

A TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL: UMA REFLEXÃO INICIAL SOBRE UM CASO DE JUDICIALIZAÇÃO¹

*THE PROTECTION OF CULTURAL IMMOVABLE HERITAGE IN
BRAZIL: A INITIAL REFLECTION ABOUT JUDICIAL CASE*

*Monica Teresa Costa Sousa²
Paulo Fernando Soares Pereira³*

-
- ¹ O presente artigo é uma análise inicial de uma pesquisa de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Como reflexão inicial, não há pretensão de apresentação de respostas aos problemas discutidos, mas somente refletir a respeito da necessidade de discussão em torno de maior efetividade da política patrimonial, em vez de se trilhar o caminho da judicialização, daí a razão de escolha do imóvel denominado Ferro de Engomar, objeto de uma Ação Civil Pública, como representativo da problemática.
 - ² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Avaliadora do MEC/INEP. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito e Desenvolvimento e do Núcleo de Assessoria Jurídica Popular (NAJUP) “Negro Cosme”.
 - ³ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão. Professor Universitário junto ao Departamento de Direito da Faculdade Estácio São Luís.

O patrimônio não é o passado, já que sua finalidade consiste em certificar a identidade e em afirmar valores, além da celebração de sentimentos, se necessário, contra a verdade histórica. Nesse aspecto é que a história parece, com tamanha frequência, 'morta', no sentido corrente. Mas, ao contrário, o patrimônio é 'vivo', graças às profissões de fé e aos usos comemorativos que o acompanham.

Dominique Poulot (2009, p. 12).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Perspectiva social e jurídica de proteção do patrimônio cultural imobiliário; 2 Judicialização, obstáculos processuais e deterioração do patrimônio cultural imobiliário; 3 A uma reflexão inicial sobre um caso de judicialização da tutela patrimonial; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Objetiva-se com o presente trabalho fomentar a discussão em torno da proteção do patrimônio cultural no Brasil. A discussão aborda, dessa forma, as razões sociais e jurídicas de proteção do patrimônio cultural, as dificuldades encontradas para se tutelar tal espécie de interesse difuso, em momento no qual houve uma explosão de direitos, bem como aborda a inexistência de monopólio estatal protetivo e a necessidade de substituição da judicialização por novas formas de soluções de litígios, a exemplo de políticas públicas patrimoniais preventivas. O artigo encerra apresentando uma reflexão inicial a respeito da pouca efetividade das medidas judiciais concedidas contra particulares, para se tutelar o patrimônio histórico imobiliário, tendo como exemplo o imóvel denominado Ferro de Engomar, localizado no Centro Histórico da cidade de São Luís.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Cultural no Brasil. Judicialização. Inefetividade de medidas judiciais. Políticas públicas e Patrimônio Cultural.

ABSTRACT: The aim of the present work is to raise an issue towards protection of cultural heritage in Brazil. The discussion approaches the social and legal reasons for public heritage protection, the difficulties faced on implementing diffuse rights, in a moment when a boom of these rights has come about, by also pointing the inexistence of a state protective monopoly and the need of substitution of judicial control for new ways of solving disputes, such as preventive estate public policies. The article ends showing a initial reflection towards the low effectiveness the difficulties faced by the institutions of Justice Systems, before the

low effectiveness of the judicial measures applied against individuals in order to protect real state public heritage, focusing as a case study the building known as “Ferro de Engomar”, located in São Luís town.

KEYWORDS: Cultural heritage in Brazil. Judicial control. Low effectiveness of judicial measures. Public policies on cultural heritage.

INTRODUÇÃO

Almejando a tutela de bens culturais constitucionalmente protegidos, as Instituições dos Sistemas de Justiça buscam, através de mecanismos processuais, soluções capazes de efetivar tal comando, o que nem sempre se mostra suficiente. Dessa constatação surge o objetivo do presente trabalho: discutir as razões da tutela jurídica do patrimônio cultural no Brasil, refletindo, ao final, de forma sucinta, a respeito de um caso de judicialização, no qual se apresenta o exemplo do imóvel denominado Ferro de Engomar, como representativo da problemática.

Não é pretensão do trabalho esgotar a discussão em torno de respostas à problemática da falta de efetividade da tutela coletiva patrimonial, apresentando-lhe as suas causas e dando-lhe as respostas. O pressuposto do trabalho parte da premissa segundo a qual a política patrimonial deve ser discutida e efetivada em sua integralidade, sem arremedos, na instância competente, órgãos e entidades responsáveis e sociedade civil, evitando-se, de forma desnecessária, a judicialização. Se a política patrimonial não funciona ou não se mostra adequada, de pouco adiantará a judicialização.

O avanço teórico almejado pretende, necessariamente, dialogar com diversos marcos, sem se arvorar em perspectiva específica, sendo necessário, inclusive, que se converse com outras ciências, já que se refletirá a respeito da insuficiência das soluções processuais encontradas pelas Instituições do Sistema de Justiça na tentativa de se tutelar o patrimônio cultural imobiliário.

