendimentos quanto à extensão da atuação do Poder Judiciário nos chamados atos políticos ou atos administrativos discricionários, certo que é que a sindicabilidade de tais atos é prontamente admitida, se minimamente for identificada a presença de algum elemento vinculante ao administrador.

---

<sup>150</sup> Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[há hipóteses em que] o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.” (Direito administrativo. 29. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254-255)

<sup>151</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 186.

<sup>152</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores** – Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 53.

Em outras palavras, a indisponibilidade do interesse público<sup>153</sup> é, por si só, fundamento mais que suficiente para tornar um ato administrativo discricionário em vinculado, afastando do administrador a voluntariedade e a facultatividade próprias do já superado entendimento que conferia ao chefe do executivo liberdade plena para agir – e o modo de agir – ou omitir-se diante de possível chamado não literal da lei.

Não estamos aqui invocando, como fundamento para justificar essa ação dos tribunais, aquilo que a doutrina convencionou chamar de “ativismo judicial”<sup>154</sup>. De forma alguma. O que veremos adiante é que o Poder Judiciário, no Brasil, seguindo a linha de divisão de funções políticas de Kelsen, pode ser a seara legítima, do ponto de vista constitucional, para asseguuração da integridade do meio ambiente cultural.

Visando a uma melhor compreensão do que propomos, reputamos necessário observar atentamente o que prevê o art. 216, e, especialmente, seu primeiro parágrafo, da Constituição Federal<sup>155</sup>:

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

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, **promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação,**

---

<sup>153</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores** – Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 53.

<sup>154</sup> O termo *ativismo*, segundo Tavares, “Costuma ser empregado [com conotação negativa] para indicar a atuação judicial que ultrapassa os limites próprios e tradicionais do Judiciário ou da Justiça Constitucional. Em uma definição mais direta, ativismo judicial é a atividade decisória judicial (ou de Tribunal Constitucional *ad hoc* do Judiciário) adotada com usurpação de funções ou excesso.” Modernamente, “o ativismo judicial tem sido caracterizado como a tomada de espaço decisório-político do Parlamento (e do Executivo, via regulamentos e medidas provisórias) por parte do Judiciário e da Justiça Constitucional.” In: *Ativismo Judicial*. DIMOULIS, Dimitri. (coord.-geral). Dicionário brasileiro de direito constitucional. p. 49.

<sup>155</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 20 dez. 2017.

**e de outras formas de acautelamento e preservação.** (sem grifos no original)

Quanto à dissecação do conteúdo do conceito de patrimônio cultural, o fez-se em outra oportunidade.

Chama-nos a atenção, porém, as formas de proteção expressamente referidas na Constituição, além da abertura de cláusula observada na expressão “e de outras formas de acautelamento e preservação” do patrimônio cultural brasileiro, pois é nesse ponto que reside o espaço, acreditamos, necessário para chamada do Judiciário, com vistas ao suprimento de omissão do Poder Executivo – e até do Legislativo, em alguns casos.<sup>156</sup>

Não desconhecemos, como já tido neste trabalho, ser de competência comum (ou concorrente, segundo a doutrina) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o patrimônio cultural (art. 23, III e IV, da Constituição Federal de 1988). De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero,

Competências administrativas correspondem aos poderes jurídicos de caráter não legislativo ou jurisdicional atribuídos pela CF aos diversos entes da Federação. Tais competências, que também costumam ser chamadas de competências materiais, dizem respeito à tomada de decisões de natureza político-administrativa, execução de políticas públicas e a gestão em geral da administração pública em todos os níveis federativos.<sup>157</sup>

Mas a questão que resta pendente é: e quando nenhum dos entes aludidos pela Constituição age no cumprimento estrito de sua obrigação constitucional – com ênfase, neste questionamento à proteção do patrimônio cultural?

A doutrina e a jurisprudência trazem a resposta, sempre amparadas na Constituição e nas leis a que se submetem. E essa resposta indica, sem

---

<sup>156</sup> Nesse sentido, Fiorillo, ao tratar do tombamento, instituto mais abordado pela doutrina brasileira, quando se trata de proteção de patrimônio cultural, ensina: “A doutrina administrativa possui uma forte concepção de que o tombamento é ato exclusivamente administrativo. Todavia, segundo nosso entendimento, não há proibição de legislar-se sobre o tombamento, pois, se assim fosse, estaríamos suprimindo uma atividade legislativa sem qualquer amparo constitucional. Argumenta-se que o tombamento é ato administrativo da autoridade competente e não função abstrata da lei, de forma que esta tão somente estabelece as regras para sua efetivação. (...) Vale frisar a vantagem de um tombamento instituído por lei, pois só poderá ser desfeito se a medida também tiver sua gênese em ato do Poder Legislativo, respeitada a competência legislativa de cada um dos entes políticos.” (Curso de direito ambiental brasileiro. p. 411.)

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. e-book. p. 888.

necessidade de interpretações esotéricas e juridicamente questionáveis, que, seja pela via do reconhecimento incidental do valor cultural de determinado bem, seja pela via do tombamento, podem os juízes serem chamados a decidir, legitimamente, casos de omissão executiva, no tocante à tutela do meio ambiente cultural.<sup>158</sup>

A Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto à possibilidade de acionamento do Poder Judiciário quando se trata do enfrentamento de questões ligadas ao patrimônio cultural. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao **patrimônio histórico e cultural**, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (sem grifos no original)

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do **meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos**. (sem grifos no original)<sup>159</sup>

No primeiro caso, o cidadão é autorizado constitucionalmente a demandar em juízo para proteção, entre outras coisas, do patrimônio histórico e cultural<sup>160</sup>; no segundo caso, o legitimado é o Ministério Público, que tem na ação civil pública<sup>161</sup> o instrumento adequado para tanto.

<sup>158</sup> Nesse sentido, é pertinente a lição de Ana Maria Moreira Marchesan: “A Seção II do Capítulo III do Título VIII da Constituição Federal traduz a visão do legislador constitucional como sendo condizente com o que há de mais moderno na matéria. Hodiernamente, parece indiscutível o entendimento de serem os bens culturais integrantes do todo formado pelos bens ambientais. Partindo-se dessa premissa, é possível afirmar que todo o resguardo legal hoje assegurado ao patrimônio natural pode ser progressivamente estendido ao patrimônio cultural.” Excerto retirado de: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A proteção constitucional ao patrimônio cultural**. *Revista de Direito Ambiental*. RDA 20/111, out.-dez./2000. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) *Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3. p. 32.

<sup>159</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>160</sup> A ação popular é regulamentada pela Lei n. 4.717/65.

<sup>161</sup> Regulamentada pela Lei n. 7.347/85.

Há quem sustente que o Poder Judiciário até pode ser convocado a decidir questão envolvendo patrimônio cultural, desde que não se trate de omissão dos outros poderes em relação ao tombamento. Para os que compartilham de tal entendimento, em respeito à separação de poderes (funções) cravada no art. 2º da Constituição, e sendo o tombamento ato administrativo não inserido no rol de atribuições (mesmo as atípicas, na linha de Kelsen) do Judiciário, seria defeso a este Poder dizer se a omissão dos outros poderes é ou não antijurídica.

Essa é a opinião de Adilson Abreu Dallari, para quem, “[t]ombar um específico e determinado bem não é matéria típica nem do Legislativo nem do Judiciário, não há previsão constitucional expressa nesse sentido, nem pode ser considerado ato necessário ao exercício da legislação ou da jurisdição”.<sup>162</sup>

No entanto, para os que seguem tal entendimento, como sustenta Eliane Elias Mateus,

(...) é possível a proteção de um bem integrante do patrimônio cultural, pela via jurisdicional, independentemente de tombamento, porque o tombamento não é exigido para proteger o patrimônio cultural, visto que isso pode se dar por outras formas de acautelamento e preservação.<sup>163</sup>

Cita-se, como exemplo da aplicação judicial, o seguinte julgado extraído do banco de dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÕES - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL - TOMBAMENTO DE BEM IMÓVEL PARTICULAR - DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO - INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - DESCABIMENTO - DELIBERAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL - OPÇÃO PELO NÃO TOMBAMENTO - REAPRECIÇÃO DA QUESTÃO - ANÁLISE PENDENTE - AUSÊNCIA DE OMISSÃO DO PODER PÚBLICO - SENTENÇA REFORMADA - PRIMEIRO RECURSO PROVIDO - SEGUNDO APELO NÃO PROVIDO. 1. Incumbe ao Poder Público a proteção do patrimônio histórico-cultural, por meio dos instrumentos jurídicos elencados no art. 216, § 1º da CRFB/88, dentre os quais se insere o

<sup>162</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Tombamento**. Revista de Direito Público. RDP 86/37, abr.-jun./1988. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3. p. 29.

<sup>163</sup> MATEUS, Eliane Elias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. Revista de Direito Administrativo. RDA 49/101, jan. – mar./2008. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3. p.58.

tombamento. 2. O ato administrativo de tombamento reveste-se de inegável discricionariedade quanto à análise do relevante valor histórico-cultural do bem, por se tratar de conceito jurídico indeterminado, a despeito do caráter vinculado em relação aos seus demais elementos. 3. É defeso ao Poder Judiciário usurpar a competência do Administrador Público, substituindo a valoração quanto à análise do aspecto discricionário do ato de tombamento, ressalvadas as hipóteses de indevida omissão quanto ao dever de tutela do patrimônio cultural. 4. Não há falar-se em omissão se o Conselho Municipal concluiu pela inexistência de valor histórico-cultural do bem. Corroborar tal assertiva o fato de encontrar-se pendente a reapreciação do requerimento de tombamento do imóvel descrito na exordial. 5. Primeiro recurso provido. 6. Segundo não provido.<sup>164</sup>

Já para Ana Maria Marchesan, “[o] valor cultural do bem preexiste ao tombamento, daí por que pode e deve ser reconhecido pelo Judiciário, incidentalmente, em demandas que venham a buscar a preservação do patrimônio cultural.”<sup>165</sup>

Essa é a mesma opinião de Rui Arno Richter, quando sustenta que

[e]ntender necessária a iniciativa do Poder Executivo ou do Poder Legislativo para que o Poder Judiciário conheça pretensão ao acautelamento ou à preservação de bem de valor cultural, sob este enfoque, significa negar acesso à Justiça a esta particular espécie de interesse ou direito difuso, o que contraria toda a evolução normativa a respeito da matéria. (...) O ato administrativo ou a lei podem reconhecer e declarar o valor cultural de determinado bem, mas não constituem nem o objeto e muito menos o valor que o objeto porta, daí porque a razão de se enfatizar a natureza declaratória do tombamento, por exemplo, quanto a este aspecto.<sup>166</sup>

Natureza – acrescentamos – a ser declarada pelo Judiciário, por meio de ação com essa finalidade, ou mesmo incidentalmente.

Édis Milaré vai além. Para ele,

<sup>164</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Apelação Cível nº 0028047-50.2010.8.13.0210 (1), 2ª Câmara Cível, Rel. Raimundo Messias Júnior. Belo Horizonte, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=10&procCodigo=1&procCodigoOrigem=210&procNumero=2804&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>> Acesso em: 7 jan. 2018.

<sup>165</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A proteção constitucional ao patrimônio cultural. Revista de Direito Ambiental**. RDA 20/111, out.-dez./2000. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) *Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3. p. 35.

<sup>166</sup> RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 138-139.

[...] o reconhecimento de que determinado bem tem valor cultural não é privativo do Poder Legislativo ou do Executivo, podendo também ser emanado do Poder Judiciário.

Essa a linha preconizada pela Lei 7.347/85, que tornou possível a inclusão de bens no patrimônio cultural brasileiro por meio de decisão judicial, independentemente do critério administrativo. Aliás, 'pode ocorrer que a falta de proteção de tais bens decorra exatamente da omissão do Poder Público, ou seja, do ato de tombamento, de forma que, se esse fato ocorre, é através da ação civil pública que os legitimados buscarão a necessária tutela jurisdicional'. A propósito, não custa lembrar que 'o tombamento não constitui, mas apenas declara a importância cultural de determinado bem, motivo pelo qual, mesmo as coisas não tombadas podem ser tuteladas em ação civil pública'.

Realmente, a identificação do valor cultural de um bem não emerge de mera criação da autoridade, posto que ele já tinha existência histórica no quadro da sociedade. O fato de um bem determinado pertencer ao patrimônio cultural ou, como diz a lei, ser bem ou direito 'de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico', pode ser provado no curso de ação civil pública e referendado por provimento jurisdicional.<sup>167</sup>

A respeito da possibilidade de intervenção judicial em sentido mais amplo, o exemplo jurisprudencial vem do Tribunal Regional da 2ª Região<sup>168</sup>:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. COMPETÊNCIA DO ESTADO/PROPRIETÁRIO NA PRESERVAÇÃO DO BEM TOMBADO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. MULTA. DESCABIMENTO. APELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DESPROVIDA. APELAÇÃO DO MPF E REMESSA NECESSÁRIA PARCIAL PROVIDAS. 1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta com o objetivo de condenar o Estado do Rio de Janeiro à obrigação de fazer consistente na execução de todas as obras necessárias para a manutenção da casa onde nasceu o Barão do Rio Branco, situada no Centro do Rio de Janeiro, imóvel tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) desde 30.06.1938. 2. A Constituição Federal dispõe, em seus artigos 23 e 216, ser competência dos Estados, em comum com os demais Entes Federativos, proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural. Incumbindo ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, o dever de tutelar o patrimônio cultural nacional. 3. O Decreto-Lei nº 25/37 incumbiu ao proprietário, no caso o Estado, o ônus de conservar o bem tombado, mantendo-o dentro de suas características culturais, de providenciar a realização de obras de conservação e restauração, sob orientação e supervisão técnica do

<sup>167</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência e glossário. 6. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.276

<sup>168</sup> Vide, a respeito: <<http://www.iepha.mg.gov.br/index.php/programas-e-aco-es/patrimonio-cultural-protégido>> Acesso em: 7 jan. 2018.

IPHAN. 4. Na hipótese, não restam dúvidas quanto à necessidade de adoção de medidas de reparação e conservação do imóvel em face do seu avançado estado de deterioração, diante da inércia do dever de proteção em relação ao patrimônio em apreço, a fim de salvaguardar a sua integridade. 5. 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. 6. Embora a possibilidade de imposição de multa diária contra a Fazenda Pública por inadimplemento de obrigação seja questão já pacificada nos Tribunais, tal providência é excepcional. Para que a multa possa ser aplicada é necessário que haja resistência de cumprir o julgado, não bastando haver presunção de descumprimento. Além do mais, ainda que ocorra o descumprimento da obrigação, a imposição precipitada de multa virá em prejuízo de toda a sociedade, posto que o pagamento deste meio coercitivo será arcado pelo Erário. 7. Muito embora na hipótese não seja caso de aplicação prematura de multa, impõe-se a estipulação de prazo para o cumprimento da decisão judicial, fixados em doze meses para a finalização da obra em voga, período razoável diante dos 15 anos de estudo do local e elaboração de projetos supervisionados pelo IPHAN, sendo que, em 19.07.2013, já havia informação de que todos os procedimentos para executar a obra de restauração e conservação do imóvel tinham sido feitos, sendo que após a aprovação do projeto pelo IPHAN, dar-se-ia início ao Processo Licitatório da restauração. 8. Na Ação Civil Pública, vencida a parte Ré, aplica-se o disposto na norma geral da Legislação Processual Civil, no art. 20 e seus §§, do CPC, isto porque inexistente regra específica na Lei 7.347/85, assim, correta a condenação imposta ao Réu, sendo que o valor arbitrado se mostra razoável levando-se em consideração as partes envolvidas, o valor atribuído à causa, bem como a complexidade e relevância da matéria, dentre outros aspectos. 9. Apelação do Estado do Rio de Janeiro desprovida. Apelação do MPF e Remessa Necessária parcialmente providas.<sup>169</sup> (Apelação Cível nº 0010149-81.2003.4.02.5101/RJ, 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. Guilherme Diefenthaler. j. 25.02.2015, unânime, Publ. 11.03.2015).

Destaca-se, ainda, excerto do voto (vencedor) do Ministro Herman Benjamin, nos autos do Recurso Especial n. 840.918, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 14.10.2008. Trata-se de uma síntese do entendimento

---

<sup>169</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Apelação Cível nº 0010149-81.2003.4.02.5101/RJ, 8ª Turma Especializada, Rel. Guilherme Diefenthaler, Rio de Janeiro, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/>> Acesso em 7 jan. 2018.

predominante, hoje, no Brasil, no tocante ao grau de alcance do Poder Judiciário em contraposição a ações e omissões administrativas, no plano da proteção ambiental cultural. Naquela ação discutia-se a possibilidade de o Judiciário determinar a retirada de grades em pilotis dos edifícios localizados na Região Administrativa do Cruzeiro, em Brasília-DF. Eis o trecho que destacamos do voto vencedor:

Creio que vivemos uma época de resgate de nossa história e de valorização da rica cultura brasileira. Se assim deve ser em todo o território nacional, com maior razão numa cidade que é a capital federal e que, como urbe de migrantes, cresce rápida e descontroladamente, daí as pressões para construir onde não se deve e transplantar para aqui tradições urbanísticas (ou melhor, de desordem urbanística) típicas de outras regiões (os muros, p. ex.), incompatíveis com o conceito norteador da arquitetura e urbanismo de Brasília.

