OS FÓSSEIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Jalusa Prestes Abaide

Professora e Coordenadora do Curso de Direito da UNISEPE/SP (2011/B), Pós-Doutora em Direito pela USEK/LB, Doutora em Direito pela UB/ES. Líder de Grupo de Pesquisa CNPq, sobre Gestão de Bens Naturais de Domínio Público. Coordenadora do Laboratório de Estudos Internacionais - LEIn/GP/CNPq. Ex-bolsista CAPES com relatórios financeiro e científico aprovados.

RÉSUMÉ

Comme déjà mentionné dans mon livre[1] sont dans une phase d'émergence de nouvelles situations juridiques découlant de l'émergence de droits nouveaux qui, à son tour, apporter de nouvelles interprétations à la discussion sur les concepts et les théories, par exemple, résultant de l'utilisation de l'ordinateur chevauchements avec qui affectent les droits fondamentaux et / ou droit d'auteur; discussions tangentielles de valeurs éthiques qui impliquent un homme et d'une société capitaliste moderne. Toutes ces questions qui émergent, amener la base à droite ..La relation juridique entre l'Etat et les biens compris dans son domaine, dans le passé ont été facilement identifiés. Aujourd'hui, alors que l'intervention gouvernementale dans l'économie se contracte, les questions de la pertinence de leur présence essentielle dans l'administration de sa succession. Ainsi, dans la liste des nouveaux droits, droit de l'environnement est livré avec ses diverses nuances. Des normes ont été étudiés qui impliquent la protection de l'environnement d'une manière presque codé, et se pose en raison d'une zone individualisée de l'étude. Toutefois, je constate qu'il est nécessairement impliqué dans d'autres domaines du droit, ce qui conduit à nouveau à repenser et refaire une nouvelle théorie.

C'est le cas de l'environnement culturel, en particulier quand il s'agit de zones naturelles protégées pour leur valeur ou un intérêt culturel, avec laquelle ce qui donne lieu à de nouveaux biens environnementaux présentant un intérêt culturel ici, comme les œuvres de la nature qui constituent l'objet la contemplation ou la nature scientifique qui fait l'objet de la culture, par sa nature ou de la valeur intrinsèque, comme le sont les montagnes qui composent les paysages admissibles à la protection ainsi que des grottes, des minéraux et quelle est notre objet d'étude, des fossiles, en plante fossile en particulier.

[1] ABAIDE, Jalusa Prestes. *Fósseis: Riqueza do subsolo ou Bem Ambiental*? Curitiba. Ed Juruá. 2010.

Même si la question semble marquer une catégorie de point de vue juridique mineure de vue, ou même résiduelle reçoit une grande valeur en ce qu'il est nécessairement perçu par un point de vue économique, qui est, ainsi que le domaine public et de la richesse du sous-sol . L'étude revêt une importance du point de vue juridique, de l'analyse des conséquences qui causent l'Etat à des instruments non réglementaires sur l'utilisation et la protection de ces actifs.

L'enrichissement des minorités au détriment de la perte de biens publics, implique la perte de portions de la souveraineté nationale et la citoyenneté des personnes. C'est à partir de la nouvelle Charte constitutionnelle brésilienne, dont l'Etat sera plus vigilants par rapport aux actifs qui constituent leur patrimoine, cependant, il n'existe toujours pas de loi réglementant la protection mise à jour et / ou fossile du commerce, les raisons qui sous-tendent cette situation de laisser le lecteur ou le chercheur de développer de nouvelles études.