A discussão passa, dessa maneira, pela não efetivação ou insuficiência das políticas públicas patrimoniais, que, de maneira similar a outras, acabam desaguando no Judiciário, igualmente incapaz de resolver conflitos que têm raízes, talvez, na insuficiência administrativa e em causas que fogem à previsibilidade das fórmulas jurídicas tradicionais: enquanto as Instituições do Sistema de Justiça se debatem a respeito dos meios processuais mais eficazes de tutela, os autos crescem e o patrimônio imobiliário padece.

Importante registrar que a pretensão da presente reflexão é apenas refletir inicialmente sobre caso no qual o caminho processual não tem se mostrado suficiente, contribuindo-se, assim, para que se busquem novas soluções que devem ser encontradas nas próprias políticas públicas patrimoniais, seja na efetivação das já existentes ou em outras que possam ser instituídas.

Por oportuno, registre-se que o trabalho não se preocupará em traçar os rumos da política patrimonial, ou seja, relatar todos os seus problemas e apresentar os respectivos remédios, mas apenas em dizer que a questão deve ser objeto de discussão nas instâncias adequadas e não no Judiciário.

Após definido o objeto, lançado o objetivo e problematizada a questão, desenvolveu-se o trabalho a partir de uma perspectiva que confirme a hipótese, iniciando-se com a discussão a respeito da proteção jurídica do patrimônio cultural imobiliário (imóveis tombados, no caso), para, em seguida, trazer a discussão sobre a judicialização dos conflitos patrimoniais e os obstáculos processuais enfrentados, encerrando-se, por fim, com a reflexão **inicial** em torno do caso Ferro de Engomar, exemplo que bem sintetiza as dificuldades enfrentadas pelas Instituições do Sistema de Justiça na tentativa de efetivação da tutela constitucional do patrimônio cultural.

1 PERSPECTIVA SOCIAL E JURÍDICA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMOBILIÁRIO

Patrimônio, etimologicamente, é *palavra de origem latina, patrimonium*, significando tudo o que pertencia aos pais, *pater* ou *pater familias*, pai de família, advindo daí a noção daquilo que remonta aos nossos pais, origens e raízes⁴, sendo que, na nossa vida cultural, raros são os termos que possuem um poder de evocação tão grande quanto patrimônio, pois ele parece acompanhar a multiplicação dos aniversários e das comemorações, característica de nossa atual modernidade⁵. Como bem ressalta Dominique Polout⁶, em verdade:

4 FUNARI, Pedro Paulo Abreu; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 10-11.

5 POLOUT, Dominique. *Uma história do patrimônio no Ocidente, séculos XVIII-XXI: do monumento aos valores*. São Paulo: Estação Liberdade, 2009, p. 9.

6 POLOUT, op. cit., p. 203.

A noção de patrimônio implica um conjunto de posses que devem ser identificadas como transmissíveis; ela mobiliza um grupo humano, uma sociedade, capaz de reconhecê-las como sua propriedade, além de demonstrar sua coerência e organizar sua recepção; ela desenha, finalmente, um conjunto de valores que permitem articular o legado do passado à espera, ou a configuração de um futuro, a fim de promover determinadas mutações e, ao mesmo tempo, de afirmar uma continuidade. Esboçadas progressivamente por dispositivos de enquadramento de artefatos, lugares e práticas, a diversas configurações desdobram-se através das sociabilidades que as cultivam, das afinidades que se estabelecem por seu intermédio, além das emoções e dos saberes que se experimentam nesse contexto.

Além disso, a noção de patrimônio remonta à construção dos Estados Nacionais⁷, iniciando, em especial após a eclosão da Revolução Francesa de 1789 (momento no qual houve a necessidade da invenção de um conjunto de cidadãos que deveriam compartilhar uma mesma língua, cultura, origem e território, utilizando-se, para tanto, de políticas educacionais que fossem capazes de difundir, já nas crianças, a ideia de pertencimento a uma nação⁸) e atingindo seu ápice entre 1914 a 1945, quando as duas Grandes Guerras Mundiais aviventaram o sentimento de nacionalismo⁹.

Com o término da II Grande Guerra Mundial e como forma de se reconhecer a diversidade humana e ambiental, como valor a ser promovido por todos, e com o objetivo de tutelar os bens de natureza cultural, instituíram-se vários instrumentos jurídicos em nível internacional, as chamadas cartas patrimoniais, destacando-se a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (17 de outubro a 21 de novembro de 1972), da Conferência Geral das Nações Unidas.

7 Para uma análise mais detida sobre a construção do conceito de patrimônio, cf. CHOAY, Françoise. A alegoria do patrimônio. 4. ed. São Paulo: Estação Liberdade – UNESP, 2006.

8 Eric Hobsbawm lembra que “o objetivo e a característica das ‘tradições’, inclusive as inventadas, é a invariabilidade. O passado real ou forjado a que elas se referem impõe práticas fixas (normalmente formalizadas, tais como a repetição. O ‘costume’, nas sociedades tradicionais, tem a dupla função de motor e volante. Não impede as inovações e pode mudar até certo ponto, embora evidentemente seja tolhido pela exigência de que deve parecer compatível ou idêntico ao precedente. Sua função é dar a qualquer mudança desejada (ou resistência à inovação) a sanção do precedente, continuidade histórica e direitos naturais conforme expresso na história”. *A invenção das tradições*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 10.