Em um País sem memória histórica, em que o passado é desconhecido ou desprezado, a intervenção do Judiciário, ao decidir questões relativas ao patrimônio histórico e cultural, deve, nos limites da Constituição e das leis, ser firme, não se impressionando com argumentos que apelam a práticas e costumes centenários, que se mostrem incompatíveis com a conservação desses preciosos bens. Tampouco se pode sacrificar o patrimônio histórico-cultural tombado a pretexto de que a segurança pública exigiria a modificação do traçado original da cidade.

O grave problema da violência urbana, que infelizmente assola e amedronta nossas cidades, não legitima o comprometimento do patrimônio cultural brasileiro, nem autoriza a apropriação privada de espaços públicos. Segurança pública é alcançada com maior e melhor policiamento, associado a programas de inclusão social, e não com ofensa a outros bens e interesses coletivos, notadamente aqueles de que também são titulares as gerações futuras.

**Na proteção do patrimônio histórico-cultural, o Poder Judiciário desempenha uma função essencial. A um, porque lhe cabe aplicar e interpretar as normas internacionais e nacionais que incidem na matéria; a dois, por ser uma instituição permanente e independente, alheia às vicissitudes, incertezas e pressões, nem sempre inteiramente legítimas, que cercam o administrador local.**

Não obstante os louváveis esforços de muitos – do legislador, de órgãos públicos especializados, da academia e de ONGs – o Brasil ainda busca as bases e formas de uma reconciliação com o seu passado. Somos um povo adepto das novidades e necessidades efêmeras que, não fosse a destruição que causam no legado dos nossos antepassados e no patrimônio das gerações futuras, não passariam de inofensivo modismo de momento.

Tardamos, é verdade, a descobrir e valorizar o patrimônio histórico e cultural da nossa terra. Mas, aqui, importa lembrar que mesmo nos países mais desenvolvidos e dotados de riquíssimos sítios arqueológicos e históricos, monumentos, conjuntos e artefatos artísticos, inexistente propriamente uma teoria, filosofia ou microssistema legal de preservação com raízes no passado longínquo. (...)

No Brasil, “derrubar” e “substituir o velho pelo novo” sempre foram a palavra de ordem do dia, na cidade e no campo. No espírito do brasileiro, talhado em 500 anos de história de conquista do natural e do anterior, o progresso termina por virar sinônimo de negação de valor e legitimidade ao passado e ao futuro, à medida que o nosso imediatismo só nos permite reconhecer a identidade, a legitimidade e as necessidades do presente. A ser assim, a tendência natural é rejeitar, desacreditar ou obstaculizar qualquer regime jurídico que se ponha no caminho do trator, do guindaste, da dinamite, da motosserra, do descaso, do clientelismo, ou da inocente ignorância.

Brasília fez a escolha de ser livre nos seus espaços arquitetônicos e paisagísticos. Para continuar a ser o que é ou deveria ser precisa controlar o individualismo, a liberdade de construir onde e como se queira, e a ênfase de seus governantes no curto-prazo, que tende a sacrificar o patrimônio público imaterial, o belo, o histórico e, por via de conseqüência, os interesses das gerações futuras.

**O Judiciário deve agir prontamente quando o Poder Público lesa, por ação ou omissão, o patrimônio histórico-cultural.** Não custa advertir que o administrador que ignora seus deveres legais não apenas expõe o Estado à responsabilização judicial, como, pessoalmente, está incorrendo em grave improbidade administrativa e, conforme o caso, ilícito penal, que devem ser, cabal e prontamente, apurados e processados. Não o isenta o fato de a degradação do bem protegido ser praticada pelo proprietário do imóvel ou por um particular qualquer. Ao contrário, sua omissão fica mais grave. O dono, pelo menos, age movido por interesse individual de ampliar os benefícios que retira do bem. Já o administrador é pago para agir pela coletividade, o que faz a sua omissão levantar suspeitas de toda ordem sobre a real motivação que a inspira. (os grifos não constam do original)<sup>170</sup>

Nesse mesmo rumo é válido, ainda, o ensinamento de Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

O fato de a Administração Pública não adotar a providência de tombamento não impede a obtenção de medida de proteção na esfera jurisdicional. [...] A ausência de tombamento não implica [...] inexistência de relevância histórica ou cultural. Esta pode ser reconhecida na via judicial, sanando-se, por este caminho, a omissão da autoridade administrativa.

Por isso [...] não há que se falar em ingerência na seara privativa da Administração. Caso esta se omita em reconhecer que determinado bem é revestido de valor cultural, indispensável será a adoção de medidas judiciais para sua adequada proteção.<sup>171</sup>

<sup>170</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 840.918. Relator Min. Herman Benjamin. Brasília, 14 out. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4391641&num\\_registro=200600860111&data=20100910&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4391641&num_registro=200600860111&data=20100910&tipo=64&formato=PDF)> Acesso em: 7 jan. 2018.

<sup>171</sup> A proteção do patrimônio cultural. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3. p. 231.

Em suma, embora em caráter incipiente a mudança de postura, podemos observar, assim, que a teoria da separação de poderes não é empecilho à atuação judicial no campo da proteção do meio ambiente cultural, especialmente se afastarmos, de nosso campo interpretativo, aquela visão limitada e substancialmente demarcada de Montesquieu, acolhendo-se, por outro lado, uma concepção mais consentânea com nossa Constituição e que muito mais se aproxima da teoria kelseniana de separação de funções, como vimos anteriormente.

## **2.7 A legitimação ativa e as ações judiciais de proteção do meio ambiente cultural no Brasil**

Reavivando-se a ideia de que a proteção do meio ambiente situa-se no rol de direitos fundamentais da terceira dimensão<sup>172</sup> e que a defesa de tal interesse está umbilicalmente ligada não apenas a uma coletividade, mas a um campo dimensional transnacional<sup>173</sup>, chega-se à ação popular e à ação civil pública como instrumentos democráticos de participação popular na defesa do meio ambiente, inclusive o cultural, no Brasil.

A ação popular vem delineada na Constituição Federal de 1988 logo no artigo 5º, inciso LXXIII:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”

---

<sup>172</sup> Adota-se aqui o termo “dimensões” para classificar os direitos fundamentais no tempo, levando-se em conta a lição de Sarlet, que justifica tal expressão, em substituição à usual “gerações”, pelo fato de que aquela melhor demonstra que os direitos fundamentais sofrem um processo de cumulação e complementariedade, descartando-se a alternância a cada nova leva de direitos. (*In*: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45). Sobre tais direitos fundamentais, Bonavides ensina: “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. [...] Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.” (*In*: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 584).

<sup>173</sup> Vide próximo tópico.

É digna de nota a preocupação do constituinte com a pronta definição do legitimado para propositura da ação popular, limitando-se estreme de dúvidas o direito<sup>174</sup> ao cidadão e garantindo-se seu viés democrático.<sup>175</sup>

Afasta-se, por outro lado, a possibilidade de grupos (organizações não-governamentais, sindicatos, associações culturais etc.) ou instituições (Ministério Público, Defensoria Pública, entes da Administração direta etc.) ajuizarem ação popular.

Outro ponto de destaque do texto constitucional alusivo à ação popular é a gama de matérias de incidência da *actio*. Para fins deste estudo, a inequívoca separação entre meio ambiente e patrimônio histórico e cultural apenas reforça a importância da proteção tanto da vertente natural do meio ambiente como daquela criada ou aperfeiçoada pelo homem ao longo dos tempos.

A ação civil pública, por sua vez, não recebeu o mesmo tratamento constitucional que a ação popular, sendo mencionada uma única vez no texto da Constituição e somente para ilustrar uma das competências do Ministério Público (art. 129, III).

Mas a ação civil pública tem se mostrado, como será visto no terceiro capítulo, importante instrumento para defesa do meio ambiente cultural. Aqui, a legitimação ativa não é conferida ao cidadão individualmente, como na ação popular, mas a associações, a entes públicos com personalidade jurídica, ao Ministério Público e à Defensoria Pública (art. 5º da Lei n. 7.347/85).

E, tal como na ação popular – cuja ressalva de incidência está contida no *caput* do art. 1º da Lei n. 7.347/85, o rol de objetos protegidos abrange separadamente o meio ambiente (natural) e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (incisos I e III do art. 1º).

---

<sup>174</sup> Para Tavares, trata-se, tecnicamente, de garantia de direito, uma vez que a ação popular serve para possibilitar a exigência dos direitos nela albergados. *In*: TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional..* [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601035/>> Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>175</sup> O art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65 estabelece, para fins de propositura da ação popular, que cidadão é quem possui título de eleitor.

## 2.8 A situação espanhola: a participação popular, em juízo, na defesa do patrimônio histórico espanhol – aspectos nacionais e transnacionais

Enquanto no Brasil, por conta de sua aparente rigidez no delineamento das funções estatais, a discussão gira em torno do alcance da intromissão judicial em questões outrora apenas ligadas ao Executivo, na Espanha parece que a questão emergente é a ampliação da ação popular para proteção de direitos difusos e coletivos, tal como ocorre com o patrimônio histórico, objeto primordial deste trabalho.

Tratando de legitimidade para o enfrentamento de omissões administrativas, a Lei de Jurisdição Contenciosa-Administrativa (Lei n. 29 de 13 de julho de 1998) estabelece no art. 29 que:

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.<sup>176</sup>

À vista do referido dispositivo legal, Pérez leciona:

El artículo comentado, en el número 1, delimita los supuestos que somete al régimen de la reclamación previa para que quede abierta la vía procesal. Mientras que el número 2, cuando ya existe acto

<sup>176</sup> ESPANHA. Lei n. 29/2005. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>> Acesso em 18 abr. 2019. Livre tradução do autor: 1. Quando a Administração, em virtude de uma disposição geral que não exija atos de aplicação ou em virtude de um ato, contrato ou acordo administrativo, é obrigada a realizar um benefício específico em favor de uma ou mais pessoas específicas, que tenham direito a ela, eles podem exigir da Administração o cumprimento desta obrigação. Se, no prazo de três meses a contar da data da reclamação, a Administração não tiver cumprido o pedido ou não tiver chegado a um acordo com as partes interessadas, poderá deduzir o recurso administrativo contra a inatividade da Administração. 2. Quando a Administração não executar seus atos-fins, os afetados poderão solicitar sua execução, e se isso não ocorrer dentro de um mês de tal solicitação, os solicitantes poderão apresentar um recurso contencioso administrativo, o qual deverá ser processado pelo procedimento abreviado regulamentado no artigo 78.

administrativo, no establece límite alguno y podrá seguirse el procedimiento abreviado para lograr la ejecución, cualquiera que sea el tipo de prestación.<sup>177</sup>

Como se pode ver, o item 1 do art. 29 da Lei n. 29/98 trata das hipóteses em que a ausência de regulamentação dá a tônica da legitimação ativa para propositura de ação na defesa de direitos subjetivos exigíveis contra o Poder Público, inclusive prevendo a possibilidade – implícita, ao dizer “varias personas determinadas” – de ação coletiva para esse propósito.

Por outro lado, o item 2 trata das hipóteses em que o que se clama é a execução efetiva de atos administrativos já amparados por lei, sendo aqui o rito de ação abreviado, conforme dispõe o art. 78 da mesma norma instrumental.

Por meio da sentença de 20 de junho de 2005, no Recurso de Cassação n. 3100/2003<sup>178</sup>, o Tribunal Supremo da Espanha, na Sala do Contencioso, sob a relatoria do juiz Francisco Gonzalez Navarro, firmou entendimento, em interpretação mais consentânea com o princípio da efetividade da tutela judicial. A Corte entendeu que o art. 29 é aplicável em favor do

[...] titular de una licencia para solicitar del Ayuntamiento ‘que lleve a cabo una operación jurídica – expropiación forzosa que es una actividad del tipo formal – sin lo que no es posible llevar a cabo ni la señalización de las alienaciones – ejecución material de una actuación jurídica previa – ni la autorizada construcción del edificio proyectado – ejecución material del acto jurídico de la licencia’.<sup>179</sup>

Não se pode olvidar que a Lei de Jurisdição Contenciosa-Administrativa é minudente ao tratar da legitimação para suas ações:

<sup>177</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa**. 8. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016. p.422. Livre tradução do autor: O artigo comentado, no número 1, delimita as premissas que submete ao regime da reivindicação anterior para que a via processual permaneça aberta. Enquanto o número 2, quando já existe um ato administrativo, não estabelece nenhum limite e o procedimento abreviado pode ser seguido para alcançar a execução, independentemente do tipo de benefício.

<sup>178</sup>Disponível em:

<<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=1236575&statsQueryId=106691549&calledfrom=searchresults&links=%223100%2F2003%22&optimize=20050811&publicinterface=true>> Acesso em 17 abr. 2019.

<sup>179</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa**. 8. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016. p.423. Livre tradução do autor: titular de uma licença para solicitar do Município que realize uma operação legal - expropriação compulsória que é uma atividade de natureza formal - sem o que não é possível realizar ou a sinalização de alienações - a execução material de uma ação judicial prévia - nem a construção autorizada do edifício projetado - execução material do ato jurídico da licença’.

Artículo 19.

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.

d) La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.

e) Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.

f) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley.

g) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.

h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes.

[...]

Quando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Livre tradução do autor: Artigo 19. 1. São legitimados perante a ordem jurisdiccional contenciosa administrativa: a) Pessoas físicas ou jurídicas que possuem um direito ou interesse

E essa condição analítica do art. 19 da LOPJ é crucial para que se chegue à conclusão de que a ação popular é direito de ação reconhecido também a estrangeiros, como leciona Ayús y Rubio.<sup>181</sup>

A ação popular surge como a forma legalmente instituída para que os cidadãos espanhóis e estrangeiros, na Espanha, possam exercer a faculdade de denunciar seja perante a Administração, seja perante o Judiciário, violação a normas e à ordem pública, pouco importa se decorra tal violação de ações ou omissões.<sup>182</sup>

Outro aspecto interessante da ação popular espanhola é que os legitimados não precisam demonstrar interesse direto e legítimo para exercê-la, pois seu caráter público afasta qualquer limitação subjetiva.<sup>183</sup>

## 2.9 A aproximação da Lei de Jurisdição com a Lei do Patrimônio Histórico espanhol

---

legítimo. b) As sociedades, associações, sindicatos e grupos e entidades referidos no artigo 18.º que sejam afetados ou estejam legalmente autorizados a defender os direitos e interesses coletivos legítimos. c) A Administração Estatal quando detém um direito ou interesse legítimo, para contestar atos e disposições da Administração das Comunidades Autônomas e os organismos públicos ligados a eles, bem como as entidades locais, em conformidade com as disposições na legislação do regime local e de qualquer outra entidade pública não sujeita ao seu controle. d) Administração das Comunidades Autônomas, para contestar atos e disposições que afetem o âmbito da sua autonomia, que emana da Administração Estatal e qualquer outra administração ou organismo público, bem como as entidades locais, de acordo com previsto na legislação do regime local. e) As autoridades locais territoriais, para contestar atos e disposições que afetem o âmbito de sua autonomia, que emana da administração do Estado e as Comunidades Autônomas e as entidades públicas com personalidade jurídica ligadas a uma e outra ou de outras entidades locais. f) O Ministério Público para intervir nos processos determinados pela lei. g) Entidades de Direito Público com personalidade jurídica própria, ligadas ou dependentes de qualquer das administrações públicas, para impugnar os atos ou dispositivos que afetem o alcance de seus fins..h) Qualquer cidadão, no exercício de ação popular, nos casos expressamente previstos nas Leis. [...] Quando os afetados são uma pluralidade de pessoas indeterminada ou difícil de determinar, a legitimidade para exigir em juízo a defesa desses interesses difusos corresponderá exclusivamente aos órgãos públicos competentes, aos sindicatos mais representativos e às associações estaduais cujo fim primordial seja a igualdade entre mulheres e homens, sem preconceito, se os afetados foram determinados, de sua própria legitimidade processual.

<sup>181</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 30.

<sup>182</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 30.

<sup>183</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 31

Ao ingressar-se na seara proteção do patrimônio cultural, surge à mente a Lei 16 de 25 de junho de 1985, que é, sem dúvida, um marco internacional no assunto.

É necessário registrar, inicialmente, que a Lei de 1985 vem em substituição à Lei do Patrimônio Histórico-Artístico de 13 de maio de 1933, norma esta que previa, com ineditismo, a participação popular na defesa do patrimônio espanhol, porém em âmbito administrativo.<sup>184</sup> Previa o art. 15, parte final: “Se otorga acción popular ante la Junta Superior del Tesoro Artístico para la incoación de expediente de declaración del carácter de histórico-artístico a monumentos que lo merezcan”.<sup>185</sup>

Ainda da mesma lei, o parágrafo único do art. 27 dizia:

Todo ciudadano podrá denunciar ante los organismos mencionados, la existencia de inmuebles en las circunstancias mencionadas en el artículo anterior. Dichos organismos están obligados a comprobar la denuncia, para actuar luego con arreglo a esta Ley.<sup>186</sup>

Retornando à Lei do Patrimônio Histórico Espanhol de 1985, notamos que os arts. 8º e 10 são os encarregados de estabelecer o caráter publicístico da ação judicial destinada a proteger os bens descritos naquela norma:

#### **Artículo octavo**

1. Las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deberán, en el menor tiempo posible, ponerlo en conocimiento de la Administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone.

2. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de lo bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.

<sup>184</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 95.

<sup>185</sup> Disponível em: < <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1933/145/A01393-01399.pdf> > Acesso em 9 de dez. 2018. Livre tradução do autor: “A ação popular é concedida perante o Conselho Superior do Tesouro Artístico para o início da declaração do caráter histórico-artístico aos monumentos que o merecem”.

<sup>186</sup> Livre tradução do autor: “Todo cidadão poderá denunciar perante os organismos mencionados a existência de imóveis nas condições mencionadas no artigo anterior. Referidos organismos são obrigadas a verificar a reclamação, para agir posteriormente de acordo com esta Lei.”. Disponível em: < <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1933/145/A01393-01399.pdf> > Acesso em 9 de dez. 2018.

#### Artículo 10.

Cualquier persona podrá solicitar la incoación de expediente para la declaración de un bien de interés cultural. El organismo competente decidirá si procede la incoación. Esta decisión y, en su caso, las incidencias y resolución del expediente deberán notificarse a quienes lo instaron.<sup>187</sup>

Por um lado, a Lei do Patrimônio Histórico assegura a denúncia, por qualquer pessoa, aos órgãos administrativos, para que então fossem tomadas as medidas previstas na referida norma.

Por outro lado, a Lei 16/85 autoriza a qualquer pessoa o início de investigação para, se for o caso, instauração de processo administrativo apto a declarar determinado bem de interesse cultural, a ponto de merecer a proteção dos institutos legais.

A respeito dessa previsão do art. 10, Alvarez acrescenta:

Esta amplitud puede parecer excesiva por lo que de intromisión a la propiedad ajena puede representar. Pero tiene también buenos argumentos que la pueden justificar, y entre ellos es, sin duda, preferente el que atiende a la doble naturaleza o consideración de los bienes culturales. Pues sí, por una parte, hay que considerar que son susceptibles de propiedad privada, por otra hay que tener en cuenta que existe un interés público en la conservación y conocimiento de esos bienes, y que en cierto sentido la comunidad ostenta unos derechos especiales respecto de ellos.<sup>188</sup>

Todavía, o alcance de atuação do cidadão diretamente junto aos órgãos do Poder Judiciário – e não apenas à Administração – era limitado. Conforme lição de Ayús y Rubio, a ação popular só cabia ou era reconhecida

---

<sup>187</sup> Livre tradução do autor: “ 1. As pessoas que virem o perigo de destruição ou deterioração em bem integrante do patrimônio histórico espanhol devem comunicá-lo, no menor tempo possível, à Administração competente, que verificará o objeto da denúncia e agirá de acordo com o que esta lei dispõe. 2. A ação será pública para exigir perante os órgãos administrativos e os Tribunais Contencioso-Administrativos o cumprimento das disposições desta Lei para a defesa dos bens que compõem o Patrimônio Histórico Espanhol. Artigo 10. Qualquer pessoa pode solicitar o início de um processo para a declaração de um bem de interesse cultural. O organismo competente decidirá se o início é adequado. Essa decisão e, quando apropriado, os incidentes e a resolução do arquivo devem ser notificados àqueles que o solicitaram.”

<sup>188</sup> ALVAREZ ALVAREZ, José Luis. **Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985**. Madri: Editorial Civitas, 1989. p. 140. Livre tradução do autor: “Essa amplitude pode parecer excessiva por causa do que a intromissão da propriedade dos outros pode representar. Mas também tem bons argumentos que podem justificá-la, e entre eles é, sem dúvida, preferível aquele que atende à dupla natureza ou consideração de bens culturais. Pois se, por um lado, devemos considerar que são suscetíveis à propriedade privada, por outro lado, devemos ter em mente que há um interesse público na conservação e conhecimento desses bens, e que, em certo sentido, a comunidade detém direitos especiais em relação à propriedade privada deles”.

quando uma norma com alcance de lei estabelecia sua competência para proteção da legalidade ou do interesse geral e difuso e fosse demonstrado o abandono das funções do Poder Público em conservar e fomentar o patrimônio cultural e o meio natural, bom base nas leis e no reconhecimento da doutrina constitucional.<sup>189</sup>

Tal situação passou a mudar com a internalização, pelo Estado espanhol, da Convenção de Aarhus, o que será visto doravante, em um capítulo destinado especialmente à análise de decisões judiciais.

---

<sup>189</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 122.

## CAPÍTULO 3

### **A PRÁTICA JUDICIAL NOS CONFLITOS AMBIENTAIS-CULTURAIS ENVOLVENDO AÇÕES COLETIVAS E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL E NA ESPANHA<sup>190</sup>**

Encerrada a discussão sobre a concepção de meio ambiente cultural, mecanismos e normas de proteção, competências e separação de poderes, acesso à justiça e as ações populares disponíveis ao cidadão brasileiro e espanhol, passa-se à análise de alguns casos concretos – decisões judiciais – selecionados por conta de sua ligação com os temas abordados neste trabalho.

Como já sugere o título da presente dissertação, as decisões judiciais, especialmente as proferidas por tribunais – já em uma segunda leitura do caso concreto, após a prolação de decisão pelo órgão *a quo* – são indicativos de que a teoria vem sendo posta em prática. Em outras palavras, é possível observar que tudo aquilo que se abordou até então não constitui teoria estéril e alheia à realidade seja do Brasil, seja da Espanha.

A escolha dos julgados a seguir teve como critério a variedade de decisões oferecidas pelos tribunais estaduais, bem como o caráter exemplificativo da proposta. Não se pretendeu esgotar a pesquisa, nem apontar as razões pelas quais foram tomadas tais decisões, o que certamente poderá ser feito em uma nova etapa investigativa, com outros critérios metodológicos.

#### **3.1 Julgados brasileiros**

As decisões brasileiras analisadas neste capítulo são oriundas dos tribunais dos Estados de Santa Catarina, Maranhão, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Preferiu-se extrair excertos considerados relevantes em cada

---

<sup>190</sup> Parte deste capítulo constou de artigo com o seguinte referencial: FERNANDES, Rafael Salvan. **O direito transnacional e a participação popular na proteção do meio ambiente cultural espanhol**. Artigo elaborado para a disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, do curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Não publicado.

acórdão. A relevância, é necessário destacar, encontra-se nos fundamentos que cada órgão julgador adotou para fazer prevalecer a proteção do meio ambiente cultural diante de outros fatores, com ênfase nos tópicos indicativos da linha doutrinária ou jurídica referenciada.

É necessário consignar, contudo, que, não obstante em alguns momentos se encontre nos julgados a menção expressa ao meio ambiente cultural, a pesquisa ora publicada bem demonstra que o tema ainda tem muito o que avançar nas cortes brasileiras.

### 3.1.1 Decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC)

#### **Exemplo 1**

Cuidou-se, no feito abaixo, de ação movida por pessoa natural que pleiteava, entre outras coisas, a anulação do ato jurídico que reconheceu o valor cultural relevante de imóvel de sua propriedade, além de indenização pelo tombamento levado a efeito pelo Poder Executivo.

Mantendo a sentença proferida pelo juízo de primeira instância, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina destacou a competência do Município para promover a proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, assim como impedir a destruição e descaracterização de tais bens.

Por fim, tendo em vista que o tombamento, no caso concreto, não acarretou esvaziamento do valor econômico do imóvel sob preservação, a Corte negou o pedido indenizatório. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES CONEXAS. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO, C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS E DE CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER (0005736-37.2012.8.24.0033) E AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA, C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E PRECEITO COMINATÓRIO, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (0012697-81.2013.8.24.0033). IMÓVEL VIZINHO A PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL TOMBADO PELO MUNICÍPIO. RESTRIÇÕES À CONSTRUÇÃO EM PARECER EXARADO PELO CONSELHO MUNICIPAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL DE ITAJAÍ (CMPC) NA VIGÊNCIA DA LEI MUNICIPAL N. 2.543/1989 APROVEITADO PELA SECRETARIA DE URBANISMO DO MUNICÍPIO. PROCEDIMENTO LEGAL. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. ENTRADA EM VIGOR DA LEI COMPLEMENTAR N. 215/2012, QUE INSTITUIU NOVAS NORMAS DE ZONEAMENTO. NECESSIDADE DE NOVO PARECER EM RAZÃO DOS NOVOS PARÂMETROS URBANÍSTICOS A SEREM SEGUIDOS. PERDA DO OBJETO NO PONTO. COMPETÊNCIA DO

MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA AFETA À PROTEÇÃO DE BENS DE VALOR HISTÓRICO. ENTE PÚBLICO RESPONSÁVEL PELA CONSERVAÇÃO E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. RELAÇÃO JURÍDICA PATENTE. PREJUDICADA A ANÁLISE DA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DANOS MATERIAIS E MORAIS AFASTADOS DIANTE DO NÃO ESVAZIAMENTO DO VALOR ECONÔMICO DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. O processo administrativo no qual foi proferido o combatido parecer do Conselho Municipal do Patrimônio Cultural, não tem mais utilidade para a expedição do competente alvará de construção, o que por certo esvazia a pretensão da parte autora quanto à sua anulação e legalidade, pois subsistindo a intenção da apelante em edificar no imóvel em litígio, nova consulta deverá ser efetuada, agora sob a égide da Lei complementar n. 215/2012. Não pode vingar a pretensão da parte autora para que seja determinada a ausência de relação jurídica entre o imóvel de sua propriedade e o Conselho Municipal do Patrimônio Cultural de Itajaí, tendo em vista que o Município deve promover a proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, além de impedir sua destruição e descaracterização. "Constatando-se [...] que a indenização nos casos de tombamento apenas é devida quando as limitações impostas pelo Poder Público acarretam o esvaziamento do valor econômico do imóvel, situação não verificada na presente 'actio', o pedido de indenização [...] não merece acolhimento". (TJSC - Apelação Cível n. 2007.058098-7, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, j. em 26/3/2008) (TJSC, Apelação Cível n. 2010.027700-4, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasí, Segunda Câmara de Direito Público, j. 8/7/2014).<sup>191</sup>

## Exemplo 2

O segundo julgado selecionado trata de ação cautelar antecedente a ação civil pública em que o Ministério Público requereu a suspensão de retirada e substituição do *petit pavé* na praça Nereu Ramos, região central, bem como nos calçadões de ruas centrais do Município de Criciúma. O argumento da parte autora é que o revestimento original das vias centrais constituía parte fundamental de um conjunto de bens – especialmente a Praça Nereu Ramos – inventariados pelo Departamento de Patrimônio Histórico Municipal e pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, sendo, portanto, inalterável pelo próprio Poder Público.

O Tribunal de Justiça, ao manter sentença proferida no primeiro grau

---

<sup>191</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC). **Apelação Cível n. 0005736-37.2012.8.24.0033**, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 24-04-2018 Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do>> Acesso em: 25 jan. 2019.

de jurisdição, rejeitou o pedido ministerial, ressaltando, contudo, que as medidas adotadas pelo Poder Público, no processo de revitalização da região central da cidade, atendiam aos interesses do meio ambiente cultural, uma vez que o essencial à preservação do patrimônio histórico-cultural foi mantido e, no caso, os interesses coletivos da mobilidade urbana e acessibilidade deveriam ser levados em consideração, consideras as características do pavimento do tipo *petit pavé*. Garantiu-se a preservação do meio ambiente cultural e, ao mesmo tempo, a revitalização das áreas públicas e a melhoria aos transeuntes das mesmas áreas.

Assim restou ementado o acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA. CALÇAMENTO COM PEDRAS 'PETIT PAVÉ' NA PRAÇA DA REGIÃO CENTRAL E RUAS ADJACENTES. REVITALIZAÇÃO QUE PRESERVOU O CALÇAMENTO ORIGINÁRIO INVENTARIADO PELA FUNDAÇÃO CULTURAL DO ENTE MUNICIPAL. ATO ADMINISTRATIVO SUFICIENTE À PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO (CF, ART. 216 , § 1º). SUBSTITUIÇÃO DO CALÇAMENTO NOS ENTORNOS FRENTE À INEXISTÊNCIA DE VALOR HISTÓRICO-CULTURAL. ÁREA NÃO ABRANGIDA POR INVENTÁRIO, TOMBAMENTO OU OUTRO ATO ADMINISTRATIVO ACAUTELATÓRIO E DE PRESERVAÇÃO. ATENDIMENTO À MOBILIDADE E ACESSIBILIDADE URBANA. OFENSA AO PATRIMÔNIO NÃO CARACTERIZADA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS.<sup>192</sup>

### Exemplo 3

O terceiro caso concreto destacado é uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público em desfavor de uma pessoa jurídica e tendo como objeto a preservação e recuperação de imóvel conhecido como Casa Carlos Hoeschl e tido como de interesse histórico-cultural no Município de Indaial-SC.

No primeiro grau de jurisdição o juiz determinou que a ré se abstinhasse de modificar o imóvel protegido, componente do meio ambiente cultural da cidade, mas negou o pedido de restauração de parte já alterada (assoalho da

---

<sup>192</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC). **Apelação n. 0022844-55.2011.8.24.0020**, de Criciúma, rel. Des. Edemar Gruber, Quarta Câmara de Direito Público, j. 15-09-2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em: 25 jan. 2019.

vivenda) além da indenização por danos morais coletivos.

Ao analisar a apelação do Ministério Público, o TJSC acolheu em parte o pleito do autor, determinando ao réu o restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, a recomposição do assoalho danificado pelo réu, mas manteve a negativa ao pedido de indenização por danos morais coletivos, pela inexistência do abalo dessa natureza.

Eis a ementa do acórdão:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO PARA QUE A EMPRESA INCORPORADORA NÃO PROMOVA ALTERAÇÕES NA PARTE HISTÓRICA DO IMÓVEL OBJETO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITEADA CONDENAÇÃO PARA QUE SEJA PROMOVIDA A RESTAURAÇÃO INTEGRAL DA EDIFICAÇÃO. CONTENCIOSO EXTRAJUDICIAL PARA INTERVENÇÃO DE DOMÍNIO QUE NÃO CHEGOU A TERMO E, ALÉM DISSO, RESTOU ANULADO, ANTE A FALTA DE REGULAR NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE, PORTANTO, DE SER PROCEDIDO O REPARO NA INTEGRALIDADE. RETIRADA, CONTUDO, DO ASSOALHO DE MADEIRA DA RESPECTIVA VIVENDA. APELADA QUE, LOGO APÓS PROTOCOLIZAR REQUERIMENTO À PREFEITURA PARA DEMOLIÇÃO DO IMÓVEL, EMPREENDEU SUBSEQUENTE RETIRADA DO RESPECTIVO PISO. INCORPORADORA QUE, CONHECEDORA DA PRAXE BUROCRÁTICA ADSTRITA AO RAMO IMOBILIÁRIO, DEVERIA AGUARDAR A RESPOSTA ATINENTE À AUTORIZAÇÃO SOLICITADA. OBEDIÊNCIA AO CÓDIGO DE OBRAS E EDIFICAÇÕES DO MUNICÍPIO. CONDUTA PRECOCE DE SOLAPAR A RESIDÊNCIA, PORTANTO, QUE JUSTIFICA A CONDENAÇÃO MATERIAL, CONSUBSTANCIADA NO RETORNO AO STATUS QUO ANTE. PROFICIÊNCIA DA ARGUMENTAÇÃO NO PONTO. ALMEJADA CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS COLETIVOS. DISSENSO SUBMETIDO AO CRIVO DA COLEGIALIDADE AMPLIADA (ART. 942 DO NOVO CPC). PREVALÊNCIA DO POSICIONAMENTO QUANTO À INEXISTÊNCIA DE ABALO EXTRAPATRIMONIAL. INDENIZAÇÃO AFASTADA. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>193</sup>

#### Exemplo 4

Do quarto caso destaca-se o reconhecimento, pelo Poder Judiciário,

---

<sup>193</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC). **Apelação n. 0001952-58.2012.8.24.0031**, de Indaial, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 05-07-2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em 21 jan. 2019.

da proteção ambiental-cultural efetuado pelo Município de Florianópolis por meio de decreto que declarou tombados imóveis localizados em sua área central, sendo desimportante, para fins de limitação dos poderes inerentes à propriedade, o fato de ter havido demora na transcrição da medida administrativa no registro imobiliário.

Além do mais, novamente por não vislumbrar decréscimo patrimonial com o simples ato do tombamento, foi negada indenização aos proprietários dos imóveis tombados.