RESUMO

Conforme já menciono em meu livro[2] estamos em uma fase de surgimento de novas situações jurídicas, que decorrem do surgimento de novos direitos que por sua vez, trazem à discussão novas interpretações sobre conceitos e teorias, como, por exemplo, os decorrentes do uso da informática com imbricações que atingem direitos fundamentais e/ou os direitos de autor; tangenciando discussões sobre valores éticos que envolvem o homem e a sociedade capitalista moderna. Todas estas questões que emergem, trazem o direito como base.. Surgem assim novos direitos que passam a regular "novos bens jurídicos" que levam a uma reflexão sobre os limites "público-privado"; bem como um repensar da tradicional teoria do domínio público. A relação jurídica entre o Estado e os bens que integram seu domínio, no passado eram facilmente identificados. Hoje, quando a intervenção do Estado na economia é cada vez menor, questiona-se a relevância de sua indispensável presença na Administração de seu patrimônio. Assim, no rol dos novos direitos, surge o direito ambiental com seus vários matizes. Têm sido estudadas as normas que envolvem a proteção ao meio ambiente de uma maneira praticamente codificada, e em decorrência surge uma área de estudo individualizada. No entanto, saliento, que ele necessariamente está imbricado em outras áreas do direito, o que novamente leva a um repensar e a um refazer novas teorias.

[2] ABAIDE, Jalusa Prestes. *Fósseis: Riqueza do subsolo ou Bem Ambiental*? Curitiba. Ed Juruá. 2010.

Este é o caso do meio ambiente cultural, especialmente quando se trata de espaços naturais protegidos pelo seu valor ou interesse cultural, o que com isto dá origem a novos bens ambientais, aqui de interesse cultural, como as obras da natureza que se constituem em objeto de contemplação ou de cunho científico que passam a ser objeto de cultura por sua natureza ou valor intrínseco, como são os montes que integram paisagens passíveis de proteção, bem como as cavernas, alguns minerais e o que é nosso objeto de estudo, os fósseis; em especial os fósseis vegetais.

Ainda que o tema pareça pontuar uma categoria pouco importante do ponto de vista jurídico, ou até mesmo residual, recebe um amplo valor na medida em que, necessariamente é visto por uma perspectiva econômica, isto é, enquanto bem do domínio público e riqueza do subsolo. O estudo vai adquirindo importância do ponto de vista jurídico, a partir da análise das conseqüências que acarretam ao Estado a não-regulamentação sobre os instrumentos de uso e de proteção destes bens.

O enriquecimento de minorias em detrimento da perda do patrimônio público, implica perda de parcelas da soberania estatal e da cidadania de um povo. É a partir da nova Carta Constitucional brasileira, que o Estado passa a ser mais vigilante em relação aos bens que integram o seu patrimônio, contudo, ainda não existe uma lei atualizada que regulamente a proteção e/ou comércio fóssil, as razões que permeiam esta situação deixaremos ao leitor ou ao pesquisador na medida em que desenvolva novos estudos.

PALAVRAS CHAVES:

Direito Constitucional – Direito Ambiental - Fósseis – Patrimônio Cultural

Desde o início da segunda República o constituinte brasileiro tem procurado sujeitar o patrimônio cultural a uma proteção especial do Poder Público, como se pode constatar em vários dispositivos inseridos nas Constituições brasileiras, a saber: 1) Constituição de 1934, art.10, III; 2) Constituição de 1937, art.128; 3) Constituição de 1946, art.174; 4) Constituição de 1967, art.172, parágrafo único; 5) E.C. nº 1, de 1969, art.180, parágrafo único); e, 6) no art. 216 da CF de 1988, aqui pela primeira vez são incluídos os sítios paleontológicos no rol dos bens integrantes do patrimônio cultural (imaterial?) brasileiro, *in verbis:*

Título VIII - Da Ordem Social, Seção II, que versa sobre a Cultura:

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

...

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

Cabe aqui uma pequena abordagem de ordem teórica para que o jurista melhor compreenda a problemática que se reflete no direito:

A Paleontologia[3] tem sido considerada uma disciplina da Geologia que estuda os seres fósseis pertencentes a qualquer dos reinos, e os fósseis aqui considerados são anteriores à idade do homem, porém, freqüentemente fazem parte do ambiente atual, podendo assim serem utilizados cientificamente como instrumentos para determinar os paleoambientes e as transformações ocorridas na história da Terra como bem definiu a Declaração de Digne em 1991 que entendeu como integrante do patrimônio cultural, todo o legado ou memória da Terra. Os fósseis servem também para diagnosticar as mudanças climáticas[4], auxiliar na pesquisa de petróleo, etc.