9 FUNARI; PELEGRINI, op. cit., p. 15-21.

Tal Convenção representa importante instrumento de proteção de bens jurídicos que fogem ao aspecto particular, regional ou até mesmo nacional, inserindo-se sua proteção em âmbito internacional. A Convenção traz a definição de patrimônio cultural (art. 1º) e natural (art. 2º), sendo que, neste trabalho, interessa, precipuamente, a definição do primeiro, já que se está a tratar de patrimônio cultural imobiliário (imóveis com valores históricos e arquitetônicos reconhecidos).

Para os fins da Convenção, são considerados “patrimônio cultural”: a) os *monumentos*: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; b) os *conjuntos*: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; c) os *sítios*: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza assim como áreas, incluindo os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Já no Brasil, os antecedentes jurídicos mais significativos¹⁰, em nível legislativo, da tutela do patrimônio histórico remontam ao Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933, que elevou a cidade de Ouro Preto à condição de Monumento Nacional, à Constituição de 1934 e à criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), em 19 de abril de 1936, ainda em caráter provisório.

O Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, vigente até hoje, organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e o definiu, em seu art. 1º, como “o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja proteção 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”. Além do mais, tais bens só são considerados como parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional após inscritos

10 Sobre o assunto Ana Maria Moreira Marchesan ressalta que houve ações isoladas de conteúdo preservacionista no Brasil Império, a exemplo da Carta, datada em 05 de abril de 1742, de autoria de D. André de Melo e Castro Conde das Galveias, Vice-Rei do Estado do Brasil, ao ter ciência das intenções do então Governador de Pernambuco, Luís Pereira Freire de Andrade, objetivando uma utilização mais racional das fortificações deixadas pelos holandeses naquele Estado. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 50-54.

em um dos quatro Livros do Tombo, consagrando-se, dessa maneira, o instituto do tombamento.

Não se pode esquecer que o Decreto-Lei nº 25/1937 tem sobrevivido, curiosamente, às alterações legislativas, não sendo objeto de reforma legislativa, mesmo em um sistema de alta inflação normativa como o brasileiro, o que, talvez, seja justificado pelo desinteresse da história do país ou, por um enfoque mais otimista, por estar se mostrando, aparentemente, eficaz, no plano jurídico, sendo fruto da genialidade cultural do esboço de anteprojeto de lei elaborado por Mário de Andrade, a pedido do então Ministro da Educação, Gustavo Capanema.

Todavia, no direito brasileiro, é na Constituição Federal de 1988 que será encontrado o que há de mais substancial em termos de proteção jurídica do patrimônio cultural, em especial nos arts. 215 a 216, inclusive com as modificações instituídas pela Emenda Constitucional de nº 48/2005.

A Constituição Federal estabelece que, dentre outras hipóteses, 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 de diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, no que se incluem as edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, bem como os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216, IV e V).

No sentido acima, no plano jurídico, sem muita divergência da noção das demais ciências sociais, patrimônio cultural pode ser definido, então, como o conjunto de bens, práticas sociais, criações, materiais ou imateriais de determinada nação e que, por sua peculiar condição de estabelecer diálogos temporais e espaciais relacionados àquela cultura, servindo de testemunho e de referência às gerações presentes e futuras, constitui valor de pertença pública, merecedora de proteção do direito e fática pelo Estado¹¹. No entanto, para os fins deste trabalho, interessam apenas os bens de natureza material imobiliária, ou seja, imóveis tombados individualmente ou em conjunto.

Com as definições em mãos, torna-se possível avançar um pouco além sobre a problemática.

11 MARCHESAN, op. cit., p. 49-51.

2 JUDICIALIZAÇÃO, OBSTÁCULOS PROCESSUAIS E DETERIORIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMOBILIÁRIO

2.1 A EXPLOSÃO DE DIREITOS, A JUDICIALIZAÇÃO E O PROTAGONISMO JUDICIAL

No Brasil, após a Constituição Federal de 1988, o Judiciário¹², de tímido expectador da implantação das políticas públicas, foi instado a se manifestar, no ritmo crescente das novas demandas, sob os mais diversos assuntos, ante a explosão democrática que irradiou a partir desse momento histórico. Passamos a viver, então, em momento de extremo protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito, como fatores decisivos da vida coletiva democrática, do desenvolvimento de uma política forte e densa de acesso ao direito e à justiça¹³.

No entanto, faz-se a seguinte indagação: estava a função judiciária, de raiz eminentemente conservadora, fruto da cultura bacharelesca¹⁴, preparada para atender as novas demandas? Sobre o assunto, Boaventura de Souza Santos (2007) responde que a construção do Estado latino-americano, até final dos anos de 1980, no que se inclui, evidentemente, o Brasil, ocupou-se com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando subverter o Judiciário em uma parte dos aparatos burocráticos do Estado, um órgão para o poder político controlar, ou seja, com espécie de instituição sem mecanismos para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores. Após esse período, de maneira geral, com a derrocada dos regimes autoritários, o sistema judicial adquiriu forte atuação, passando a intervir ativamente nas políticas estatais. Aliás, tal movimento, nos países latino-americanos, assemelha-se ao desenvolvimento da interpretação judicial que ocorreu nos Estados Unidos durante o período compreendido entre 1890 a 1937, fase de intensa participação judicial na vida econômica daquele país¹⁵.