Em caso como este, o simples fato de se cogitar um “dano jurídico” não representa necessariamente direito a indenização. Como bem assinala Zandonade, além do sacrifício a um direito, é preciso que o interessado demonstre ter suportado “prejuízos econômicos especiais”<sup>194</sup>, o que pode ser entendido como uma lesão efetiva e dissonante da realidade até então vivenciada pelo proprietário da coisa tombada, não apenas pela simples inserção do bem em uma zona de proteção peculiar ou da imposição de determinadas obrigações de cuidado e restauro.

Segue trecho do acórdão nessa linha:

TOMBAMENTO DE IMÓVEL. DECRETO MUNICIPAL N. 270/1986 QUE DECLARA TOMBADOS DIVERSOS CONJUNTOS DE EDIFICAÇÕES LOCALIZADOS NA ÁREA CENTRAL DESTA CAPITAL. AVENTADA NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO AOS PROPRIETÁRIOS. INOCORRÊNCIA. QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO APTO A REVELAR A ADEQUADA CIENTIFICAÇÃO DOS TITULARES DO DOMÍNIO À ÉPOCA. QUIESCÊNCIA, ADEMAIS, QUANTO AO ATO ADMINISTRATIVO EM SI, SEUS ELEMENTOS ESTRUTURANTES E OBJETO DE PROTEÇÃO. DEMORA NA TRANSCRIÇÃO DA MEDIDA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. IRRELEVÂNCIA. PROVIDÊNCIA DESTINADA A GARANTIR O DIREITO DE PREFERÊNCIA CONFERIDO LEGALMENTE AO ENTE PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO PELA DESVALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA E LIMITAÇÃO EDILÍCIA. DESCABIMENTO. DECRÉSCIMO NÃO COMPROVADO. EXERCÍCIO DOS DIREITOS INERENTES AO DOMÍNIO APENAS PARCIALMENTE RESTRINGIDO. PRECEDENTES DESTA CORTE. PLEITO DE COMPENSAÇÃO DAS DESPESAS DE MANUTENÇÃO DO BEM. GASTOS QUE INCUMBEM AO PROPRIETÁRIO, SALVO DEMONSTRAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS (ART. 19, DECRETO-LEI N. 25/1937). IMPOSSIBILIDADE NÃO

---

<sup>194</sup> ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 196.

DEMONSTRADA (ART. 373, II, NCPC). PRECEDENTES DO STJ. DIREITO À ISENÇÃO DO IPTU INCIDENTE SOBRE O IMÓVEL, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL, A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. VERBA HONORÁRIA IRRETOCADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>195</sup>

### 3.1.2 Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

#### Exemplo 5

No quinto julgado em exame, destaca-se a abordagem – nos moldes defendidos nesta dissertação (vide Capítulo 2) – de que não há ofensa à tripartição de poderes quando o Judiciário age para suprir determinados tipos de omissão do Executivo na preservação do meio ambiente (no caso, cultural), especialmente quando a decisão do juiz tem amparo em laudo pericial, como se observa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. COISA JULGADA. I - Havendo nos autos decisão rejeitando o pedido de denúncia à lide do Município, sobre a qual não houve recurso, não pode o mesmo ser reintegrado como parte no processo, em razão de ofensa a coisa julgada. II - O Estado tem responsabilidade para a preservação de imóvel urbano em situação de risco, em face ao abandono e descaso e pelos danos causados ao patrimônio histórico e cultural. III - É possível a intervenção do Poder Judiciário, por meio da tutela jurisdicional, a fim de suprir eventual omissão do Poder Público no cumprimento do dever de preservação do meio ambiente cultural, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos poderes. IV - Tendo o laudo pericial discriminado o que pode ser restaurado e preservado, não há que se falar em inviabilidade no cumprimento da obrigação de fazer.

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Município de São Luís e pelo Estado do Maranhão contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Capital, Dr. Douglas de Melo Martins, que nos autos da ação civil pública interposta pelo Ministério Público Estadual julgou procedentes os pedidos da inicial.

O apelado ajuizou a referida ação civil pública inicialmente contra o Estado do Maranhão, com base no Procedimento Preparatório nº 017/2007, visando a restauração da "Fonte e Largo do Marajá", situado na Rua do Marajá, Centro, na Cidade de São Luís, bem este

---

<sup>195</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC). **Apelação n. 0096720-73.2007.8.24.0023**, da Capital, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 29-03-2016. Disponível em <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em: 21 jan. 2019.

de uso comum do povo, o qual foi tombado pelo Decreto nº 9.651/1984, cuja construção data do século XIX, no ano de 1828, tendo, portanto, relevante interesse público, histórico e cultural e hoje encontra-se em estado de degradação, conforme vistoria juntada aos autos, em que pese tenha passado por uma reforma realizada pelo Município de São Luís, no ano de 1984, onde foram feitas escola, praça, quadra esportiva e coreto, sendo suprimida a fonte e perdidas as características originárias, razão pela qual requereu a condenação do Estado à restauração de todas as características arquitetônicas originais.

O Estado do Maranhão apresentou contestação arguindo a sua ilegitimidade passiva e requereu a denunciação à lide do Município de São Luís. No mérito, salientou a existência de responsabilidade objetiva do ente municipal.

Realizada audiência preliminar onde foram rejeitadas as preliminares de ilegitimidade passiva e o pedido de denunciação à lide do Município, sendo deferida a realização da prova pericial, cujo laudo foi apresentado às fls. 152/166.

Posteriormente, foi realizada a audiência de instrução onde foram ouvidas a perita e as testemunhas, Alcindo Alves da Costa Filho (SINFRA) e Luciana Mendonça Neves (DPHAP).

Foi determinada, ainda, a citação do Município de São Luís, na qualidade de litisconsorte passivo, tendo este apresentado sua defesa aduzindo a impossibilidade material do cumprimento da obrigação de fazer objeto da ação, em razão da inexistência de registros históricos acerca do imóvel, além da ofensa ao princípio da separação dos poderes e da reserva do possível.

A sentença julgou procedentes os pedidos da inicial para condenar os réus a procederem à restauração da Fonte e Largo do Marajá, cuja área tombada se encontra identificada às fls. 152/166, conforme o Decreto nº 9.651/1984, recuperando-lhe todas as características arquitetônicas originais e, permitindo à população, a fruição saudável desse bem de uso comum do povo, conforme projeto de restauração a ser apresentado, no prazo de 6 (seis) meses, e executado no prazo de 3 (três) anos, a contar da intimação da sentença. Fixou multa diária de R\$ 1.000,00 em caso de descumprimento, a ser revertida ao Fundo Estadual de Direitos Difusos. Sem custas e sem honorários advocatícios.

**O Município apelou argumentando a ocorrência de crise financeira e que a determinação da referida reforma ofende o seu poder discricionário, ante a necessidade de realizar outras medidas prioritárias, de modo que entende haver ofensa ao princípio da separação dos poderes.** Defendeu, ainda, que pelo princípio da reserva do possível não é razoável que o administrador abarque todos os problemas sociais em razão da escassez dos recursos. Por fim, argumentou a impossibilidade material do cumprimento da obrigação de fazer em razão da ausência de dados históricos que permitam a restauração do bem, além do elevado grau de deprecação.

O Estado do Maranhão apelou reiterando a tese de que a obrigação para a recuperação do imóvel é do Município de São Luís, que é o seu proprietário e dispõe de idoneidade financeira para tanto.

O Ministério Público Estadual asseverou a possibilidade da restauração do imóvel, conforme defendido no laudo pericial juntado aos autos e que a responsabilidade civil é solidária dos apelantes no

tocante à conservação e preservação do patrimônio histórico e cultural.

O mérito refere-se à preservação do patrimônio histórico e cultural, no caso, a restauração da "Fonte e Largo do Marajá", situado na Rua do Marajá, Centro da Cidade de São Luís, bem de uso comum do povo, o qual foi tombado pelo Decreto nº 9.651/1984, cuja construção data do século XIX, no ano de 1828.

A Constituição Federal dedica capítulo próprio à proteção do patrimônio cultural, constituído dos bens de natureza material e imaterial que, pelo seu valor histórico, estético, artístico, turístico, paisagístico ou arqueológico, são considerados parte integrante da construção da sociedade brasileira e necessários à preservação de sua memória e identidade (CF, art. 216 caput IV e §1º).

O imóvel em questão é situado na Rua do Marajá, o qual foi tombado pelo Decreto nº 9.651/1984 e faz parte do patrimônio histórico do Estado, restando demonstrada a legitimidade deste na lide, para a sua restauração. Tal posicionamento é adotado pelo STJ, bem como por esta Corte.

Vejamos:

‘AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNÇÃO MEMORATIVA DO DIREITO DE PROPRIEDADE. TOMBAMENTO GLOBAL. RESTAURAÇÃO DE IMÓVEIS PERTENCENTES AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO DA HUMANIDADE. OMISSÃO NA PROTEÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. ARTS. 17 E 19 DO DECRETO-LEI 25/1937.

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público, que resultou na condenação dos réus a procederem ao início da restauração completa de três imóveis tombados, integrantes do patrimônio histórico, arquitetônico e cultural de São Luís (MA), que lentamente se deterioraram e desabaram. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO

2. É inadmissível Recurso Especial quanto à questão (arts. 475-J e 461, § 4º, do Código de Processo Civil) que não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. EFEITOS DO TOMBAMENTO.

3. Emissão da função memorativa do direito de propriedade, o tombamento, voluntário ou compulsório, produz três órbitas principais de efeitos. Primeiro, acarreta afetação ao patrimônio histórico, artístico e natural do bem em tela, com a consequente declaração sobre ele de conjunto de ônus de interesse público, sem que, como regra, implique desapropriação, de maneira a assegurar sua conservação para a posteridade. Segundo, institui obrigações concretas - de fazer, de não fazer e de suportar - incidentes sobre o proprietário, mas também sobre o próprio Estado. Terceiro, abre para a Administração Pública e para a coletividade, depositárias e guardiãs em nome das gerações futuras, a possibilidade de exigirem, em juízo, cumprimento desses deveres negativos e positivos, inclusive a restauração do bem ao status quo ante, sob regime de responsabilidade civil objetiva e solidária, sem prejuízo de indenização por danos causados, até mesmo morais coletivos.

4. "O ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo, tem por finalidade preservar o bem identificado como de valor cultural, contrapondo-se, inclusive, aos interesses da propriedade privada, não só limitando o exercício dos direitos inerentes ao bem, mas também

obrigando o proprietário às medidas necessárias à sua conservação" (REsp 753.534/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/11/2011).

5. Vigora no Brasil proibição legal absoluta de destruição, demolição e mutilação de bens tombados (art. 17, caput, do Decreto-lei 25/1937), vale dizer, um regime de preservação plena, universal e perpétua. Aos que violam a proibição legal, além dos remédios e cominações previstos no Decreto 25/1937 e da responsabilidade civil objetiva e solidária, aplicam-se sanções criminais e, no caso de contribuição ativa ou passiva de servidor público, penas disciplinares e as previstas na Lei da Improbidade Administrativa. Irrelevante, em âmbito de defesa, o "jogo de empurra", tão comum, como pernicioso, entre União, Estados e Municípios.

6. A notificação ao Poder Público, pelo proprietário do bem tombado, de que não dispõe de recursos para realizar obras de conservação e reparação (art. 19 do Decreto-Lei 25/1937), não o libera para simplesmente abandonar a coisa à sua própria sorte e ruína, sobretudo porque o ordenamento coloca à sua disposição mecanismos gratuitos para forçar a ação do Estado, bastando provocar o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

#### RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

7. Como bem decidiu o Tribunal de origem, são responsáveis solidariamente pela preservação de imóvel urbano em situação de risco, em face ao abandono e descaso e pelos danos causados ao patrimônio histórico e cultural, todo aquele a quem incumbe protegê-lo ou quem, direta ou indiretamente, contribua para o desrespeito, entre os quais se incluem o proprietário, mesmo que locador, e o Poder Público.

#### TOMBAMENTO GERAL

8. Segundo a jurisprudência do STJ, quanto à natureza das obrigações que do ato decorrem, inexistente distinção entre tombamento individualizado e global (também chamado geral ou de conjunto): "Não é necessário que o tombamento geral, como no caso da cidade de Tiradentes, tenha procedimento para individualizar o bem (art. 1º do Decreto-Lei n. 25/37). As restrições do art. 17 do mesmo diploma legal se aplicam a todos os que tenham imóvel na área tombada" (REsp 1.098.640/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/6/2009). [...] (REsp 1359534/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 24/10/2016).

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBRIGAÇÃO DE FAZER. TOMBAMENTO COMPROVADO. RESPONSABILIDADE PROPRIETÁRIO, ESTADO E MUNICÍPIO. RESTAURAÇÃO DE IMÓVEIS PERTENCENTES AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO DA HUMANIDADE. I - Com efeito, o §1º do inc. V do art. 16 da Constituição Federal é bem claro quando determina que, juntamente com a comunidade, o Poder Público "promoverá e protegerá o Patrimônio Cultural Brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas, de acautelamento e preservação". Análise deste dispositivo deixa ao alvedrio do ente público a medida mais adequada a ser tomada, de acordo com o bem cultural a ser protegido. II - O Decreto Estadual nº 10.089/1986 demonstra claramente que os imóveis de nº 724 e 732 da Rua dos Afogados, Centro, São Luis/MA, foram tombados. II - São responsáveis solidariamente pela situação de imóvel urbano em situação de risco, face o abandono e descaso e

pelos danos causados ao patrimônio histórico e cultural, o proprietário, o Estado e o Município. IV - É perfeitamente cabível a multa diária e a condenação em indenização ao Fundo Federal de Interesses Difusos, eis que o primeiro é para o caso de ressarcimento pelos danos ambientais causados e impossíveis de serem reparados, a serem apurados em liquidação de sentença, e o segundo para o caso do descumprimento da decisão, devendo este último ser reduzido por ter sido fixado em patamar desproporcional e desarrazoado. V - Primeiro Apelo improvido e segundo apelo parcialmente provido, para reduzir o valor da multa diária fixada em caso de descumprimento. (Ap no(a) AI 028678/2010, Rel. Desembargador(a) RAIMUNDA SANTOS BEZERRA, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 26/01/2012, DJe 01/02/2012).

Dessa forma, o Juízo de base determinou a restauração do prédio tombado, assim como que sejam adotadas as medidas protetivas pertinentes. Nesse mesmo sentido, cito os seguintes precedentes, in verbis:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE LAGOA SANTA. CAPELA DE SANTANA DO FIDALGO. IMÓVEL TOMBADO. CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO. OBRAS DE MANUTENÇÃO. URGÊNCIA CONFIRMADA. PRAZO PARA CUMPRIMENTO DAS OBRAS DE RESTAURAÇÃO. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA NO REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO. (TJ-MG - AC: 10148120004087003 MG, Relator: Lílian Maciel Santos (JD Convocada), Data de Julgamento: 10/08/2017, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/08/2017)

Quanto a alegação de que a sentença afronta o Princípio da Separação dos Poderes, tenho que não assiste razão ao recorrente, pois o provimento almejado na presente demanda não se trata de determinar à Administração quais obras devem ser realizadas com vistas à preservação do patrimônio histórico/cultural, em detrimento de outras.

Em realidade, compete ao Poder Judiciário analisar, em casos como o presente, se o ato administrativo (ou a falta dele) implica em inobservância ao ordenamento jurídico, bem como adotar as medidas necessárias para salvaguardar direitos de possíveis lesões que possam advir da atividade administrativa. No caso, não se está afrontando o princípio da separação dos poderes, mas apenas buscando tutelar a proteção do patrimônio histórico e cultural. Ademais, a sentença inclusive faz a ressalva de que os réus apresentem o projeto de restauração. Vejamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Obrigação de fazer consistente em executar as medidas necessárias para a recuperação e restauração da sede da Prefeitura Municipal, o Palácio Rio Branco. Dever de proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural. Competência comum da União, Estados e Municípios. Arts. 23 e 216 da Constituição Federal. Possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, por meio da tutela jurisdicional, a fim de suprir eventual omissão do Poder Público no cumprimento do dever de preservação do meio ambiente cultural, sem que isso implique ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. O Município não pode se negar a cumprir um dever imposto pela

Constituição face à falta de previsão orçamentária. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido. TJ-SP - APL: 10171009720148260506 SP 1017100- 97.2014.8.26.0506, Relator: Vera Angrisani, Data de Julgamento: 10/10/2016, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 10/10/2016) [...]'.<sup>196</sup>

### 3.1.3 Decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)

#### **Exemplo 6**

O sexto caso traz, já na ementa do acórdão, a referência expressa ao meio ambiente cultural; e mais, ao reconhecer a importância histórico-cultural do Teatro Grande Otelo, o TJMG relativizou o direito de propriedade – que não é absoluto, de acordo com a Constituição (arts. 5º, XXIII, 170, III e 182, § 2º) – e determinou ao Executivo que restaurasse e preservasse referido bem, não obstante não houvesse ato administrativo prévio de tombamento.