Conforme classificação das Ciências e Tecnologias elaborada pela UNESCO, a Paleontologia não está inserida nas "Ciências da Terra e o Espaço" (item 25), ela é uma sub disciplina das Ciências da Vida porém é mais utilizada pela Geologia; por este motivo, está mais aplicada às Ciência da Terra do que às Ciências da Vida. O conceito de fósseis utilizado pela paleontologia, enquanto divisão das Ciências da Vida tem uma aplicação mais histórica do que cultural no sentido que se tem aplicado ainda hoje, isto é, uma concepção antropocentrista, que é a concepção utilizada pela maioria dos sistemas jurídicos, e em decorrência disto, sua utilização, nunca deverá ser mercantil (ainda que indiretamente possa gerar riquezas quando da exposições em museus, ou outros que possam advir dos instrumentos jurídicos de direito administrativo que se optar por adotar, quando da elaboração de seu regime jurídico).

Assim os objetos de interesse paleontológico servem ao estudo tanto da Geologia quanto da paleobiologia. Nesta, a aplicação é mais voltada para o aspecto cultural e histórico; está genericamente aplicada à cultura, mas se for tomado como cultura a concepção antropocentrista, se torna complexo uma definição jurídica de fóssil, pois a sua dupla aplicação conceitual pelas Ciências da Vida ou pelas Ciências da Terra, enseja igualmente uma dupla definição legal.

---

[3] FOUCAULT, A.; RAOULT, J. F. *Dicionário de Geologia.* Barcelona. Massons. 1985. p. 136.
[4] Com critérios científicos e jurídicos rigorosos, talvez pudessem ser transformados e aproveitados como novos materiais em nível tecnológico.

Pois bem, o Brasil por força constitucional e por ser signatário da Declaração de Digne, na França, passa a entender a paleontologia como integrante do patrimônio cultural brasileiro, portanto, vai ao encontro da Classificação da UNESCO, que a inclui no rol das Ciências da Vida, equivalendo às obras de arte elaboradas pelo homem (e por este aspecto deveriam estar sob a gestão do IPHAN).

Cabe observar que o Decreto-lei 25/37 (lei de Tombamento) poderia ser aplicado para regular a matéria, mas para ser mais preciso, seria adequado uma lei de patrimônio histórico que defina os fósseis e/ou sítios paleontológicos como um bem jurídico, a atual lei carece de técnicas modernos de uso, e se fossem legisladas saberíamos quais os fósseis que fariam parte do conjunto dos bens móveis ou imóveis, por exemplo; conforme dispõe o art. 1º da lei de Tombamento, pois sendo a faculdade de gozo um componente imaterial do conceito de cultura, somos levados a crer que seria a este componente que estariam integrados os sítios e/ou os fósseis.

> *Art. 1º- Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.* (grifei)
>
> *§ 1º - Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.*
>
> *§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.*

A lei de tombamento exigiria que a área desapropriada fosse indenizada, e aí cabe indagar se o poder público teria condições de indenizar todo o local em que fossem encontrados fósseis, ou se haveria a necessidade de uma definição jurídica prévia de fósseis e/ou de sítio paleontológicos protegidos pela lei (de patrimônio cultural?), sob pena de não haver a proteção que o constituinte determinou, e o livre acesso da comunidade científica e da população em geral seriam também componentes que poderiam colocar em risco a proteção, caso não fosse estabelecido um regime jurídico específico, isto porque entendemos[5] ser mais adequado elaborar uma nova lei de

[5]Sobre este assunto ver: ABAIDE, Jalusa Prestes. *Fósseis: Riqueza do Subsolo ou Bem Ambiental?* Curitiba, ed. Juruá, 2010. pag. 244.

patrimônio histórico e cultural que inclua técnicas mais modernas para o uso deste patrimônio.