12 Uma visão do Judiciário moderno e contemporâneo pode ser encontrada em APOSTOLOVA, Bistra Estefanova. Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Fabris, 1998.

13 SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 16-20.

14 Sobre o bacharelismo e conservadorismo, cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 132-139; cf., também, com uma discussão mais aprofundada, NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

15 A respeito do assunto, o chamado devido processo substantivo e econômico, cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 201-226.

No movimento de protagonismo judicial, ante a pouca eficácia das políticas públicas, o Judiciário brasileiro passou a ser uma alternativa eficaz para a execução dos diversos direitos previstos na Constituição de 1988, em movimento que vai desde a simples concessão de medicamentos ou internação até ao reconhecimento de direitos sequer previstos, expressamente, na mesma¹⁶.

Esse deslocamento da prática da execução da política pública a cargo do Executivo para o Judiciário, transformando esta última função em verdadeira extensão da primeira, como forma de cumprir a ineficiência executiva, acaba tirando a atenção daquilo que, efetivamente, deveria estar passando por uma análise jurídica aprofundada.

Some-se a isso, para se agravar o quadro, que, não raras vezes, o Judiciário desconsidera totalmente as regras do jogo, em situação na qual “basta requerer para se deferir”, concedendo-se direitos, nitidamente não previstos na legislação, em verdadeira desconsideração com a atividade legislativa e executiva, fragilizando-se ainda mais o quadro¹⁷.

Para dar efetividade a uma avalanche de direitos e manter seu protagonismo, precisava o Judiciário estar preparado, tanto intelectual, quanto estruturalmente, para se manter rápido, eficaz e independente. No entanto nem sempre isso ocorreu, já que não é possível se livrar de um histórico ranço de bacharelismo do dia para a noite.

16 SANTOS, op. cit., p. 20.

17 Sobre a temática, Boaventura de Souza Santos comenta que “é verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do **controle** da constitucionalidade do direito ordinário. Muitas das decisões judiciais protagônicas acabam por consagrar princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do que está estabelecido na lei ordinária. No caso brasileiro, um bom exemplo dessa intervenção judicial está na proteção jurídica alcançada por casais homoafetivos. Neste caso, aplicando o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos companheiros homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutele seus interesses. Por estas razões – diferentes de país para país, mas convergentes no seu sentido geral – temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário. Esta transferência da legitimidade é um processo gradual, nalguns Estados a ocorrer mais rapidamente do que em outros. Esse movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Acontece que a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades do judiciário é, ela própria, uma fonte de problemas”. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2007, p. 21.

Dando-se, não raras vezes, relevância demasiada a demandas que sequer precisariam passar pela análise do Judiciário, as Instituições do Sistema de Justiça brasileiro, como no início do século XX, continuam a agir como se a resolução de conflitos seja monopólio de seu ator principal, o Judiciário, não sendo diferente com as ações que objetivam efetivar o comando constitucional de tutela do patrimônio cultural, principalmente o imobiliário.

A efetividade do Judiciário passou, dessa forma, a constituir uma espécie de carma, sujeito a todas as espécies de reformas processuais, incapazes de dar conta das novas demandas.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁸ trataram a respeito de três ondas como soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, interessando, neste trabalho a questão da representação dos interesses difusos, a denominada segunda onda. Sobre esse tema, ensinavam que tanto nos países do sistema *Common Law* como no *Civil Law*, as instituições governamentais, em virtude de sua tradição, encontravam dificuldades para proteger tais interesses, já que são inerentemente vinculadas a papéis tradicionais e não estavam sendo capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos.

Na onda de novos direitos, pode-se inserir a necessidade de proteção do patrimônio cultural que, nas sociedades de consumo e de cultura de massa, passa a se constituir um instrumento de desenvolvimento local ou nacional, em função do turismo e de práticas mercantis do saber e do lazer¹⁹.

2.2 DA TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO RESPONSABILIDADE DE TODOS: AUSÊNCIA DE MONOPÓLIO ESTATAL

A tutela dos direitos culturais não deve ser vista como tarefa a cargo apenas do Poder Público. Os bens culturais nascem da ideia de preservação das raízes de determinada sociedade. No entanto, em muitos lugares, cresceu a ideia segundo a qual a tutela dos mesmos deve ser efetivada apenas pelo Estado (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas entidades), como se houvesse uma espécie de monopólio protetivo, sendo que, em São Luís, recorte espacial desta reflexão, nas causas que envolvem o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN se desconhece, até o momento, a

18 Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002.

19 POLOUT, op. cit., p. 200.

existência ativa de sociedade civil organizada com o objetivo de lutar por tal proteção.