A propósito da questão alusiva à função social da propriedade e, paralelamente, do direito a indenização, Zandonade leciona:

Não raro a satisfação dos interesses coletivos encontra obstáculos em direitos regularmente instituídos, de modo que a solução dos conflitos depende da compreensão e, em muitos casos, até mesmo do completo sacrifício de uns ou de outros. A fim de possibilitar a consecução do interesse público, que deve prevalecer diante dos interesses particulares, a lei autoriza a lesão total ou parcial do conteúdo de direitos subjetivos, mediante a compensação dos prejuízos econômicos disso resultantes.<sup>197</sup>

Assim, há casos em que o sacrifício ou o abrandamento de um direito deverá ser tolerado pelo bem comum, sem que o titular de tal direito receba qualquer tipo de contraprestação estatal. Presume-se, em tais situações, que o prejuízo é ínfimo ou perfeitamente suportável e não configura excesso ou lesão indenizável, tal como ocorre em inúmeros casos de tombamento, como retratado, por exemplo, nos casos 1 e 4 supramencionados.

A situação, cujo excerto ora se replica, bem demonstra que o Poder Judiciário, na linha preconizada neste trabalho, possui, como último refúgio para garantia de direitos previstos na Constituição e em leis, atribuição para

<sup>196</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. (TJMA). **Apelação cível 0036073-66.2010.8.10.0001**, Rel. Jorge Rachid Mubárack Maluf, data do julgamento 30 ago. 2018. Disponível em: <<http://jurisconsult.tjma.jus.br/#/sg-jurisprudence-list>> Acesso em: 21 jan. 2019.

<sup>197</sup> ZANDONADE. Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 194.

determinar a outros poderes e a particulares que recuperem e mantenham íntegro os bens representativos do patrimônio ambiental cultural.

Destaca-se do acórdão que “se o poder público não toma as providências bastantes a proteger formalmente o bem com uma das providências acima, é legítimo que o Poder Judiciário declare o valor cultural do bem e determine as providências de restauração e conservação para evitar o seu perecimento.”

Destaca-se, ainda, do acórdão:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL. MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA. TEATRO GRANDE OTELO. BEM DE VALOR CULTURAL. OBRIGATORIEDADE DE RESTAURAÇÃO E CONSERVAÇÃO. DIREITO DE PROPRIEDADE RELATIVIZADO EM BENEFÍCIO DO DIREITO DA COLETIVIDADE AO MEIO AMBIENTE CULTURAL DEVIDAMENTE PRESERVADO. PRAZO PARA A RESTAURAÇÃO. MAJORAÇÃO.

- A constatação do valor histórico e cultural de determinado imóvel para o contexto do Município - o que representa meio de preservar a memória e identidade da cidade - implica reconhecer que é possível ao Poder Judiciário reconhecer essa particular característica e obrigar o poder público a dele cuidar e preservar.

- Majora-se o prazo fixado na sentença para restaurar o imóvel quando ele é inexecuível em face das circunstâncias do caso concreto.

[...]

1 - A espécie em exame.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor do Município de Uberlândia objetivando o tombamento judicial do Teatro Grande Otelo, bem de importância histórico-cultural, e compelir o réu a o restaurá-lo.

No âmbito da inicial, o autor explicou que imóvel: está em total abandono, com eminente risco de demolição, e interditado pela Defesa Civil desde 10.02.2011; possui importância histórica para a população local; é um exemplo de patrimônio cultural, por ser uma construção do povo, acervo de símbolos e sentimentos transmitido pelas gerações; construído em 1966, tem importância cultural para o Município de Uberlândia e é de notável valor simbólico.

Alegou ser desnecessário o prévio tombamento; discorreu sobre as regras afetas ao tombamento, que pode ser por procedimento administrativo, lei ou via jurisdicional; salientou a omissão do Município de Uberlândia.

Ao contestar a inicial (f. 248/295), o requerido argumentou, em brevíssima síntese: a impossibilidade jurídica do pedido; a falta de interesse de agir, por se tratar de discricionariedade administrativa; a inépcia da inicial, por pedido incoerente e contraditório; a necessidade de revogação da liminar outorgada na ação cautelar em apenso; a legitimidade, legalidade e necessidade da demolição por se tratar de questão de segurança pública ante o risco eminente de desabamento devido ao comprometimento da estrutura da edificação; a impossibilidade de restauração; a sua conduta diligente; o não

recebimento de repasse financeiro para a reforma; ser o tombamento um ato discricionário do Poder Público; que a demolição é ato de ração impositiva; a impossibilidade de declaração judicial do tombamento; a inadmissão da teoria da responsabilidade civil objetiva por risco integral; a degradação do bem por evento de força maior; a inexistência de valor cultural e histórico do teatro; a inconsistência dos documentos juntados à inicial; a colisão entre o princípio da segurança pública e a regra de proteção ao patrimônio público cultura; a nulidade da decisão que concedeu a liminar nos autos da ação cautelar por ausência de fundamentação; a injusta aplicação de multa; a impossibilidade de restauração do bem e a desproporcionalidade do prazo pleiteado para o cumprimento da obrigação de fazer.

Após regular contraditório, os pedidos foram julgados procedentes para declarar o tombamento do imóvel sub judice e condenar o Município de Uberlândia a o restaurar no prazo de 180 dias, contados da publicação da sentença (f. 589/591).

[..]

Em relação ao mérito propriamente dito, a sentença deve ser confirmada, data venia, sobretudo porque a própria Municipalidade, ao não se insurgir contra a procedência dos pedidos iniciais - mas, apenas, em relação ao prazo fixado para restaurar o imóvel descrito na inicial - tornou incontroversa a importância do tombamento e da necessidade de se conservar o imóvel.

Ao abordar a pertinência da ação civil pública para a defesa do patrimônio cultural, enfatiza Marcos Paulo de Souza Miranda:

Já em 1976, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em sua décima nona sessão realizada em Nairóbi, por meio da Recomendação relativa à salvaguarda dos conjuntos históricos e sua função na vida contemporânea, reconhecia 'que os conjuntos históricos ou tradicionais fazem parte do ambiente cotidiano dos seres humanos em todos os países, constituem a presença viva do passado que lhes deu forma, asseguram ao quadro da vida a variedade necessária para responder à diversidade da sociedade e, por isso, adquirem um valor e uma dimensão humana suplementares.'

Segundo tal direcionamento a doutrina de vanguarda acerca da questão afirma que o meio ambiente não mais se resume ao aspecto meramente naturalístico, mas comporta uma conotação abrangente, holística, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência no seu desenvolvimento na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o cerca.

Dessa forma, afirma-se que o meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. Tal integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.

(...)

Hodiernamente, 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, 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 de seu proprietário ou do Poder Público. 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. Como abaixo se vê, de há muito doutrina, jurisprudência e, mais recentemente, a própria legislação federal vêm consagrando a possibilidade do Poder Judiciário reconhecer o valor cultural de determinado bem e determinar as medidas necessárias à sua conservação, independentemente de prévio ato de tombamento.

[...]

Se o poder público não toma as providências bastantes a proteger formalmente o bem com uma das providências acima, é legítimo que o Poder Judiciário declare o valor cultural do bem e determine as providências de restauração e conservação para evitar o seu perecimento.

Por certo, as providências determinadas pelo Poder Judiciário, uma vez que nada mais representam que uma proteção prévia e acautelatória, não excluem nem obstatam providências administrativas postas como de intenção, mas não concretizadas ainda pelo Município de Uberlândia.

Embora a Municipalidade afirme que tem tomado todas as providências necessárias e ao seu alcance para proteção do imóvel, são tímidas e insuficientes para a devida e eficaz proteção do patrimônio cultural, o que confirma a pertinência e necessidade das medidas emanadas do Poder Judiciário em atendimento ao pedido do Ministério Público.

Não se pode olvidar, ainda, que o art. 5º, da CR, ao garantir o direito fundamental à propriedade e estabelecer que será exercida de acordo com seu fim social, não limitou a obrigatoriedade à propriedade rural, devendo a parte comprovar a absoluta insuficiência de recursos para se eximir de suportar os custos com a restauração e preservação.

Como antes exposto, a noção privatística de propriedade se alarga, estende e relativiza diante da necessidade de proteger o bem para toda a coletividade, obrigação também voltada ao Município, ainda que não proprietário do imóvel - o que não é o caso dos autos, pois o imóvel foi desapropriado por ele.

[...]

Diante do exposto, uma vez constatado que o imóvel descrito na inicial integra o patrimônio do Município e representa importante figura para preservação da memória e identidade da cidade de Uberlândia, o caráter absoluto e individualista da noção de propriedade cede lugar a conceito transcendente que atinge número indefinido de cidadãos, impondo aos proprietários ônus que devem ser suportados em prol de toda a coletividade.

Se é certo que o meio ambiente - que tem por uma de suas facetas o meio ambiente histórico cultural - é bem de uso comum do povo, de titularidade coletiva, não menos certo é que o detentor da propriedade daquele bem identificado tem a obrigação de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (TJMG). **Apelação cível n. 1.0702.11.038916-1/001**, Rel. Alberto Vilas Boas, data do julgamento 9 fev. 2017. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp?numero=undefined>> Acesso em: 22 jan. 2019.

### 3.1.4 Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)

#### **Exemplo 7**

O sétimo caso novamente corresponde a uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público em que a competência comum, constitucionalmente estabelecida para a proteção do meio ambiente cultural (art. 23), é invocada para assentar a correição do Município de Ribeirão Preto no polo passivo da lide, cujo objetivo é a recuperação e restauração da sede do próprio Poder Público municipal.

Tal como referido no segundo capítulo deste trabalho, e já mencionado em outros acórdãos aqui destacados, a omissão do Executivo não pode ser obstáculo à atuação do Judiciário, que em seu ofício constitucional tem o dever de fazer cumprir a lei.

O exposto repúdio à tese de que a atuação judicial, no caso, representaria ofensa à doutrina da separação dos poderes é salutar à legitimação do próprio julgado e se soma a tantos outros no mesmo sentido, todos a formar uma sólida base de precedentes aptos a reforçar a ideia de que relevantes omissões estatais podem – e devem – ser combatidas na seara judicial.

Eis um excerto do acórdão:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. Obrigação de fazer consistente em executar as medidas necessárias para a recuperação e restauração da sede da Prefeitura Municipal, o Palácio Rio Branco. Dever de proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural. Competência comum da União, Estados e Municípios. Arts. 23 e 216 da Constituição Federal. Possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, por meio da tutela jurisdicional, a fim de suprir eventual omissão do Poder Público no cumprimento do dever de preservação do meio ambiente cultural, sem que isso implique ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. O Município não pode se negar a cumprir um dever imposto pela Constituição face à falta de previsão orçamentária. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido.

I- Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO objetivando a condenação desta na obrigação de fazer consistente em executar as medidas necessárias para a recuperação e restauração da sede da Prefeitura Municipal, o Palácio Rio Branco, obedecendo-se às diretivas do Conselho de Preservação do Patrimônio Cultural (CONPPAC), sob pena de multa diária a ser recolhida em fundo especial.

A sentença de fls. 223/225 "julguo parcialmente procedente o pedido

formulado, para condenar a parte ré na obrigação de fazer, consistente em executar as medidas necessárias para a recuperação e restauração da herma do Barão do Rio Branco, localizada na Praça Barão do Rio Branco, nesta Comarca, devendo promover, no prazo de 90 dias, iniciativa normativa para a obtenção da receita necessária. Sucumbência recíproca." (sic)

Recorre a Municipalidade sustentando, em síntese que, vem cumprindo com seu dever legal de preservação do Palácio do Rio Branco, sede da Prefeitura Municipal, pautado pelo princípio da legalidade e da programação orçamentária, ligado ao plano de ação governamental, de modo que, qualquer ingerência nesta atuação do poder público municipal revela-se, além de injustiça, desnecessária, já que pautada, como visto acima, pelo ordenamento jurídico vigente. (fls. 230/237). [...]

Inicialmente, impõe-se reconhecer que o dever de proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural é constitucionalmente imputado a todos os entes da federação, nos termos preconizados pelo art. 23 e §1º do art. 216, ambos, da Constituição Federal:

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

.....  
 III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

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

[...]

O Município de Ribeirão Preto regrou a defesa do patrimônio cultural na Lei Orgânica do Município no capítulo destinado à cultura, artigo 182 e na Lei Complementar Municipal nº 501/95, artigos 3º, inciso V, VII; art. 4º, inc. V, art. 6º, inc. VI, art. 16, III, art. 124, I.

Nesta feita, inquestionável a pertinência da presente ação civil pública, pois visa à proteção do patrimônio histórico, paisagístico e cultural do Município, assim como a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, por meio da tutela jurisdicional, a fim de suprir eventual omissão do Poder Público no cumprimento do dever de preservação do meio ambiente cultural, sem que isso implique ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Quanto à inexistência de recursos orçamentários, para fazer frente aos gastos respectivos, com a devida vênia, é questão metajurídica, pois o Município não pode se negar a cumprir um dever imposto pela Constituição face à falta de previsão orçamentária. Alegação essa não demonstrada. Ainda, a sentença determinou a promoção, em 90 (noventa) dias, da iniciativa normativa necessária para obtenção da receita a ser utilizada na recuperação do patrimônio histórico e cultural

do Palácio Rio Branco.<sup>199</sup>

### 3.1.5 Decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)

#### **Exemplo 8**

O oitavo e último caso brasileiro que se expõe neste trabalho serve como reafirmação dos conceitos e fundamentos utilizados nesta dissertação nos pontos em que se destacou: a) a utilização da ação civil pública como instrumento processual para compelir o Poder Público a agir em prol do meio ambiente cultural; b) o reconhecimento pelo Judiciário do valor histórico-cultural de determinado bem, seja perante a existência de prévio ato administrativo em tal sentido, seja autonomamente, com fundamento em perícia, por exemplo; c) a possibilidade de o Judiciário tomar medidas concretas, impositivas, para determinar a preservação, caso apenas ameaçado, ou a restauração – inclusive nos exatos moldes originais –, na hipótese de o bem ter sido solapado ou desfigurado.

Destacam-se, nesse contexto, os seguintes tópicos do acórdão:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO AMBIENTAL. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. CLUBE DO COMÉRCIO DE ERECHIM. ARQUITETURA MODERNISTA. RESTABELECIMENTO DA FACHADA ORIGINAL DO PAVIMENTO TÉRREO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

1. O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Clube do Comércio, por meio de investigações levadas a efeito em inquérito civil, destacando ter apurado situação lesiva ao patrimônio cultural do Município de Erechim, especificamente ao prédio do referido clube, com reconhecido valor cultural, cuja fachada do pavimento térreo, destinado para salas comerciais, estaria sendo alterada sem a devida autorização do ente público, assim como a aludida entidade não estaria adotando as medidas acautelatórias indicadas pela administração municipal, por intermédio do Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural (COMPHAC).

2. Com amparo na documentação que instruiu os autos do inquérito civil promovido pelo Ministério Público, não remanesce qualquer dúvida tratar-se a fachada do Clube do Comércio de bem cultural

---

<sup>199</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (TJSP). **Apelação cível n. 1017100-97.2014.8.26.0506**, Rel. Vera Angrisani, data do julgamento: 10 out. 2016. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9884909&cdForo=0&uidCaptcha=sajcaptcha\\_0de9fe75449f435796ef92798cd30dbd&vlCaptcha=yxpk&novoVICaptcha=>](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9884909&cdForo=0&uidCaptcha=sajcaptcha_0de9fe75449f435796ef92798cd30dbd&vlCaptcha=yxpk&novoVICaptcha=>)> Acesso em: 21 jan. 2019.

municipal de Erechim, constando do Inventário de Proteção ao Acervo Cultural (IPAC), revelando-se a notoriedade do seu valor histórico e cultural, cuja salvaguarda restou bem delineada pela sentença de procedência da presente ação civil pública movida contra o Município de Erechim, datada de 2015, que deliberou competir ao COMPHAC definir o nível de proteção que deve ser conferido a cada bem integrante do acervo, ficando obstado ao ente público municipal autorizar qualquer construção, reconstrução, reforma, aumento ou demolição relativa aos bens integrantes do IPAC.

3. O prédio do Clube do Comércio, além de se encontrar registrado no IPAC e ter seu valor cultural reconhecido, então, judicialmente, dispõe de proteção expressa do COMPHAC, que, exercendo sua competência prevista em Lei Municipal, apontou a existência de irregularidades ao Ministério Público, solicitando sua intervenção de modo que fossem sustadas as lesividades ao patrimônio cultural, decorrentes de obras que realizadas na fachada do pavimento térreo do prédio.

4. No caso concreto, o prédio do Clube do Comércio data, originalmente, de 1957, tendo sofrido ampliação em 1979, pelo que qualquer autorização para construção ou reforma a ser nele realizada deve ser protocolada com análise pelo órgão técnico do Município, com oitiva do COMPHAC, tendo em conta, especialmente, o seu valor histórico, arquitetônico e urbanístico, que se apresenta indiscutível. As imagens que instruem o inquérito civil mostram os impactos sofridos pelo prédio do Clube do Comércio nos últimos anos, cuidando-se, atualmente, de patrimônio cultural totalmente descaracterizado, tomado por fachadas de lojas de vestuário e de farmácia.