Além do quê o IPHAN deveria dispor em seu estatuto interno sobre esta competência para a gestão do patrimônio paleontológico, e ainda que não seja obrigatório, seria adequado a criação de um Livro de Tombo para o registro destes "bens culturais (de natureza materiais?, ou imateriais?) de interesse paleontológico" relacionados no artigo 216 da Constituição Federal.

Os fósseis passam a ser elemento integrante da cultura brasileira, cabendo aos órgãos responsáveis pela herança cultural demonstrar a existência de vínculo entre a ciência e cultura, pois normalmente a ciência tem ficado dentro dos laboratórios, e isto implica, desde a Declaração Internacional dos Direitos à Memória da Terra em 1991, um repensar de valores ante a nova definição de cultura onde o passado da Terra é tão importante quanto a história do homem, o que auxilia no ajustamento da definição de fósseis enquanto bem integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, como um bem móvel ou imóvel passível de tombamento.

Outro aspecto jurídico que merece ser interpretado de forma sistemática em relação aos fósseis, é sua inclusão dentre os bens da União, pois o Capítulo II do Título III, em seu artigo 20 relaciona os bens de propriedade da União, mas não explicita o patrimônio paleontológico. Embora possa se compreender que eles são bens da União nos termos do art. 20, I, IX ou X, e, dependendo do dispositivo em que ele for enquadrado, poderá envolver mais de um órgão de proteção, pois *in verbis:*

> *Art. 20 - São Bens da União:*
> *I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe* ***vierem a ser atribuídos*** *(*grifei)*;*
> .....
> ***IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;*** (grifei)
> *X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;*

Os bens da União integram o domínio público, e os recursos minerais inclusive os do subsolo requerem ademais, uma proteção ambiental. Donde se pode aduzir que o patrimônio paleontológico pode também ser interpretado como um recurso mineral, e, portanto conforme a Classificação da UNESCO, pode ser objeto de estudo das Ciências da Terra, estando portanto, sob o regime da lei de minas e sob o controle e fiscalização do DNPM e tanto é correta esta interpretação que o próprio código de mineração aponta neste sentido, ao estabelecer a

necessidade de legislar de forma especial "sobre os fósseis destinados a Museus ... ou outros fins científicos".

> *Art. 10 - Reger-se-ão por leis especiais:*
> .....
> *III - os espécimes minerais ou fósseis destinados a Museus, Estabelecimentos de Ensino e outros fins científicos;*

Entende-se que este dispositivo deveria ser regulamentado, criando-se a lei especial que irá resolver os problemas de definição das competências administrativas entre o DNPM e o IPHAN, o que substituiria a norma hoje aplicada, (decreto-lei n. 4146/42), contudo não excluiria a indicação de regulação da matéria através de lei federal própria.

Desde o ano de 1942 existe uma lei especial que trata dos fósseis, a qual ainda tem sido aplicada pelo MPF, pelo Judiciário e pela procuradoria jurídica dos órgãos administrativos envolvidos com a temática, posto ter sido recepcionada pela Constituição Federal, que é o Decreto-lei 4.146/42 que dispõe sobre a proteção dos depósitos fossilíferos, e que não tem sido incluída na legislação ambiental, contudo entendemos importante um olhar sobre este problemática. O art. 1. do decreto-lei n. 4146/42 assim dispõe:

> *Art.1º - Os depósitos fossilíferos são propriedade da Nação, e, como tais, a extração de espécimes fósseis depende de autorização prévia e fiscalização do Departamento Nacional da Produção Mineral, do Ministério da Agricultura.*
>
> *Parágrafo único - Independem dessa autorização e fiscalização as explorações de depósitos fossilíferos feitas por museus nacionais e estaduais, e estabelecimentos oficiais congêneres, devendo, nesse caso, haver prévia comunicação ao Departamento Nacional da Produção Mineral.*