Henrique Augusto Mourão²⁰, citando o exemplo do patrimônio cultural arqueológico, lembra que o Estado brasileiro arvorou para si, através do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, uma tutela solitária da defesa dos bens culturais. Efetivamente, há predominância técnica de tal entidade, mas isso se deve muito mais à falta de mobilização da sociedade civil em defesa dos bens culturais do que de um propósito deliberado em se monopolizar a tutela.

Pelo que se tem conhecimento, não parece que seja bandeira do IPHAN ou de qualquer órgão ou entidade estatal usurpar a defesa dos bens culturais, dado que os mesmos pertencem a todos e a todos cabe defendê-los. Infelizmente, o espaço vazio tem sido preenchido pelo Estado, gerando uma óbvia incapacidade de atender, eficazmente, aos problemas que surgem, dado a infinidade de demandas sociais a cargo do Poder Público.

A tutela do patrimônio cultural, no que se inclui o imobiliário, não pode ser vista, assim, apenas como uma tutela estatal, mas como bem que deve receber proteção de todos, pois uma revolução democrática do direito e da justiça só se faz verdadeiramente caso haja uma revolução democrática mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade²¹.

A falta de identificação ou de manifestação ativa da sociedade parece ser um dos grandes problemas para se efetivar o comando constitucional de proteção do patrimônio cultural, pois não bastam manifestações vociferando a proteção dos bens, sendo necessária mobilização cívica, já que a proteção dos bens referenciados se dá em função da singularidade dos mesmos para determinada sociedade.

O *déficit* de participação cidadã, nesse tema, tem impedido que o mesmo seja melhor compreendido e protegido. Não basta contemplar o patrimônio tombado, encher o peito de orgulho e ir embora ou culpar o Poder Público pelas mazelas patrimoniais. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth²², ao tratarem dos problemas especiais dos interesses difusos, já lembravam que:

20 *Patrimônio cultural como um bem difuso*: o direito ambiental e a defesa dos interesses coletivos por organizações não governamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 11-12.

21 SANTOS, op. cit., p. 16-35.

22 Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 27-29.

Assim, conquanto como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupo, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha, como no exemplo acima, em sua ação em favor do grupo. Uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina governamental para proteger os interesses públicos e dos grupos. **Pesquisa** comparativa recente, no entanto, demonstrou o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos. É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental. [...]

É evidentemente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes – para todas as sociedades modernas – em vantagens concretas para as pessoas comuns. Supondo que haja vontade políticas de mobilizar os indivíduos para fazer valer seus direitos – ou seja, supondo que esses direitos sejam para valer – coloca-se a questão fundamental de como fazê-lo.

No direito brasileiro, porém, há mecanismos administrativos e processuais, os chamados remédios constitucionais, através das Instituições do Sistema de Justiça, que permitem uma maior interferência do cidadão nos assuntos ligados à vida coletiva, no que se inclui, evidentemente, o patrimônio cultural.

Nessa perspectiva, portanto, um dos maiores equívocos em relação à proteção do patrimônio cultural é, utilizando-se, equivocadamente, dos conceitos de tombamento, ato estatal, atribuir quase que, exclusivamente, ao Estado a proteção daquele, havendo necessidade de maior envolvimento dos cidadãos nesse tema.

3 UMA REFLEXÃO INICIAL SOBRE UM CASO DE JUDICIALIZAÇÃO DA TUTELA PATRIMONIAL

3.1 O CASO FERRO DE ENGOMAR E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA: OS AUTOS QUE CRESCEM E O PATRIMÔNIO QUE PADECE

Em um processo acelerado de globalização no qual identidades são devoradas, os Centros Históricos se firmam como referências comuns, a exemplo da língua, da história, do folclore, como espécie de simbolismo que materializa as raízes de um povo, pressupondo, cada vez mais, uma cultura, uma espécie de filosofia de vida, que garante uma identidade e

encerra um conjunto de referências reais ou simbólicas que atestam um percurso e legitimam o presente, pelo testemunho perene do passado²³.

Nessa perspectiva, a questão da efetiva proteção *versus* degradação dos Centros Históricos não é uma preocupação apenas da cidade de São Luís, mas ? outras cidades que possuem conjuntos arquitetônicos, havendo similitude de preocupações.

Em 1997, a UNESCO, reiterando o que o IPHAN já havia feito em 1955, quando tombou o Centro Histórico de São Luís, reconheceu a peculiaridade arquitetônica do conjunto arquitetônico da capital maranhense, concedendo-lhe o título de “*Patrimônio Cultural da Humanidade*”²⁴.

*Não se pode desconsiderar, como lembram Mariana Cascais e Maria da Saudade Baltazar*²⁵, ao citarem o caso da cidade de Évora, em Portugal, que a titulação “*Patrimônio Cultural da Humanidade*”, de certa forma, acaba tornando um Centro Histórico vítima da sua preservação: as limitações impostas, embora reforcem a identidade e lhe deem condição especial, são responsáveis, direta e indiretamente, pelo seu esvaziamento, em decorrência do custo elevado para a realização de obras, em função dos atributos arquitetônicos singulares, falta ou demora na realização de obras públicas, má iluminação, falta de acessibilidades, trânsito complicado, dentre outros problemas.