5. Nesse sentido, o fato de ter havido eventual chancela do ente público quanto a obras que atentassem contra o patrimônio histórico, artístico e cultural, especialmente anteriormente à edição da Lei Municipal n. 4.248/2007, que instituiu a proteção a esse patrimônio em seu art. 1º, não obsta que haja a intervenção judicial para a sua defesa, não havendo correção na omissão do Município em proteger o patrimônio histórico, permitindo, portanto, a degradação do meio ambiente cultural.

6. Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário o controle da legalidade do ato emanado da administração pública, ainda que tenha ela atuado legitimamente dentro de sua esfera privativa do mérito administrativo, motivo por que não se sustenta a ordem judicial restrita à recomposição/restauração da fachada de uma única sala comercial existente no térreo do prédio, mas de todas as demais lojas mantenham suas fachadas alteradas, transfigurando o edifício histórico. Nessa linha de raciocínio, a Lei Municipal n. 4.248/2007 lança a preservação e a conservação sobre bens móveis e imóveis que tenham vinculação a fatos memoráveis da história do Município, o que encontra justificativa na ameaça constante de desaparecimento dos bens culturais, sendo papel do direito salvaguardá-los, justamente porque a arquitetura significa a conservação viva da memória, que permite a formação da identidade de um povo.

7. Por todos esses fatos, insuperáveis as ilegalidades das obras que ocasionaram as alterações existentes na fachada do pavimento térreo do edifício do Clube Comércio de Erechim, assim como a obrigação do réu em adotar as medidas indicadas pelo ente público municipal, por intermédio do COMPHAC, para restabelecer/restaurar as

características arquitetônicas que garantam a preservação do valor cultural do bem.

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU. UNÂNIME.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO e pelo CLUBE DO COMÉRCIO DE ERECHIM, nos autos da ação civil pública movida pelo primeiro contra o segundo, da sentença prolatada conforme segue:

‘Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos deduzidos pelo Ministério Público contra Clube do Comércio, para ORDENAR ao réu que:

(a) relativamente à sala comercial objeto do expediente administrativo nº 2015/2189 (fls. 20 a 28 do IC), RESTABELEÇA a fachada original, recompondo/restaurando as colunas em pastilhas, efetuando o recuo e demais medidas e obras já indicadas e que vierem a ser indicadas pelo Município de Erechim, através de seu Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural – COMPHAC, e dos demais órgãos competentes da administração municipal; e (b) relativamente ao prédio como um todo, ABSTENHA-SE de realizar qualquer obra e/ou intervenção sem que haja prévias deliberação e aprovação do Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural – COMPHAC, e dos demais órgãos competentes da administração municipal.

Na forma dos arts. 536 e 537 do NCPD, para o cumprimento da obrigação de fazer disposta no item (a), desde já fixo o PRAZO DE 06 MESES a contar do trânsito em julgado desta decisão, de logo estabelecendo MULTA DIÁRIA para o caso de descumprimento em R\$ 1.000,00, limitada a 60 dias.

Em face da sucumbência recíproca, o réu arcará com 70% das custas processuais.

Indevido o arbitramento de honorários, dada a natureza da ação.’

Em suas razões (fls. 41v./50v.), o Ministério Público alegou que o Clube do Comércio encontrar-se-ia elencado no Inventário de Proteção do Patrimônio Cultural (IPAC), como exemplar de prédio com estilo de arquitetura modernista, bem como o seu valor jurídico componente de inventário de bens teria sido reconhecido judicialmente por meio de ação civil pública que teria tramitado na Comarca de Erechim. Apontou que a sentença considerou que apenas seria exigível a recomposição/restauração da fachada original com relação à sala comercial sobre a qual versa o processo administrativo n. 205/2189, pois as obras efetuadas nela não contariam com aprovação do Município de Erechim, enquanto que as demais teriam sido realizadas com a chancela do ente público. Disse que o Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural (COMPHAC) seria o órgão competente para deliberar acerca da existência, ou não, de valor cultural em determinado bem, assim como da aprovação, ou não, de reforma/obras/intervenções em bens cujo valor cultural seja reconhecido. Destacou a vigência de Lei Municipal que exigiria que qualquer intervenção em construção que conte com mais de cinquenta anos seja previamente aprovada pelo COMPHAC, o que não impediria que todas as intervenções/alterações na fachada do prédio anteriormente realizadas fossem desfeitas, tendo em vista o dever de

preservação do bem que agregaria valor cultural e que se encontraria inventariado. Acrescentou que o Juiz Singular teria presumido que todas as obras anteriores foram aprovadas pelo ente municipal, no entanto não existiria prova nessa direção nos autos. Referiu que a arquiteta vinculada ao COMPHAC teria afirmado que, em razão de consecutivas alterações realizadas no pavimento térreo do prédio, sem a devida autorização do poder público municipal, somente os pavimentos superiores manteriam as características do estilo modernista. Argumentou que não existiria lógica na sentença, no que toca à determinação de restauração de apenas uma sala comercial, revelando-se a tutela como inócua para o fim de resguardar o patrimônio cultural. Enfatizou a ilegalidade das obras/alterações realizadas na fachada do pavimento térreo do Clube do Comércio, bem como o dever do réu em adotar todas as medidas indicadas pelo Município, por meio do COMPHAC, a fim de serem restabelecidas/restauradas as características arquitetônicas que garantiriam a preservação do valor cultural. Portanto, pediu o provimento do apelo, ao efeito de ser restabelecida a fachada original de todo o pavimento térreo do prédio (abrangendo todas as salas comerciais).

Por sua vez, em suas razões (fls. 53/54), o réu aduziu que existiria no inquérito civil uma relação de prédios sugeridos a serem preservados, da qual o Clube do Comércio não faria parte. Afirmou que a obra teria sido acompanhada pelo Município, tendo havido a outorga de alvará de funcionamento. Identificou que a sentença se teria limitado a analisar o texto constitucional, ignorando as exigências não consumadas para o que patrimônio fosse reconhecido. Narrou que o Município teria consentido na reforma/alteração da fachada, bem como o Ministério Público não teria comprovado a implementação de atos anteriores e indispensáveis para o inventário ou tombamento do imóvel como patrimônio público. Logo, requereu o provimento do recurso.

[...]

No caso concreto, o prédio do Clube do Comércio data, originalmente, de 1957, tendo sofrido ampliação em 1979, ou seja, qualquer autorização para construção ou reforma a ser realizada nele deve ser protocolada com análise pelo órgão técnico do Município, com oitiva do COMPHAC, tendo em conta, especialmente, o seu valor histórico, arquitetônico e urbanístico, que é indiscutível.

As imagens que instruem o inquérito civil mostram os impactos sofridos pelo prédio do Clube do Comércio nos últimos anos, cuidando-se, atualmente, de patrimônio cultural totalmente descaracterizado, tomado por fachadas de lojas de vestuário e de farmácia (fls. 83/85 e 109/110).

Nesse sentido, o fato de ter havido eventual chancela do ente público quanto a obras que atentassem contra o patrimônio histórico, artístico e cultural, especialmente anteriormente à edição da Lei Municipal n. 4.248/2007, que instituiu a proteção a esse patrimônio em seu art. 1º<sup>200</sup>, não obsta que a haja a intervenção judicial para a sua defesa, não havendo correção na omissão do Município na promoção da

---

200 Art. 1º Constitui patrimônio histórico, artístico e cultural o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no Município e cuja preservação e conservação sejam de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Município, quer por seu valor arqueológico, etnográfico ou bibliográfico.

proteção do patrimônio e cultural a justificar a degradação do meio ambiente cultural.

[...]

Nessa perspectiva, quando provocado, como neste caso, cabe ao Poder Judiciário o controle da legalidade do ato emanado da administração pública, ainda que ela tenha atuado legitimamente dentre da sua esfera privativa do mérito administrativo, motivo pelo qual não é sustentável a ordem judicial restrita à recomposição/restauração da fachada de uma única sala comercial existente no térreo do prédio, permitindo que todas as demais lojas mantenham suas fachadas alteradas, transfigurando o edifício histórico.

Além disso, a Constituição Federal identifica a competência pela tutela o patrimônio cultural brasileiro, destacando que o Poder Público deve acautelar e preservar o patrimônio por meio de todos os instrumentos disponíveis [...].

Por tudo isso, insuperáveis as ilegalidades das obras que ocasionaram as alterações existentes na fachada do pavimento térreo do edifício do Clube Comércio, assim como a obrigação do réu em adotar as medidas indicadas pelo ente público municipal, por intermédio do COMPHAC, para restabelecer/restaurar as características arquitetônicas que garantam a preservação do valor cultural do bem.

[...] <sup>201</sup>

### 3.2 A questão peculiar da Convenção de Aarhus: objeto, abrangência e interiorização na Espanha

A Convenção de Aarhus ou Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente é um tratado internacional, com 22 artigos, circunscrito aos membros da União Europeia, assinado em 25 de junho de 1998, na cidade Aarhus (Dinamarca) durante a 4ª Conferência Ministerial “Ambiente para a Europa”, tendo como pilares fundamentais: a) o acesso à informação, b) a participação popular em processos decisórios e c) o acesso à justiça.<sup>202</sup>

Na Espanha, a Convenção foi ratificada em 15 de dezembro de 2004, entrando em vigor em 31 de março de 2005.<sup>203</sup>

<sup>201</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). **Apelação cível n. 0189057-37.2017.8.21.7000**. Relatora Laura Louzada Jaccottet. Data do julgamento: 30 ago. 2017. Disponível em:

<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70074249426&code=3629&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20%20CAMARA%20CIVEL](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70074249426&code=3629&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20%20CAMARA%20CIVEL)> Acesso em: 21 jan. 2019.

<sup>202</sup> Disponível em:

<<https://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=142&sub2ref=726&sub3ref=727>>

Acesso em: 9 de dez. 2018.

<sup>203</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial

Para Ayús y Rubio, a Convenção de Aarhus foi um claro ponto de inflexão na jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha, com a mudança de reconhecimento da legitimação ativa para a defesa do meio ambiente, partindo-se de uma visão restritiva para uma compreensão mais ampla.<sup>204</sup>

Da própria Convenção extrai-se seu objetivo formal:

Artigo 1º. (...) contribuir para a proteção do direito de todos os indivíduos, das gerações presentes e futuras, a viver num ambiente propício à sua saúde e bem-estar, cada parte garantirá a concessão dos direitos de acesso à informação, à participação do público no processo de tomada de decisões e à justiça no domínio do ambiente, em conformidade com o disposto na presente convenção.<sup>205</sup>

Segundo Mazzuoli e Ayala,

Celebrada no contexto europeu e fortemente influenciada pelas mudanças que a Europa tem passado nos últimos anos, a Convenção de Aarhus implementa o compromisso dos países europeus de garantir aos cidadãos (nacionais ou não dos seus Estados partes) o acesso à informação, a participação no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça no domínio do ambiente, reconhecendo que nesse domínio a melhoria do acesso à informação e da participação pública no processo de tomada de decisões aumenta a qualidade das decisões e contribui para a sensibilização do próprio público para as questões ambientais, permitindo-lhe manifestar as suas preocupações às autoridades públicas sobre essas questões.<sup>206</sup>

Com o propósito de tornar efetivas as diretrizes traçadas na Convenção de Aarhus, ainda no plano internacional foram adotadas duas importantes medidas: a adoção da Diretiva 4/2003, sobre o acesso do público à informação sobre o meio ambiente, e a Diretiva 35/2003, que trata da participação pública nas demandas ambientais.<sup>207</sup>

---

Naturaleza y Derecho, 2018. p. 123.

<sup>204</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 123.

<sup>205</sup> Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22005A0517\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22005A0517(01)&from=PT)> Acesso em: 7 dez. 2018.

<sup>206</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. **Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o Direito brasileiro e a Convenção De Aarhus**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/coopera%C3%A7%C3%A3o-internacional-para-preserva%C3%A7%C3%A3o-do-meio-ambiente-o-direito-brasileiro-e-1>> Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>207</sup> Disponível em: <[https://www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf\\_Aarhus\\_booklet\\_ES.pdf](https://www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf_Aarhus_booklet_ES.pdf)> Acesso em: 10 dez. 2018..

A propósito, foi a partir da transposição das Diretivas 4 e 35 para o direito interno que surgiu na Espanha a Lei 27/2006, de 18 de julho, criada para reafirmar, no plano doméstico, o acesso à informação, à participação pública e o acesso à justiça em matéria de meio ambiente.<sup>208</sup> Algumas questões da referida Lei merecem destaque neste momento.

A primeira delas advém ainda da parte introdutória: entre as justificativas e exposição de motivos da Lei, o legislador espanhol não olvidou da divisão de competências interna<sup>209</sup>, ao deixar claro que

Al ser un ámbito de competencia compartida con las Comunidades Autónomas, la Ley no regula procedimiento alguno, sino que se limita a establecer el deber general de promover la participación real y efectiva del público; serán las Administraciones públicas las que, al establecer y tramitar los correspondientes procedimientos, habrán de velar por el cumplimiento de una serie de garantías reconocidas tanto por la legislación comunitaria como por el Convenio de Aarhus, que la Ley enuncia como principios informadores de la actuación pública en esta materia: hacer públicamente accesible la información relevante sobre el plan, programa o disposición normativa; informar del derecho a participar y de la forma en la que lo pueden hacer; reconocer el derecho a formular observaciones y comentarios en aquellas fases iniciales del procedimiento en las que estén aún abiertas todas las opciones de la decisión que haya de adoptarse; justificar la decisión finalmente adoptada y la forma en la que se ha desarrollado el trámite de participación.<sup>210</sup>

<sup>208</sup> ESPANHA. **Lei n. 27/2006**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13010>> Acesso em: dez. 2018.

<sup>209</sup> De acordo com Penco e Carrasco, “La Constitución realiza, con carácter general, un reparto, entre el Estado (nacional) y las Comunidades Autónomas, de las competencias legislativas (para aprobar leyes), reglamentarias (para desarrollar tales normas) y para la ejecución por sus Administraciones de las normas aplicables, aunque dicha atribución competencial no la realiza de manera igual para todas al no ser un Estado federal, si bien el nuestro tiene grandes parecidos con tal modelo político territorial.” Em livre tradução do autor: “A Constituição realiza, como carácter geral, uma distribuição, entre o Estado (nacional) e as Comunidades Autônomas, das competências legislativas (para aprovar leis), regulamentos (para desenvolver tais normas) e para a execução por suas Administrações das normas aplicáveis, embora essa atribuição de competência não a execute igualmente para todos, porque não é um Estado federal, apesar de ter grandes semelhanças com esse modelo político territorial.” ACEDO PENCO, Ángel; PERALTA CARRASCO, Manuel. **El régimen jurídico del patrimonio cultural**. Madri: Dykinson, 2016. p. 132)

<sup>210</sup> Livre tradução do autor. “Sendo uma área de competência compartilhada com as Comunidades Autônomas, a Lei não regula qualquer procedimento, mas apenas estabelece o dever geral de promover a participação real e efetiva do público; As Administrações Públicas serão aquelas que, ao estabelecer e processar os procedimentos correspondentes, terão de assegurar o cumprimento de uma série de garantias reconhecidas tanto pela legislação comunitária como pela Convenção de Aarhus, que a Lei enuncia como princípios de informação da ação pública nesta matéria: tornar acessível ao público as informações relevantes sobre o plano, programa ou disposição normativa; informar sobre o direito de participar e a maneira pela qual eles podem fazê-lo; reconhecer o direito de fazer observações e comentários nas fases iniciais do procedimento, em que todas as opções da decisão a ser adotada ainda estão abertas; justificar a decisão finalmente adotada e a maneira pela qual o procedimento de participação foi desenvolvido.”

Em segundo lugar, destacam-se os objetivos da lei, estabelecidos em seu artigo 1º: tratar dos direitos: a) ao acesso a informações ambientais detidas por autoridades públicas ou outros assuntos que as tenham em seu nome; b) de participação nos procedimentos para a tomada de decisões sobre assuntos que direta ou indiretamente afetem o meio ambiente, e cuja preparação ou aprovação corresponda às Administrações Públicas; c) destinados a instar a revisão administrativa e judicial dos atos e omissões imputáveis a qualquer uma das autoridades públicas que impliquem violações da regulamentação ambiental.

Em terceiro lugar, reputa-se importante atender aos conceitos de “público”, “público envolvido” e “autoridades públicas”, todos estabelecidos no art. 2º, a saber:

a) “público”: “cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos constituidos con arreglo a la normativa que les sea de aplicación”<sup>211</sup>;

b) “pessoas interessadas”:

a) Toda persona física o jurídica en la que concurra cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. b) Cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 23 de esta Ley<sup>212</sup>;

c) “autoridades públicas”:

1. Tendrán la condición de autoridad pública a los efectos de esta Ley:  
a) El Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas. b) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local y las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, a las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales. c) Los órganos públicos consultivos. d) Las Corporaciones de derecho público y demás personas físicas o jurídicas cuando ejerzan, con arreglo a la legislación vigente, funciones públicas, incluidos Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.<sup>213</sup>

”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13010>> Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>211</sup> Livre tradução do autor: “qualquer pessoa física ou jurídica, assim como associações, organizações ou grupos constituídos de acordo com a lei.”