Porém observa-se que nem o Decreto-lei 25/37 (lei de tombamento), nem o Decreto-lei 4.146/42 parecem ser suficientes para reconhecer o domínio público dos fósseis enquanto patrimônio cultural, ao menos nos termos definidos no art. 216 da Constituição Federal. Contudo, enquanto bem da União, disposto no inciso IX, isto é como recurso mineral, como uma riqueza do subsolo, os fósseis integrantes do patrimônio geológico e, portanto aplicável às Ciências da Terra, permite uma compreensão de que os bens ou riquezas naturais do subsolo – fósseis - podem ter muitos outros interesses e destinações, tanto na esfera cultural, como científica,

ambiental e/ou econômica, se levarmos em conta os novos institutos de direito administrativo.

Os fósseis podem sim estar relacionados com a atividade econômica desde que NÃO MERCANTIL. Pois sabe-se que a produção não precisa ser medida somente por aspectos estruturais econômicos, há outros fatores econômicos que envolvem a sociedade como os fatores culturais, históricos e naturais que devem ser observados embora não gerem capital. Para a avaliação da produção econômica deve se levar em conta a produção social como um todo, e não exclusivamente a elaboração e circulação de bens[6], pois nem todos os bens geram riqueza econômica a partir do modelo estipulado pelo mercado, já que há bens *extra comercium* que também produzem riqueza[7]. Mas embora pudéssemos interpretar os fósseis como uma riqueza do subsolo de natureza NÃO MERCANTIL, mesmo assim o problema sobre a proteção não estaria resolvido por estar à descoberto de um regime jurídico especial. Ademais exsurge disto uma outra relação dos fósseis não só com a cultura e/ou a economia, mas também com o meio ambiente, na medida em que os princípios da atividade econômica se harmonizam com a função social da propriedade, com a preservação do meio ambiente e com o eco desenvolvimento.

É pacífico que há incidência do regime jurídico de domínio público sobre os fósseis afetados a um interesse público, como aqueles destinados à museus, estabelecimentos de ensino e/ou que devem ser preservados por qualquer outro interesse geral, pois a doutrina sobre o regime de domínio público, permite a aplicação do critério do interesse público além do critério da destinação e da titularidade do bem.

Com base na doutrina e no direito comparado, podemos pensar em um critério segundo a "espécie" (fósseis vegetais ou troncos petrificados) e segundo o "território" (localização, tipo de propriedade)**,** com afetação a um interesse público de uso. Os fósseis protegidos, segundo a espécie, poderiam ser destinados a um fim ou uso público, com base exclusivamente no valor ou interesse científico e cultural. Já os fósseis protegidos pelo território poderiam ser declarados com base no interesse espacial, em razão de ocorrerem em grande quantidade, como o caso dos peixes do Araripe e dos troncos de araucárias do RS, aí o interesse extrapola o científico e poderiam ainda ser declarados por razões urbanísticas, ambientais ou minerais.

No caso espanhol observa-se que a lei catalã de proteção dos espaços naturais de especial interesse, permite a inclusão dos fósseis. Assim eles passam a ser protegidos com base

---

[6]

[7]ABAIDE, Jalusa Prestes. o*p cit.*

no critério territorial, nestas circunstâncias o local onde se encontram fósseis é definido como zonas ou espaços de especial interesse. Já no Brasil a forma de proteção da zona ou espaço de interesse especial, se fosse ser comparado à lei catalã para uma declaração segundo o critério do território, as zonas de ocorrência de fósseis podem ser consideradas Unidade de Conservação.

A autorização para qualquer "extração" paleontológica somente deveria ser concedida mediante projeto, o qual deveria seguir normas previamente estabelecidas e sujeitar-se à avaliação de um Comitê Científico Interdisciplinar (CCI) integrado entre o DNPM, IPHAN e IBAMA.