Para evitar a contradição descrita acima, a função administrativa de fiscalização se torna imprescindível, pois se trata de um conjunto com milhares de imóveis, cada qual com sua peculiaridade, com uma destinação específica, com múltiplos tipos arquitetônicos, com diversidade de hábitos e pessoas, que os utilizam para trabalhar ou como moradia.

À função de fiscalização, deveriam estar aliadas políticas de fomento à preservação, inclusive com educação patrimonial. Não havendo consciência patrimonial entre os proprietários e a população, cria-se um falso dissenso segundo o qual a fiscalização e a manutenção do patrimônio constituem excessiva

23 CASCAIS, Mariana; BALTAZAR, Maria da Saudade. Insegurança nos Centros Históricos: o caso de Évora. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). *Seminário urbanismo, segurança e lei*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2009, p. 71-94.

24 Uma peculiaridade da concessão desse título jurídico é a sujeição a um regime de tombamento diferenciado, no qual o mesmo incide sobre o conjunto arquitetônico da cidade e não apenas sobre os imóveis de forma individualizada.

25 Op. cit., p. 80.

interferência estatal nas propriedades, disseminando-se, equivocadamente, no imaginário das pessoas que a função administrativa é um feroz algoz.

Para ajudar a refletir sobre as inquietações acima, traz-se um exemplo no qual as Instituições do Sistema de Justiça maranhense têm enfrentado dificuldades para efetivar o comando constitucional de tutela do patrimônio cultural na cidade de São Luís: é o caso de um imóvel denominado Ferro de Engomar²⁶, hipótese que reflete exemplos recorrentes na Seção Judiciária do Maranhão.

Com o desabamento de parte do telhado do imóvel, em 30 de março de 2010, em decorrência de intensas chuvas, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, através da Advocacia-Geral da União – AGU, em 16 de setembro de 2010, após tentativas infrutíferas de resolver a situação no âmbito administrativo, ingressou com uma Ação Civil Pública²⁷ objetivando obrigar os proprietários a recuperarem o imóvel.

O pedido de medida liminar, prontamente deferido pela Justiça Federal, em 22 de setembro do mesmo ano, era para se estabilizar o bem tombado, medida até hoje não cumprida, por diversas razões fáticas que fogem ao poder de constrição do Judiciário.

Mesmo depois de várias tentativas processuais com o intuito de obrigar os proprietários a recuperarem o imóvel, nenhuma se mostrou eficaz, sendo oportuno registrar que a simples formação da relação processual, com o ato de citação, sequer foi efetivada na totalidade. Além disso, um dos proprietários faleceu e os herdeiros venderam o imóvel por duas vezes. A Advocacia-Geral da União e o Ministério Público Federal requereram todas as medidas processuais possíveis para efetivar a tutela constitucional do bem, não se mostrando quaisquer delas com eficácia, mesmo com o pronto atendimento por parte do Judiciário Federal.

26 Localizado na Rua Afonso Pena, Centro, o imóvel é parte integrante do Conjunto Arquitetônico e Paisagístico da cidade de São Luís, tombado pela União através do processo nº 457-T-57, inscrito sob o nº 64, do Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico e sob o nº 513 do Livro do Tombo das Belas Artes, de 13 de março de 1974. O imóvel, também, está inscrito na lista de Patrimônio Cultural da Humanidade – UNESCO e do Conjunto Histórico, Arquitetônico e Paisagístico do Centro Urbano de São Luís, tombado pelo Estado do Maranhão, através do Decreto Estadual nº 10.089, de 06 de março de 1986.

27 Processo sob os autos de nº 34684-89.2010.4.01.3700, em trâmite junto à 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão.

Onde estão os equívocos das Instituições do Sistema de Justiça Federal (Advocacia Pública, Ministério Público, Judiciário) na tentativa de tutela do patrimônio cultural? O caso não é isolado, repetindo-se em outras situações envolvendo imóveis tombados em mãos de particulares. Nessas hipóteses, problemas de ordem pessoal (dificuldades em se formar a relação processual ou para se obrigar os proprietários a cumprirem as medidas judiciais deferidas, já que boa parte dos proprietários alega não dispor de recursos para arcar com os custos da recuperação) têm prevalecido sobre a natureza real da obrigação.

O caso Ferro de Engomar parece demonstrar, claramente, que o sistema de tutela coletiva patrimonial necessita de maiores reflexões, pois um imóvel tombado, apesar das avançadas técnicas de restauro, não deveria ficar tão vulnerável à complacência de uma medida judicial: o tempo e a inefetividade do processo se mostram como inimigos brutais da tutela patrimonial - enquanto os autos crescem, o patrimônio padece.

Mauro Cappelletti e Bryant²⁸ já haviam alertado, inclusive, que um dos problemas, dentre outros, para se efetivar o acesso à justiça está relacionado ao tempo do processo, chamando atenção para a questão da proteção dos interesses difusos, em razão de sua natureza difusa, seja porque ninguém teria direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo seja porque a recompensa para qualquer indivíduo buscar essa correção seria diminuta para induzi-lo a ajuizar uma ação, restando, em último caso, ao Estado, através das Instituições do Sistema de Justiça tradicionais (Advocacia Pública e Ministério Público) a tutela dos mesmos.

