





---

# A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE AND THE  
ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

---

*Estela Vilela Gonçalves*

*Membro da Advocacia-Geral da União*

*(Procuradora Federal junto à Procuradoria Federal Especializada junto ao IPHAN)*

*Especialista em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proteção ao Patrimônio Cultural: atribuições do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; 2 A análise Econômica do Direito; 3 A Análise Econômica do Direito na Proteção ao Patrimônio Cultural; 4 Conclusão: a reafirmação da importância da dogmática jurídica tradicional; Referências.

**RESUMO:** O artigo se propõe a apontar aplicações pontuais do instrumental da Análise Econômica do Direito na proteção jurídica do Patrimônio Cultural, a partir das atribuições administrativas do IPHAN, mas demonstrando, como conclusão, que essa abordagem é insuficiente para substituir a dogmática tradicional como fundamento do discurso jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Análise Econômica do Direito. Patrimônio Cultural. Consequencialismo. IPHAN.

**ABSTRACT:** The article proposes to point out specific applications of the instrument of economic analysis of law in the legal protection of cultural heritage, based on IPHAN administrative attributions, but showing, in conclusion, that this approach is insufficient to replace traditional legal dogmatic as the basis of legal discourse

**KEYWORD:** Economic Analysis of Law. Cultural Heritage. Consequentialism

## INTRODUÇÃO

A influência recíproca entre as diversas áreas de conhecimento é característica de nosso tempo, mas a proeminência da economia – a partir de argumentos fundados em eficiência, alocação de recursos escassos, “*trade-offs*”, pragmatismo, consequencialismo – sobre todas as demais, é fato indiscutível. Quando incorporado pelo direito, o instrumental econômico originou o ramo conhecido como “Análise Econômica do Direito”, ou “Direito e Economia” (*Law and Economics*), possibilitando reflexões bastante úteis, no que interessa neste artigo, acerca da proteção jurídica ao patrimônio cultural, não só para o aprimoramento da aplicação normativa, mas também para que se reconheçam as premissas teórico-ideológicas que estão por trás de muitos discursos argumentativos da prática jurídica.

Este trabalho pretende apresentar, de forma breve, algumas dessas contribuições, mas sem perder de vista as finalidades precípuas dadas pelo direito, e só por ele, e que devem continuar a preponderar em qualquer análise que se coloque como jurídica.

A primeira parte será destinada a apresentar de forma sucinta a dogmática tradicional envolvida na proteção ao patrimônio cultural, a partir da atuação do IPHAN, autarquia com atribuições concretas bastante significativas na execução das políticas públicas envolvendo o assunto, no âmbito federal. A seguir se fará a apresentação geral da análise econômica do direito (AED) a partir de um viés instrumental; e após algumas considerações sobre sua aplicação específica no recorte proposto. Finalmente, como conclusão, os limites de sua utilização, dados pela reafirmação da importância da dogmática jurídica tradicional.

### 1 A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL: ATRIBUIÇÕES DO INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL

A proteção ao patrimônio cultural brasileiro se estrutura a partir dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, que enfeixam uma série de princípios que devem não só nortear todo o trabalho interpretativo das leis atualmente em vigor – especialmente daquelas promulgadas sob as ordens constitucionais anteriores – mas também se impor com força normativa suficiente, por si só, para atingir as finalidades constitucionalmente valoradas.

O patrimônio cultural pode ser definido como:

Conjunto de bens heterogêneos que se transformam ao longo do tempo, que se encontram no cerne de um processo de historização e

que aparecem como o veículo de tradições culturais específicas” de forma que “depende do passado, conta sua história e nos traz até o presente, cuja criatividade nutre (BENHAMOU, 2016, p. 11).

No desenvolvimento desse trabalho, entretanto, a proteção ao patrimônio cultural será apresentada precipuamente sob o enfoque da atuação concreta da autarquia federal que tem – uma entre outros entes – essa missão.