Alguns fósseis ainda poderiam ser "desafetados", estes integrariam, por natureza intrínseca, o gênero "recursos naturais não renováveis", e "bem cultural ambiental". O matiz demanial (domínio) procedente da natureza e interesse múltiplo dos "bens" fósseis, permite que a norma protetora disponha sobre mecanismos que levem em conta seu aspecto ou interesse científico pela via natural mas também pela via mineral (e, portanto, com conseqüência econômica, não mercantil[8]), podendo caracterizar-se ainda como uma espécie de "propriedade ou bem de caráter público não demanial". Os fósseis definidos como patrimoniais, (aqueles considerados "resíduos"), passariam ao livre-comércio, em especial com o fim de potencializar o turismo local, contudo a liberação deveria impor à comercialização e/ou transformação industrial, um critério semelhante ao estabelecido nas "denominações de origem" que auxilia no desenvolvimento econômico da região onde eles são retirados.

Com base no que foi exposto acima e na legislação vigente, nos permitimos fazer breves ilações a respeito de uma possível classificação dos fósseis como bens de domínio público, com base em alguns instrumentos de direito administrativos:

Pois bem, os fósseis que fizerem parte dos "sítios" paleontológicos assim declarados, são uma espécie de bem público[9] que podem estar sob o domínio público natural (zona rural) e/ou ao domínio público artificial (zona urbana), podendo ser de uso comum do povo e/ou de uso especial. Alguns ainda poderiam ser considerados bens patrimoniais ou do patrimônio

---

[8]Sobre esta temática, ver Capítulo VI do livro "Fósseis: Riqueza do Subsolo ou Bem Ambiental?". Curitiba, Ed. Juruá, 2a. ed., 2010.

[9] **Dispõe o Código Civil que:**

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

***II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da <u>administração</u> federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;*(grifei)**

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

disponível do Estado, desde que desafetados e regulamentados, isto porque os fósseis possuem uma múltipla aplicação científica, como foi visto anteriormente.

A lei de tombamento (decreto-lei n. 25/37), define o patrimônio histórico e artístico nacional como "o conjunto dos bens móveis e imóveis cuja conservação seja de interesse público", quando se pensa os fósseis como elementos que integram este patrimônio (nos termos do art. 216 da Constituição Federal), exige que se examine com mais atenção todos os conceitos agregados ao preceito jurídico, o que nos leva fazer novas ilações:

- Integrariam o domínio público natural e seriam considerados imóveis, os fósseis que não puderem ser removidos do local onde foram encontrados, por correr risco de deterioração, por exemplo. O "local" onde eles permanecerem depositados poderia ser declarado "zona de interesse afetada ao uso comum", isto é, Unidade de Conservação, como ocorre com a lei catalã. Poderiam também ser utilizados pela própria Administração para uso especial, como Parque ou Monumento Natural, com finalidade turística por exemplo, no qual a Administração ou o particular poderiam gerenciar as formas de acesso (caso esteja sob propriedade privada).

- Integrariam o domínio público artificial ou natural, e seriam considerados como móveis, aqueles fósseis que pudessem ser removidos. Se forem deslocáveis, também poderão ser de uso comum, como de uso especial, dependerndo de sua destinação ou interesse.

- Na hipótese de uso por particulares poderão ser destinados a museus ou estabelecimentos de ensino, nestes casos deverão ter licença, autorização ou permissão de uso de parte do poder público. Sendo de uso especial, o Estado poderá destiná-los a particulares mas com uso precário. Todavia há de se tomar cuidado para não haver apropriação de um instrumento jurídico para uso comum, com pretexto de burlar o regime jurídico do bem. Dependendo do regime, haverá as exigências formais, como bem alerta Ruiz Ojeda[10] quando trata das infra-estruturas e dos novos direitos delas decorrentes.

- Fariam parte do domínio privado do Estado, isto é, seriam do patrimônio disponível do Estado, aqueles fósseis não afetados a uma finalidade pública, de uso comum, ou a um serviço público. Seriam desafetados[11] ou patrimoniais aqueles que o "comitê técnico cientifico interdisciplinar" classificar por exemplo *como "resíduos", por não aportarem informações relevantes para a ciência, para a cultura nem para promover algum tipo de desenvolvimento local ou regional.*

[10]RUIZ OJEDA, A. *Dominio Público y Financiación Privada de Infraestruturas y Equipamentos. Un Estudio del Caso Francés y Análisis Comparativo de la Reciente Regulación Española*. Prólogo de Luiz MORELL OCAÑA. Barcelona, Marcial Pons. 1999, 150 p.