4 CONCLUSÕES

A tutela jurídica dos imóveis tombados, no Brasil, segue a sistemática das demais ações coletivas, vigendo um modelo misto²⁹ no qual tanto o Ministério Público quanto outros legitimados, inclusive particulares³⁰, podem ingressar em juízo objetivando obrigar que alguém conserve ou restaure um imóvel tombado, sendo a ação civil

28 Op. cit., p. 20 e 26.

29 Sobre o assunto, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise do direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-38.

30 Pense-se na possibilidade de se ajuizar uma ação popular objetivando obrigar o Poder Público a tomar medidas preventivas em relação à conservação de determinado imóvel tombado, já que a Lei n.º 4.717/65, no art. 6º, é expressa em prevê a possibilidade de ajuizamento da mesma em casos de autoridade que "por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo". Sobre a ação popular, definida

pública o instrumento processual mais utilizado para se proteger tais bens. No entanto, pelo menos na Seção Judiciária do Maranhão, não é comum ver ações que não sejam ajuizadas pelo Ministério Público ou pelo próprio Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, entidade federal encarregada da defesa do assunto.

Pressupondo as obrigações de fazer ou de não fazer uma premissa lógica de possibilidade de cumprimento por parte daquele que estaria obrigado a fazer ou desfazer determinada obrigação, a defesa do patrimônio histórico em juízo deveria considerar uma visão instrumental, dada a natureza singular do bem protegido e, também, a sua perspectiva civil (obrigação de natureza real, *propter rem*, na qual um bem tombado ou protegido recebe a tutela constitucional em função da singularidade da coisa).

De forma contraditória, no entanto, os maiores empecilhos para a defesa da coisa tombada estão em fatores de natureza pessoal, o que leva o Judiciário, às vezes, a decidir de forma a se interessar muito mais por questões de natureza processual do que pela efetiva proteção do bem.

Sendo o patrimônio cultural, como interesse difuso, um bem pertencente a todos, seria de se esperar maior envolvimento da sociedade em sua defesa, inclusive em juízo ou fora dele. Contudo, em se tratando de interesses difusos, não basta a mera ampliação do rol de pessoas e conflitos sujeitos ao processo (universalização da jurisdição), sendo indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões efetivas, capazes de propiciar a tutela mais ampla possível desses direitos³¹, pois nem sempre o sistema de tutela difusa se mostrará eficaz em se tratando de processo coletivo movido em face de particular, já que o mundo dos fatos é, infinitamente, mais dinâmico do que as formulações legislativas.

Com a explosão de direitos e a intensa judicialização, um dos grandes equívocos das Instituições do Sistema de Justiça brasileiras tem sido acreditar que apenas o Judiciário pode ser depositário da resolução de conflitos, menosprezando-se outras formas de composição não tradicionais.

Assim, parece que, à semelhança do cidadão, as Instituições do Sistema de Justiça, através de seus atores, ao ajuizarem uma ação objetivando tutelar

como exercício direto da democracia e as possibilidades de ajuizamento em casos omissivos, cf. SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 83-85 e 126-127.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

o patrimônio cultural, estão buscando soluções para as quais o Judiciário não possua ou, talvez, seja incapaz de dar respostas eficazes.

Evidentemente, indagar-se-ia: em se tratando de uma obrigação de fazer ou não fazer, poderia um terceiro cumprir a obrigação (art. 249 a 251 do Código Civil), sendo esta, inclusive, dever imposto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, através do art. 19 do Decreto-Lei n. 25/1937. Certamente, tal hipótese seria possível. Contudo, será que essa é a diretriz constitucional: a tutela de um bem particular tombado sempre vai recair sobre o Poder Público, em último caso? Em um Centro Histórico abandonado pelos proprietários de forma bastante significativa, a Administração vai arcar com todos os seus custos de manutenção? Certamente, essa não parece ser a diretriz constitucional.

O indicativo de solução para o problema, dentre outras alternativas, parece estar em se pensar que a proteção do patrimônio cultural é dever de todos, como uma atitude cívica³², aliada a uma política pública compensatória por parte do Estado, mais ainda em um sítio tombado em seu conjunto, como em São Luís, pois se o Estado se dispôs, juridicamente, a reconhecer determinado bem como relevante para a comunidade, parece que seja adequado que o mesmo seja capaz de implementar e articular políticas públicas capazes de dar efetividade a tal comando.

As Instituições do Sistema de Justiça, diante da problemática da inefetividade das medidas judiciais, deveriam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais e que o Judiciário, atualmente, não pode ser visto, sempre, como a última forma de composição de conflitos a ser considerada, sendo tarefa básica dos processualistas modernos a exposição de novos mecanismos de processamento de litígios³³.