<sup>212</sup> Livre tradução do autor: “a) pessoa física ou jurídica em que se enquadrem as circunstâncias previstas no art. 31 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, no Regime Jurídico das Administrações Públicas e no Procedimento Administrativo Comum; b) qualquer pessoa jurídica sem finalidade lucrativa que atendam aos requisitos estabelecidos no artigo 23 desta Lei.”

<sup>213</sup> Livre tradução do autor: “1. Possuem o status de autoridade pública para os fins desta Lei: a)

Da leitura de tais conceitos já se consegue aquilatar a dimensão e as pretensões da Lei 27/2006, francamente baseada na Convenção de Aarhus, bem como a linha de conduta que dali por diante seria adotada pelo Estado Espanhol como um todo, sem prejuízo da manutenção das competências locais e das comunidades autônomas.

No plano prático, destacamos dois importantes julgados<sup>214</sup> do Tribunal Supremo da Espanha, envolvendo a aplicação da Convenção de Aarhus e ampliação no rol de legitimados à ação popular com o propósito de proteção do meio ambiente.

O primeiro é a Sentença 7400/2009<sup>215</sup>, da Sala do Contencioso-Administrativo. Trata-se de um caso em que uma associação de ecologistas (Ecologistas en Acción) recorreu de uma sentença proferida por um órgão judicial de âmbito inferior, sediada em Madri. No feito, a ação de fundo dizia respeito à instalação de usinas termelétrica em uma localidade de Toledo. O recurso foi inadmitido, inicialmente, por falta de legitimação ativa da associação. Perante o Tribunal Supremo, dentre os argumentos da associação estavam o disposto na recente Lei 27/2006 e nas Diretivas 4 e 35/2003 da Comunidade Europeia, argumentos estes que foram aceitos pela Corte máxima, que conheceu do recurso interposto pela Ecologistas en Acción, para então enfrentar o mérito da causa.

---

O Governo da Nação e os órgãos de governo das Comunidades Autônomas; b) A Administração Geral do Estado, as Administrações das Comunidades Autônomas, as Entidades que compõem a Administração local e as Entidades de Direito Público dependentes ou ligadas ao Estado, às Comunidades Autônomas ou às Entidades Locais; c) os órgãos consultivos públicos; d) empresas de direito público e outras pessoas singulares ou coletivas quando exercem, de acordo com a legislação em vigor, funções públicas, incluindo Notários e Registradores de Propriedades, Mercantis e Móveis”.

<sup>214</sup> Um caso (STS 7400/2009) foi extraído de: AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 127. O outro (STS 3234/2017) foi retirado de: ESPANHA. Tribunal Supremo. <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=8142418&links=&optimize=20170915&publicinterface=true>> Acesso em: 11 dez. 2018.

<sup>215</sup> Sentença completa disponível em: ESPANHA. Tribunal Supremo. <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=4994354&links=asociaciones%20ecologistas&optimize=20091223&publicinterface=true>> Acesso em: 11 dez. 2018.

### 3.3 Outras decisões emblemáticas da Espanha

Da jurisprudência espanhola destacam-se, ainda, alguns julgados pertinentes ao reconhecimento da ação popular em matéria ambiental *lato sensu*.<sup>216</sup>

#### STS 7400/2009 (1º de dezembro de 2009)

Cuida-se de decisão – já abordada neste trabalho, no tópico pertinente à Convenção de Aarhus – que abordou com propriedade a possibilidade de associações de ecologistas ingressarem com ação judicial em defesa de interesse geral.

No caso concreto, restou definido – em contraposição à sentença que fora objeto do recurso – que

Ecologistas en Acción es una organización con personalidad jurídica sin ánimo de lucro, en consecuencia, es titular del derecho al ejercicio de la acción popular estipulada en el artículo 22 de la citada Ley [Lei 27/2006] y ha de reconocérsele legitimación para impunar las resoluciones administrativas contra las que recurrió en la instancia en directa aplicación de la norma señalada.<sup>217</sup>

Trata-se, na realidade, de um importante julgado do Tribunal Supremo que viu sua jurisprudência guinar à democratização do rol de legitimados a impugnar decisões de órgãos judiciais inferiores, assim como tornou mais democrático e facilitado o acesso à justiça na Espanha, inclusive em se tratando de direitos transindividuais<sup>218</sup>, como no caso em destaque.

Na ocasião, a Corte aplicou precedente de sua própria lavra, nos seguintes termos:

En el mismo sentido, se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo, sec. 4ª, rec.4605/1994 . Pte: Rafael Fernandez Montalvo de 19-5-2000:

[...]

Es decir, que a la recurrente no puede tenersele por legitimada activamente por el mero hecho de que en sus estatutos figure como finalidad principal la defensa del medio ambiente, pues ello permitiría

<sup>216</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 127 e s.

<sup>217</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 141-142.

<sup>218</sup> No feito, a ação de fundo dizia respeito a problemas com a instalação de usinas termelétrica em uma localidade de Toledo.

una legitimación abierta en exceso, para la que bastaría con crear una sociedad o asociación en tal sentido. Quiere con ello destacarse que para que pueda tenerse por legitimada a la recurrente se precisa algo más que el que la misma se autoatribuya en sus estatutos la defensa de determinados intereses: debe resultar afectada, en los términos antes expuestos, por las resoluciones que impugna; o bien debe estar legal y expresamente habilitada en tal sentido. De este modo, la recurrente seguramente sostenga su legitimación colectiva con fundamento en la Orden del Ministerio del Interior de 13-6-1997 por la que se declaró su Utilidad Pública. Pero tal declaración comporta diversos derechos (actualmente comprendidos en el art.33 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación), entre los que, evidentemente, no se comprende el derecho a recurrir ante los órdenes jurisdiccionales indiscriminadamente.

Más recientemente, se pronunció en el mismo sentido el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, en sentencia de 11-2-2003, rec.53/2000. Pte: Juan Jose Gonzalez Rivas:

[...]

Este mismo año el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias de gran trascendencia para lo que aquí estamos viendo, como son las siguientes:

1) Sentencia del pleno de la Sala 3ª, de 31-5-2006, rec.38/2004 . Pte: Juan Jose Gonzalez Rivas:

" La legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica en el proceso contencioso- administrativo, como hemos señalado en la doctrina de esta Sala (por todas, sentencias de 11 de febrero de 2003, recurso núm. 53/2000, 6 de abril de 2004 y 23 de abril de 2005, recurso 6154/2002 ), una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (por todas, en SSTC núms. 197/88, 99/89, 91/95, 129/95, 123/96 y 129/2001 , entre otras), pudiéndose concretar algunos criterios interpretativos de la doctrina jurisprudencial en los siguientes puntos:

a) La importancia del interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo al ocasionar un perjuicio, como resultado inmediato de la resolución dictada.

[...]

c) La genérica legitimación en la Ley Jurisdiccional que se establece a favor de corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos y la legitimación que no ampara el puro interés por la legalidad, salvo en los limitados casos de la acción popular.

[...]

f) Otro de los ejes sobre los que se ha producido la expansión del concepto de la legitimación activa ha sido la acentuación de la idea de los intereses colectivos o de grupo, como refleja la regulación que hoy hacen las Leyes 29/1998 y 1/2000, acogiendo la evolución iniciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y continuada por el Tribunal Constitucional. Pero también, en este aspecto, la ampliación experimentada tiene sus límites y así resulta en cuanto a los intereses colectivos cuya diferencia con los intereses difusos -reconocidos por el art. 7 de la LOPJ , como aptos también para generar un título legitimador- se encuentra en que se residencia en tales entes, asociaciones o corporaciones representativas específicos y determinados intereses colectivos.

A diferencia de éstos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos y son intereses generales que, en principio, afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento, incluso en normas constitucionales, y que no deben confundirse con la legitimación que nace, excepcionalmente, de la acción popular, que corresponde a cualquier ciudadano y que debe ser reconocida expresamente por la Ley o de una acción de alcance general como reconoce la STEDH 4/81 de 22 de octubre (asunto Dudgeon contra Reino Unido) ".<sup>219</sup>

<sup>219</sup> Livre tradução do autor: No mesmo sentido, a decisão do Supremo Tribunal, sec. 4º, rec.4605 / 1994. Pte: Rafael Fernandez Montalvo de 19-5-2000: [...] Ou seja, a legitimidade do apelante não pode ser legitimada pelo simples fato de que em seus estatutos a defesa do meio ambiente é o objetivo principal, pois permitiria a legitimação aberta em excesso, para o que bastaria a criação de uma empresa ou associação nesse sentido. Quer enfatizar que, para que o apelante seja legitimado, é necessário algo mais que o próprio auto-atributo, a defesa de certos interesses: ele deve ser afetado, nos termos acima, pelas decisões que impugna; ou deve ser legal e expressamente autorizado nesse sentido. Desta forma, o apelante seguramente sustentará sua legitimidade coletiva baseada na Ordem do Ministério do Interior de 13/6/1997, por meio da qual foi declarada de utilidade pública. Mas tal declaração envolve vários direitos (atualmente incluídos no artigo 33 da Lei Orgânica 1/2002, de 22 de março, que regulamenta o Direito de Associação), entre os quais, obviamente, o direito de apelar perante os tribunais não é compreendido indiscriminadamente. Mais recentemente, o Supremo Tribunal, Sala 3, sec. 7, na sentença de 11-2-2003, rec.53 / 2000. Pte: Juan Jose Gonzalez Rivas: [...] Neste mesmo ano, a Suprema Corte emitiu duas sentenças de grande importância para o que estamos vendo aqui, como as seguintes:

1) Sentença do plenário da 3ª Câmara, de 05 a 5 de junho de 2006, rec.38 / 2004. Pte: Juan Jose Gonzalez Rivas: 'A legitimidade é um pressuposto inafastável do processo e envolve o processo de contencioso administrativo, como observado na doutrina desta Corte (e para todas as sentenças de 11 de fevereiro de 2003, apelo no. 53/2000, 06 de abril, 2004 e 23 de abril de 2005, apelo 6154/2002), uma relação material unívoca entre o sujeito e o objeto da reclamação, de forma que seu cancelamento automaticamente produza um positivo (benefício) ou negativo (preconceito), atual ou futuro, mas é verdade, que deve ter um impacto claro e suficiente sobre a esfera legal da pessoa que vai ao processo e este critério é reiterado pela jurisprudência constitucional (para todos, em SSTC Nos. 197/88, 99/89, 91/95, 129/95, 123/96 e 129/2001, entre outros), podendo especificar alguns critérios interpretativos da doutrina jurisprudencial nos seguintes pontos: a) A importância do interesse, que, do ponto de vista procedimental administrativo e do processo judicial é uma situação de reação, evitando um dano potencial ilegítimo temido, de modo que o interesse é considerado existente se pode presumir que a declaração legal destinada a colocar o autor em condições legais e naturais para obter um benefício material ou coletivo ou persistência da situação de facto criada ou poderia criar um ato administrativo para causar danos como resultado imediato da decisão proferida. [...] c) A legitimidade genérica, prevista na Lei da Jurisdição, para empresas, associações, sindicatos, grupos afetados sindicatos sem personalidade ou patrimônio independente ou autônomo e a legitimidade que não ampara o puro interesse na lei, exceto em limitado casos de ação popular.

### STS 8326/2001 (26 de outubro de 2001)

Outro interessante exemplo a ser citado, por fim, é o da Sentença 8326/2001, ocasião em que ficou assentado, em linhas gerais, que:

Al amparo del artículo 95.1.4º LJ opone la parte recurrente, como segundo motivo de casación, infracción del artículo 58 LJ, en relación con la doctrina de esta Sala sobre el plazo para el ejercicio de la acción pública en materia urbanística, reflejada, entre otras, en las sentencias de 27 de noviembre y 5 de octubre de 1987, que impide que quienes hayan intervenido en un expediente de otorgamiento de licencia urbanística y hayan obtenido notificación del acuerdo de concesión puedan ampararse en los plazos que para el uso de aquella acción concede la Ley del Suelo, exigiendo que la impugnación de la licencia se lleve a cabo interponiendo los recursos pertinentes en los plazos ordinarios, doctrina que consideran explicada extensiva e indebidamente a los recurrentes.

El presente motivo de casación ha de ser estimado. La tesis de la sentencia de instancia coincide con una antigua doctrina de esta Sala, recaída en interpretación del artículo 223 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, que reconoció la acción pública en materia urbanística pero no impuso límite temporal alguno para su ejercicio. Si la ausencia de ese límite redundó en una excesiva restricción al uso de la acción pública contra obras amparadas por licencia, al exigirse la impugnación de ésta en los plazos ordinarios, no ocurría lo mismo con las obras ejecutadas clandestinamente, en las que no resultaba explícitamente un límite temporal para su denuncia, por lo que, atendiendo a un principio de seguridad jurídica, esta Sala declaró que el plazo para recurrir debía computarse desde que se acreditase que el demandante tenía conocimiento de la ejecución de las obras.<sup>220</sup>

---

[...] e) é certo que deve ser mantido um critério interpretativo dos requisitos de admissibilidade do recurso contencioso-administrativo de acordo com o princípio *pro actione*, de maneira não formalista e de forma favorável à produção do efeito decorrente do direito fundamental à tutela judicial efetiva, referente a direitos e interesses legítimos previstos no art. 24.1 da Constituição. Mas também deve ser considerada a reiterada jurisprudência constitutucional [...] f) Um outro eixo sobre o qual tem havido uma expansão do conceito de legitimidade, tem sido a acentuação da ideia de interesses coletivos ou em grupo, como refletido na regulamentação que hoje fazem Leis n. 29/1998 e 1 / 2000, seguindo a evolução iniciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal e continuada pelo Tribunal Constitucional. Mas também, nesse aspecto, a extensão vivenciada tem seus limites e, assim, resulta nos interesses coletivos cuja diferença com os interesses difusos - reconhecidos pelo art. 7 da LOPJ, como também apto a gerar um título legitimador, é encontrado no fato de residirem em tais entidades, associações ou corporações representativas específicas e certos interesses coletivos. Ao contrário destes, os interesses difusos não têm depositários concretos e são interesses gerais que, em princípio, afetam todos os cidadãos e que, devido ao seu interesse predominante, obtiveram reconhecimento público, consubstanciado em algum instrumento, mesmo em normas constitucionais, e isso não deve ser confundido com a legitimidade que nasce, excepcionalmente, da ação popular, que corresponde a qualquer cidadão e que deve ser expressamente reconhecida pelo Direito ou por uma ação de alcance geral, como reconhecido pelo STEDH 4/81 de 22 de outubro (Caso Dudgeon contra o Reino Unido).

<sup>220</sup> Livre tradução do autor: Nos termos do artigo 95.1.4º LJ contra o recorrente, como um

E, no tocante à legitimação, pôde-se constatar

el reconocimiento jurisprudencial y el respaldo normativo que se otorga al ejercicio de la acción popular ostentada en la persona física, al ciudadano no titular de derechos o bienes, ni de un interés legítimo directo al que, a pesar de ello, se le faculta, se le autoriza, por imperio de la ley, para la inserción de recursos administrativos ante resoluciones de la Administración y llegado el caso la interposición de recursos contencioso-administrativo contra aquellos actos contrarios a derecho decretados por la Administración pública en aquellas materias que la ley reconoce tal derecho de acción al ciudadano bajo la figura de la acción popular.<sup>221</sup>

Essa opção do ordenamento espanhol, avalizada pela jurisprudência daquele Estado, de ampliar ao máximo as hipóteses de ação proposta pelo cidadão, ainda que não diretamente ligado ao dano ambiental, é sinal inequívoco de que não apenas o acesso à justiça se reveste de caráter democrático, mas também que o bem tutelado é relevante ao povo espanhol e, ainda que por inércia de uns e omissão de outros, haverá um caminho legítimo para que o Judiciário possa exercer seu papel de garantidor de direitos fundamentais, tal como o é o meio ambiente cultural.

No segundo caso, destaca-se a Sentença 3234/2017<sup>222</sup>. Aqui, novamente a questão envolvendo a legitimação de organização não

---

segundo fundamento, relativo à violação do artigo 58 LJ, em relação à doutrina desta Corte sobre o prazo para o exercício da ação pública em áreas urbanas, reflete, entre outros, nos acórdãos de 27 de Novembro e 5 de Outubro de 1987, que impede que aqueles que tomaram parte em um registro de conceder a permissão de planeamento e ter recebido a notificação do contrato de concessão, podem invocar os prazos para a utilização dessa ação concede a Lei de Terras, exigindo que a contestação da licença seja realizada interpondo os recursos pertinentes nos termos ordinários, uma doutrina que eles consideram explicada extensivamente e indevidamente aos apelantes. O presente fundamento deve ser estimado. A tese da sentença de primeira instância coincide com uma antiga doutrina desta Corte, interpretação recaída do artigo 223 da Lei de Terras de 12 de Maio de 1956, que reconheceu a ação pública no planeamento urbano, mas não impor qualquer prazo para exercício. Se a ausência deste limite resultou em uma restrição excessiva no uso da ação pública contra obras protegidas licenciados, exigindo contestá-la em tempos normais, não é assim com os trabalhos realizados clandestinamente, em que não explicitamente foi um prazo para a sua queixa, então, com base no princípio da segurança jurídica, o Conselho afirmou que o prazo para recurso deve ser contado desde transpareceu que o queixoso estava ciente da execução das obras.