[11] Desafetação consiste na retirada da destinação conferida ao bem público, transformando-o em bem dominical, mediante lei ou ato administrativo.

Entendemos que o Estado poderia destinar estes bens residuais à terceiros inclusive para fins comerciais[12] mediante institutos de direito privado, mas ainda visando o bem comum, isto é, **condicionaria a exploração ou transformação (dos 'resíduos fósseis', com a inclusão de uma "espécie de selo procedência" como as denominações de origem**[13], inserida em algumas marcas de vinhos", por exemplo. Contudo, a liberação técnica para destinação comercial não implicaria na liberação do novo proprietário à apresentação de Estudo de Impacto Ambiental com a inclusão do selo de procedência, quando pretenda desenvolver qualquer atividade que possa implicar dano ao meio ambiente, o selo de procedência seria uma forma de potencializar o desenvolvimento do local onde foram extraídos os fósseis.

- Portanto os fósseis só integrariam o patrimônio disponível do Estado, quando: a) não preencherem os requisitos que o Estado entender que devam existir para fins de proteção, ou b) quando liberados pelo comitê técnico[14], mas isto deverá implicar desafetação.

E, o exercício das funções dominicais[15] seria da competência do Ministério das Minas e Energias e do Ministério do Meio Ambiente.

Conclusões:

Da interpretação sistemática dos artigos 20, I, IX e X; artigo 23, III, IV; e artigo 216 da CF, em conformidade com o artigo 225, leva ao reconhecimento de que os fósseis podem ser protegidos pelo domínio público, e podem ser utilizados por diferentes titulares desde que o interesse seja público.

Sou levada a concluir também que a proteção aos fósseis se dá pelo domínio público: pela *via cultural* enquanto sítio; pela *via mineral* enquanto riqueza do subsolo (e que, como foi dito acima, não precisa ser mercantil); e pela *via ambiental ou urbanística,* enquanto espaço natural ou artificial de especial interesse.

A declaração dos fósseis como propriedade da Nação, nos termos do decreto-lei 4146/42, foi recepcionada pela Constituição Federal, pela via mineral, foram incluídos dentre os bens da União, como bem mineral, quando da interpretação do inciso IX do artigo 20 da CF/88 (como "recursos minerais inclusive os do subsolo"), embora não esteja excluída a possibilidade

---

[12] Matéria controvertida que é tratada no meu livro *Fósseis Riqueza do Subsolo ou Bem Ambiental?* op. cit. pg 281 e ss.

[13] In: ABAIDE, Jalusa Prestes. "Fósseis: Riqueza do Subsolo ou Bem Ambiental?" op. cit pg. 255

[14] O comitê técnico deverá ser composto por um grupo interdisciplinar e interinstitucional, onde possa ser ouvido o parecer técnico especializado, como os argumentos da Administração envolvida, além de dirigentes da Administração federal, do órgão da cultura, meio ambiente e mineração.

[15] **Dominicais ou Dominiais – são terras sem destinação pública específica. Exemplos: terras devolutas, prédios desativados, bens móveis inservíveis etc.**

de criar uma nova categoria especifica de bem, conforme disposto no inciso I do mesmo art. 20. Desta maneira, os fósseis sempre seriam regidos pelo domínio público quando se trate de proteger uma riqueza (não necessariamente mercantil) do subsolo ou um bem ambiental.