E quais seriam os novos mecanismos de soluções de litígios no âmbito patrimonial? O caminho da preservação parece estar em se aliar políticas públicas atentas às peculiaridades do local. Se porventura uma política pública for utilizada como modelo, é preciso estar disposto a recriar e superar o que foi realizado, sendo bastante válida a troca de

32 Para Alicia Esther Ortuño Rodríguez, pode-se afirmar que existe um denominador comum na pauta de comportamentos que caracterizam o civismo, como manter as vias públicas limpas, não fazer ruídos desnecessários, preservar o mobiliário urbano e os elementos do patrimônio cultural, não por em perigo a saúde de outras pessoas, sem embargo de outras condutas que podem ser consideradas cívicas, a depender do limite do exigível e tolerável aos indivíduos em uma determinada localidade, conforme suas particularidades. *Civismo y convivencia municipal*. Barcelona: Editorial Bayer Hnos, 2010.

33 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 13.

experiências, não sendo possível acreditar em modelos já prontos que se adéquem a qualquer realidade³⁴, hipótese, aliás, inconcebível, pois a noção de patrimônio pressupõe a singularidade do bem tombado.

Apesar disso, os proprietários não devem ficar totalmente inertes e sempre *a espera recursos* públicos. Em um regime democrático que pressuponha que o patrimônio cultural é de todos, não é interessante que apenas o Estado arque com as consequências de sua proteção, isentando-se aqueles que utilizam os meandros jurídicos como eximentes de seus deveres de conservar, restaurar ou reformar.

Se as instituições são necessárias para estabelecer regulamentos obrigatórios e prover incentivos financeiros, deve-se exigir, por outro lado, um compromisso mais forte com as responsabilidades da cidadania para se otimizar o cuidado com o ambiente cultural, incentivando-se a liberdade de participação cidadã e estimulando-se a capacidade de pensar, valorizar e agir das pessoas, o que “requer conceber os seres humanos como agentes, em vez de meramente recipientes”³⁵ das políticas públicas.

Além do mais, todas as políticas públicas dependem de como se comportam os indivíduos e grupos na sociedade, sendo que os comportamentos são influenciados pela compreensão e interpretação das exigências da ética social. Para a elaboração das políticas públicas, portanto, faz-se necessário não apenas avaliar as exigências de justiça e o alcance dos valores ao se escolherem os objetivos e as prioridades da política pública, mas igualmente compreender os valores do público em geral, incluindo o seu senso de justiça³⁶.

Nesse contexto, é preciso resgatar e/ou implementar políticas públicas que evitem a judicialização e que resgatem a patrimonialidade da cidade antiga. Faz-se necessário regressar ao Centro Histórico, à semelhança do que tem ocorrido em muitos lugares, no quais, com a morte da utopia modernista e com a fragilidade do movimento pós-modernista, os olhos das pessoas se voltaram para os centros, redescobrimo-se as potencialidades da velha cidade, da vida da rua e da praça, o sentido solidário

34 A cultura e cidade: uma aliança para o desenvolvimento – a experiência da Espanha. In: *Políticas culturais para o desenvolvimento: uma base de dados para a cultura*. Brasília: UNESCO Brasil, 2003, p. 93-104.

35 SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 66, 69 e 70. Além disso, os mesmos autores dizem que “entre as oportunidades que temos razões para valorizar está a liberdade de participar. Se as deliberações participativas forem prejudicadas ou enfraquecidas, algo de valor estará perdido”.

36 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 311.

da vizinhança e o espírito gregário do bairro, o conforto da proximidade e as virtudes da multifuncionalidade que a cidade moderna rejeitou³⁷.

A potencialidade técnica e social das Instituições do Sistema de Justiça não pode ser substitutiva das políticas públicas patrimoniais. O contributo dessas instituições deve ser direcionado para a criação de novos caminhos, implementação e formulação de políticas patrimoniais, superando-se a tradição bacharelesca de defesa de uma ordem legalista, processualista e dissociada das reais necessidades dos novos direitos, inclusive os direitos culturais, no que se inclui o patrimônio imobiliário.

REFERÊNCIAS

APOSTOLOVA, Bistra Estefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CASCAIS, Mariana; BALTAZAR, Maria da Saudade. Insegurança nos Centros Históricos: o caso de Évora. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). *Seminário urbanismo, segurança e lei*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2009.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. 4. ed. São Paulo: Estação Liberdade – UNESP, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, Manuel. Urbanismo, segurança e lei. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). *Seminário urbanismo, segurança e lei*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2009.

FUNARI, Pedro Paulo Abreu; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise do direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁷ FERNANDES, Manuel. Urbanismo, segurança e lei. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). *Seminário urbanismo, segurança e lei*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2009. p. 59-69.

HOBSBAWM, Eric. *A invenção das tradições*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

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

MARTINELL, Alfons. A cultura e cidade: uma aliança para o desenvolvimento – a experiência da Espanha. In: *Políticas culturais para o desenvolvimento: uma base de dados para a cultura*. Brasília: UNESCO Brasil, 2003.

LOURÃO, Henrique Augusto. *Patrimônio cultural como um bem difuso: o direito ambiental e a defesa dos interesses coletivos por organizações não governamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

ORTUÑO RODRIGUEZ, Alicia Esther. *Civismo y convivencia municipal*. Barcelona: Editorial Bayer Hnos, 2010.

POLOUT, Dominique. *Uma história do patrimônio no Ocidente, séculos XVIII-XXI: do monumento aos valores*. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez 2007.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 311.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.