<sup>221</sup> AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano**: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018. p. 159-160. Livre tradução do autor: o reconhecimento jurisprudencial e o respaldo normativo que se outorga ao exercício da ação popular conferido à pessoa física, ao cidadão que não é titular de direitos ou bens, nem de um interesse legítimo, direito de que dispõe, por imposição legal, para ajuizamento de recursos administrativos perante as resoluções da Administração e, quando for o caso, a interposição de recursos contencioso-administrativos contra atos contrários à lei decretada pela Administração Pública naquelas matérias que a lei reconhece como tais direito de ação ao cidadão sob a figura da ação popular.

<sup>222</sup> Disponível em: ESPANHA. Tribunal Supremo. <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&>

governamental (ONG) trata de questão relativa a direito marítimo ambiental. Além de mencionar expressamente as diretivas europeias já referidas, bem como a Lei espanhola delas originária, o Tribunal Supremo, ao considerar legítima a participação de uma ONG tanto para propor ação judicial, como para participar de processo decisório administrativo, assim consignou:

La acción pública que reconoce la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, es un acción pública peculiar, porque tiene unos límites hasta ahora desconocidos en el ejercicio de la acción pública. Baste señalar que su ejercicio depende de la concurrencia de una serie de requisitos, entre los que destaca, por lo que hace al caso, que la acción se habrá de ejercitarse, en todo caso, por asociaciones dedicadas a la defensa del medio ambiente, sin que el ejercicio de esta acción se reconozca a las personas físicas.<sup>223</sup>

Vê-se, pois, que não obstante nos casos concretos o Tribunal Supremo espanhol tenha se manifestado quanto a questões sobre o meio ambiente natural, os fundamentos utilizados pela Corte permitem inferir que também para defesa do meio ambiente cultural, mais especificamente do patrimônio histórico, como aqui se propõe, a legitimação ampliada conferida pela internalização da Convenção de Aarhus, das Diretivas 4 e 35/2003 – normas convertidas na Lei 27/2006 – é possível.

---

reference=8142418&links=&optimize=20170915&publicinterface=true> Acesso em: 11 dez. 2018.

<sup>223</sup> Tradução livre do autor: “A ação pública reconhecida pela Lei 27/2006, de 18 de julho, que regulamenta os direitos de acesso à informação, participação do público e acesso à justiça no campo do meio ambiente, que incorpora as Diretivas 4/2003/CE e 35/2003/CE, é uma ação pública peculiar, pois possui limites até então desconhecidos no exercício da ação pública. Basta dizer que seu exercício depende da concordância de uma série de exigências, entre as quais se destaca, no que se refere ao caso, que a ação deve ser exercida, em qualquer caso, por associações dedicadas à defesa do meio ambiente, sem que o exercício desta ação é reconhecido a pessoas isoladas.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de encerramento da pesquisa, traz-se, nestas considerações finais, o relato sintético das conclusões obtidas.

Na presente dissertação o processo investigatório consistiu no estudo, a partir da legislação, doutrina e jurisprudência do Brasil e da Espanha, da viabilidade de o Poder Judiciário, valendo-se de suas atribuições constitucionais legítimas, ser chamado para solucionar questões relativas ao meio ambiente cultural, especialmente diante da omissão do Executivo.

Constatou-se que, muito embora no Brasil a questão já esteja mais sedimentada e com certa proeminência quantitativa na jurisprudência das cortes, na Espanha, em consultas realizadas na página da internet do Tribunal Supremo, foram poucos os acórdãos referentes à atuação do Judiciário na proteção do patrimônio cultural ambiental.

Isso não significa, no entanto, que o Poder Judiciário espanhol esteja alheio ou seja insensível à causa. Pelo contrário! Como visto durante o relatório da pesquisa, especialmente no capítulo 1, a Espanha está mais avançada que o Brasil quando o assunto é proteção de recursos culturais e históricos, de modo que o número reduzido de julgados, na principal corte judicial daquele país, talvez indique simplesmente a inexistência de conflitos ou a baixa incidência de infração às normas protetivas do meio ambiente cultural. Esta, contudo, é uma questão a ser tratada em outra pesquisa, algo para o futuro.

Tendo em vista as perguntas propostas ao tempo de lançamento da pesquisa, por meio dos três capítulos do relatório tratou-se de demonstrar as pertinentes respostas, de modo a encerrar o círculo investigativo.

Inicialmente, no capítulo 1 pôde-se aferir, em confirmação da primeira hipótese levantada<sup>224</sup>, que tanto o Brasil quanto a Espanha vêm, ao longo dos anos, especialmente nas últimas quatro décadas, aprimorando sua doutrina, legislação e jurisprudência relativas ao tema “meio ambiente cultural”, apesar de

---

<sup>224</sup> O meio ambiente cultural possui relevância em patamar igual ao meio ambiente natural, de modo que sua proteção é amparada legal e constitucionalmente, no Brasil e na Espanha.

tratarem da questão com nomenclaturas distintas. Prova disso está no contido no art. 46 da Constituição espanhola de 1978, e no art. 216 da Constituição brasileira. Não que a matéria seja nova para tais Estados. A propósito, a Lei do Tombamento brasileira (Decreto-Lei n. 25) está em vigor desde 1937, enquanto na Espanha, leis dos anos de 1911, 1926 e 1933, por exemplo, foram revogadas pela Lei n. 16, de 25 de junho de 1985<sup>225</sup>, o que demonstra a longevidade da proteção ambiental-cultural no referido país europeu.

Ainda no primeiro capítulo abordou-se, novamente em confirmação à primeira hipótese proposta, a questão da divisão de competências executivas ambientais no Brasil e na Espanha, identificando-se que tanto aqui como lá o ordenamento jurídico não apenas prevê uma ampla gama de entes atuantes na defesa do meio ambiente cultural, como, em certa medida, impõe-lhes determinadas condutas de preservação e restauro.

Na sequência, no segundo capítulo, viu-se, em ratificação à segunda hipótese investigativa<sup>226</sup>, que o dogma da separação de poderes não é obstáculo à ação judicial. E isso ocorre ainda que diante de uma omissão do Poder Executivo, nas matérias em que tradicionalmente de tal Poder detém a prerrogativa de agir com aparente exclusividade e autonomia, como se dá nos casos de reconhecimento de valor histórico-cultural a determinado bem.

Na mesma senda constatou-se que, pouco importa se em terras brasileiras ou em terras espanholas, o fundamental direito de acesso à justiça vem sendo cada vez mais ampliado e respeitado pelos tribunais, de modo que o que antes era prerrogativa exclusiva do Ministério Público ou de pouquíssimos legitimados, na temática ambiental, agora já admite a participação popular em larguíssima escala, com poucas restrições.

Por fim, no terceiro capítulo, malgrado as dificuldades relatadas para encontrar decisões judiciais na Espanha, apresentou-se alguns exemplos práticos de decisões judiciais, brasileiras e espanholas, pertinentes aos temas

---

<sup>225</sup> ESPANHA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 7 jun. 2019.

<sup>226</sup> Brasil e Espanha admitem, respeitado o princípio da separação de Poderes, a participação do Poder Judiciário, quando provocado, seja pelo cidadão, seja por órgão representativo de uma coletividade, na concretização de normas ambientais-culturais pelo Judiciário, especialmente à vista da revelia do Executivo.

tratados nos capítulos anteriores, com ênfase nos temas: acesso à justiça e à informação sobre questões públicas, participação e iniciativa populares e possibilidade de o Judiciário suprir omissão do Executivo, no tocante ao reconhecimento e proteção do meio ambiente cultural, sem que isso signifique ofensa ao princípio da separação de poderes.

Como dito, soa instigante a uma nova investigação tentar descobrir as razões pelas quais o Brasil parece enfrentar em seus tribunais mais discussões relativas a ofensas ao meio ambiente cultural do que a Espanha – mesmo em números proporcionais, considerando-se os aspectos populacionais e territoriais de cada Estado – apesar de o país europeu possuir notoriamente patrimônio histórico-cultural mais antigo e abundante que o Brasil e ter em seu ordenamento leis tão ou mais rigorosas que as da nação latino-americana.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. In: LAMY, Eduardo de Avelar; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coords.). *Coleção Ensaios de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ACEDO PENCO, Ángel; PERALTA CARRASCO, Manuel. **El régimen jurídico del patrimonio cultural**. Madri: Dykinson, 2016.

ALVAREZ ALVAREZ, José Luis. **Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985**. Madri: Editorial Civitas, 1989.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. **Derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2017.

AYÚS Y RUBIO, Manuel. **El derecho de acción del ciudadano: en defensa del patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y urbanismo. La legitimación legal**. España: Editorial Naturaleza y Derecho, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 96.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 5 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)> Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 25/37. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)> Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 840.918. Relator Min. Herman Benjamin. Brasília, 14 out. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4391641&num\\_registro=200600860111&data=20100910&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4391641&num_registro=200600860111&data=20100910&tipo=64&formato=PDF)> Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 3540 MC**, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000092430&base=baseAcordaos>> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. (TJMA). **Apelação cível 0036073-66.2010.8.10.0001**, Rel. Jorge Rachid Mubárack Maluf, data do julgamento 30 ago. 2018. Disponível em: <<http://jurisconsult.tjma.jus.br/#/sg-jurisprudence-list>> Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (TJMG). **Apelação cível n. 1.0702.11.038916-1/001**, Rel. Alberto Vilas Boas, data do julgamento 9 fev. 2017. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp?numero=undefined>> Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC). **Apelação n. 0022844-55.2011.8.24.0020**, de Criciúma, rel. Des. Edegar Gruber, Quarta Câmara de Direito Público, j. 15-09-2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC). **Apelação n. 0001952-58.2012.8.24.0031**, de Indaial, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 05-07-2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em 21 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC). **Apelação n. 0096720-73.2007.8.24.0023**, da Capital, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 29-03-2016. Disponível em <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC). **Apelação Cível n. 0005736-37.2012.8.24.0033**, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 24-04-2018 Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do>> Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (TJSP). **Apelação cível n. 1017100-97.2014.8.26.0506**, Rel. Vera Angrisani, data do julgamento: 10 out. 2016. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9884909&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_0de9fe75449f435796ef92798cd30dbd&vICaptcha=yxpxk&novoVICaptcha=>](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9884909&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_0de9fe75449f435796ef92798cd30dbd&vICaptcha=yxpxk&novoVICaptcha=>)> Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). **Apelação cível n. 0189057-37.2017.8.21.7000**. Relatora Laura Louzada Jaccottet. Data do julgamento: 30 ago. 2017. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70074249426&code=3629&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70074249426&code=3629&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-)>

%202.%20CAMARA%20CIVEL> Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). **Apelação Cível nº 0010149-81.2003.4.02.5101/RJ**, 8ª Turma Especializada, Rel. Guilherme Diefenthaeler, Rio de Janeiro, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/>> Acesso em 7 jan. 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 540.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: **autonomia e justiça**. Revista dos Tribunais, RT 691/34, maio/1993. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. IV.

COSTA, Rodrigo Vieira. **A dimensão constitucional do patrimônio cultural**: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. **Tombamento**. Revista de Direito Público. RDP 86/37, abr.-jun./1988. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) **Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3.

DATO PÉREZ, Miguel Ángel. **De la separación de poderes**. La razón histórica. Revista hispanoamericana de historia de las ideas. ISSN 1989-2659. Disponível em: <<https://www.revistalarazonhistorica.com/7-6/>> Acesso em 20 jan. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Separação dos poderes**. In: \_\_\_\_\_. (coord.-geral). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESPAÑA. **Constituição de 1978**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

ESPAÑA. **Lei n. 16/1985**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>> Acesso em: 20

jan. 2019.

ESPANHA. **Lei n. 10/2015.** Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/05/26/10/con> Acesso em 25 abr. 2019.

ESPANHA. **Lei n. 29/2005.** Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718> Acesso em 18 abr. 2019.

ESPANHA. **Lei n. 27/2006.** Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13010> Acesso em: dez. 2018.

ESPANHA. Tribunal Supremo. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8142418&links=&optimize=20170915&publicinterface=true> Acesso em: 11 dez. 2018.

ESPANHA. Tribunal Supremo. **Sentença 7400/2009.** <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4994354&links=asociaciones%20ecologistas&optimize=20091223&publicinterface=true> Acesso em: 11 dez. 2018.

ESPANHA. Tribunal Supremo. **Sentença n. 3234/2017.** Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8142418&links=&optimize=20170915&publicinterface=true> Acesso em: 11 dez. 2018.

FERNANDES, Rafael Salvan. **A teoria da separação de poderes de Montesquieu (1689-1755) e de Hans Kelsen (1881-1973) nas leis brasileiras de proteção ao meio ambiente cultural.** In: DANTAS, Barbara; FERNANDES, Rafael Salvan. (Org.). Paradigmas da filosofia política: Estudos Aplicados. Vila Velha: Balsamum Editora, 2018.

FERNANDES, Rafael Salvan. **O direito transnacional e a participação popular na proteção do meio ambiente cultural espanhol.** Artigo elaborado para a disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, do curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Não publicado.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.** 8. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984.

HERNÁNDEZ TORRES, Estefanía. **Patrimonio histórico y registro de la propiedad**. Madri: Réus Editorial, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LOSSO, Marcelo Ribeiro. Tutela do meio ambiente na Espanha. In: **Veredas do Direito**: Belo Horizonte. v.7. n.13/14. Janeiro/Dezembro de 2010. p. 333. Disponível em: <<http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/156/161>> Acesso em 5 dez. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores** – Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MANKE, Rogério; FERNANDES, Rafael Salvan. **A sociedade civil e o meio ambiente ecologicamente equilibrado**. In: RATES, Alexandre Waltrick; GARCIA, Heloíse Siqueira. (Org.). Estudos de direito ambiental e urbanístico. Alicante: Universidad de Alicante, 2018, v. 1, p. 372-.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A proteção constitucional ao patrimônio cultural**. **Revista de Direito Ambiental**. RDA 20/111, out.-dez./2000. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MATEUS, Eliane Elias. **A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural**. **Revista de Direito Administrativo**. RDA 49/101, jan. – mar./2008. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. **Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o Direito brasileiro e a Convenção De Aarhus**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/coopera%C3%A7%C3%A3o-internacional-para-preserva%C3%A7%C3%A3o-do-meio-ambiente-o-direito-brasileiro-e-1>> Acesso em: 10 dez. 2018.

MELGAREJO MORENO, J.; MARTÍ, P.; MOLINA GIMÉNEZ, A. (eds.). **Agua, arquitectura y paisaje en Europa**. Sant Vicent del Raspeig: Universitat d' Alacant, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. Doutrina, jurisprudência, glossário. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) **Direito Ambiental: patrimônio cultural, Estatuto da Cidade, saneamento, parcelamento do solo, aspectos gerais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 3.

MOLINA GIMÉNEZ, Andrés. **Régimen jurídico de la protección de los bienes culturales em España**. In: BARCIELA, Carlos; LÓPEZ ORTIZ, Maria Inmaculada; MELGAREJO MORENO, J. (orgs.) **Los bienes culturales y su aportación al desarrollo sostenible**. Alicante: Universidad de Alicante.

MOLINA PUCHE, Sebastián; LLONCH MOLINA, Nayra; MARTÍNEZ GIL, Tània. (eds.). **Identidad, ciudadanía y patrimonio**. Educación histórica para el siglo XXI. Gijón: Trea, 2016.

MONTEROSO MONTERO, Juan M.. **Protección y conservación del patrimonio**. Principios teóricos. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORALES, Alfredo J. **Patrimonio histórico-artístico**. Madri: Historia 16, 1996.

PONTES DE MIRANDA. **Democracia, liberdade e igualdade**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1945.

PONTES DE MIRANDA. Independência e harmonia entre os poderes. Revista de Direito Público. RDP 20/9, abr.-jun. 1972. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional: organização dos poderes da República**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4.

RICHTER, Rui Arno. **Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial**. Curitiba: Juruá, 1999.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso

de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *e-book*.

SHUBERT, Adrian; ÁLVAREZ JUNCO, José. (eds.) **Nueva historia de la España contemporánea (1808-2018)**. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUTHEY, Robert. **História do Brasil**. Tradução de Luís Joaquim de Oliveira e Castro. 1º vol. Brasília: Senado Federal, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; \_\_\_\_\_ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos 'poderes' do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. RDCI 29/66; out.-dez./1999. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (org.) **Direito Constitucional: organização dos poderes da República**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4.

VILAR, Pierre. **Historia de España**. Tradução de LARA, Manuel Tuñon; SORIA, Jesús Suso. Barcelona: Austral, 2017.

ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**: ciência política. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016. Série IDP.