Não são todos os fósseis que integrariam o patrimônio cultural brasileiro, mas somente aqueles definidos como móveis ou imóveis que contenham informações de interesse paleontológico (isto é, interesse cultural; aqueles de interesse da geologia não seguiriam esta classificação). Devem integrar o patrimônio cultural, aqueles fósseis que o órgão competente catalogar. Enquanto não catalogados, em tese, não estariam protegidos pelo patrimônio cultural, simplesmente integrariam o rol dos bens ou riquezas minerais do subsolo que compõem o domínio da União, e que deveriam ser regidos por leis especiais, pelo código de mineração e/ou leis ambientais.

Há necessidade de regular a matéria relativa ao patrimônio paleontológico, e esta vem sendo denunciada a nível infraconstitucional, pelo MME como se observa no inciso III do art. 10 da lei de minas, e a partir de 1988 este patrimônio é introduzido na Carta Constitucional como norma de caráter programático, impondo ao legislador ordinário ordenar a matéria ou emendar a Constituição para dar a eficácia pretendida pelo constituinte, pois segundo a teoria kelseniana, um “mínimo de eficácia é a condição para a vigência de uma norma”. Se não tem eficácia, pragmaticamente a norma não existe.

O "silêncio do legislador" ou a "vontade de não legislar" pode traduzir-se como antijurídica se causar, ainda que indiretamente, danos patrimoniais, por exemplo, através da pirataria (comércio ilegal) ou da extração não autorizada. A nível formal, a conduta omissiva poderia também traduzir-se em antijurídica pela não-regulamentação da norma superior em um período de tempo muito extenso. Entendo que o legislador ordinário não deve abrir mão do seu poder regulamentar transferindo aos órgãos administrativos a sua competência primordial, ainda que estes órgãos também devam se adequar estatutariamente ao que irá dispor a lei federal.

O vazio normativo, ou inatividade do legislador, associado ao pouco uso do poder de polícia administrativa, produz danos patrimoniais porque permite a espoliação dos fósseis, já que eles fazem parte do patrimônio cultural brasileiro. Este fato envolve responsabilidade patrimonial que pode levar ao "enriquecimento injusto da Administração", quando esta, por exemplo, autorizar concessões mineiras cujo contrato seja omisso em relação a ocorrência de fósseis.

O recente parecer n. 107/2010/FM/PROGERE/DNPM, demonstra que esta autarquia segue se empenhando em somar esforços para resolver as lacunas no que tange a matéria que envolve os fósseis, mas ainda persiste o que denominamos de “conflito negativo de atribuições

entre os órgãos da administração", isto é, há realmente uma postura omissa tanto do DNPM quanto do IPHAN e do IBAMA em assumirem de modo conjunto as atribuições de proteção efetiva do patrimônio fossilífero.

O próprio parecer normativo editado pelo DNPM reconhece que há competência constitucional comum dos entes federativos na proteção dos fósseis e sítios de valor paleontológico, expressando, também, que existem dificuldades de estabelecer os limites de exercício das atribuições pelos órgãos responsáveis na atuação administrativa em âmbito federal, o que, em outros termos evidencia a falta de harmonia entre os órgãos, no trato desta matéria.

Ainda há omissão de algumas destas esferas administrativas, que a rigor deveria ser integrada e sistemática, na verdade, o próprio DNPM, após reconhecer que existem algumas entidades federais com competência para proteger o patrimônio fossilífero brasileiro, conclui da mesma forma dizendo que o problema reside na "*...atuação deficitária do Poder Público - nenhum dispõe de todos os instrumentos legais necessários para atender satisfatoriamente à demanda*".

Por fim reitero que é hora de legislar especificamente sobre estes espécimes ou bens, a fim de que não se entregue ao poder regulamentar, a regulação por meio de normas administrativas – "infra legais" – e assim nos desviarmos daquilo que pretendeu o legislador constituinte sobre o patrimônio paleontológico, mas sim proporcionar-se uma *proteção integrada* de bens ambientais, culturais e minerais. Somente a proteção integrada garantirá a sustentabilidade, neste aspecto coaduno com o nosso mestre Michel Prieur da importância em *"manter o poder regulamentar a nível administrativo, sem excluir a competência legislativa do poder competente"*.

* * *