Nessa perspectiva, do conjunto legislativo infra-constitucional atualmente em vigor, complementado pelas normas administrativas que lhe dão executoriedade, podemos pontuar que a proteção ao patrimônio cultural ocorre a partir especialmente dos seguintes vetores normativos:

- Decreto-Lei nº 25/37 – organização da proteção do patrimônio histórico e artístico nacional por intermédio do instituto do tombamento; regulamentação do comércio de antiguidades e obras de arte;
- Lei nº 3.924/61 - proteção ao patrimônio arqueológico;
- Lei nº 11.483/2007 (artigo 9º) – proteção aos bens da extinta RFFSA que tenham importância para conservação da memória ferroviária;
- Lei nº 4.845/65 e Lei nº 5.471/68 – regulamentação de exportação de obras de arte e acervo bibliográfico;
- Decreto nº 3.551/2000 – instituição do Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial (proteção às manifestações das culturas populares, nos termos do artigo 215, §1º da Constituição Federal)

Esse conjunto normativo atribui ao IPHAN uma gama de atividades compiladas pelo Decreto nº 6.844/2009 (que aprova sua estrutura regimental) nos seguintes termos:

Art. 2º O IPHAN tem por finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216 da Constituição Federal, e exercer as competências estabelecidas no Decreto lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-lei nº- 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei no 3.924, de 26 de julho de 1961, na Lei no 4.845, de 19 de novembro de 1965,

no Decreto no 3.551, de 4 de agosto de 2000, na Lei no 11.483, de 31 de maio de 2007 e no Decreto nº 6.018, de 22 de janeiro de 2007 e, especialmente:

I coordenar a implementação e a avaliação da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura;

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

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

IV elaborar normas e procedimentos para a regulamentação das ações de preservação do patrimônio cultural protegido pela União, orientando as partes envolvidas na sua preservação;

V promover e estimular a difusão do patrimônio cultural brasileiro, visando a sua preservação e apropriação social;

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

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

VIII desenvolver modelos de gestão da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro de forma articulada entre os entes públicos, a sociedade civil e os organismos internacionais; e

IX promover e apoiar a formação técnica especializada em preservação do patrimônio cultural.

Tais as formas de proteção ao patrimônio cultural que serão oportunamente apreciadas sob o instrumental da análise econômica do direito.

## **2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

A busca pela eficiência na alocação de recursos escassos é uma realidade no cotidiano da gestão pública, e vem se integrando ao discurso jurídico de forma crescente. No campo das políticas públicas, aparece, por exemplo, sob

o argumento da “reserva do possível”, onde análises de custo-benefício são continuamente desenvolvidas.

De uma forma mais precisa, a economia possui um instrumental que provê uma teoria científica para predizer os efeitos das sanções legais sobre os comportamentos, com precisão matemática - teoria dos preços e teoria dos jogos - por intermédio de métodos empíricos - estatísticas e econometria.

Em suma, *“os economistas concebem o direito como incentivos para mudança de comportamentos (preços implícitos) e como instrumentos para consecução de políticas públicas”*, de forma que *“o direito precisa da economia para entender suas consequências sobre o comportamento humano”*; os operadores do direito podem aprender de economistas *“a formulação de racionalidades quantitativas na elaboração de teorias, bem como de pesquisas empíricas”* (CUTTER/ULLEN, 2016, p. 09)

O instrumental econômico exposto a seguir é uma breve sumarização do capítulo dedicado à Teoria Microeconômica por COOTER e ULLEN na obra “LAW AND ECONOMICS” (“DIREITO E ECONOMIA”). É certo que sua aplicação mais imediata se dá nas áreas de direito privado e penal, a partir da sistemática da “Common Law”. Mas sua utilização proveitosa no campo do direito público brasileiro será exposta no item seguinte.

A análise econômica do direito se fundamenta nos princípios da microeconomia clássica, que se debruça sobre decisões tomadas por indivíduos e grupos pequenos (famílias, clubes, empresas, agências reguladoras), procurando formular uma teoria geral sobre como tais grupos distribuem seus recursos escassos (tempo e dinheiro) entre finalidades diferentes que competem entre si (*trade-offs*). Presume-se que cada ator econômico procurará maximizar felicidade, satisfação (pessoas), lucro (empresas), receita pública (Estado), etc., na medida em que adotam um comportamento racional.

O estudo da microeconomia, na obra de COOTER e ULLEN, é dividido em 5 seções: (i) teoria da escolha racional do consumidor (demanda); (ii) teoria da escolha da empresa (oferta); (iii) o equilíbrio do mercado – interação entre consumidores e empresas; (iv) teoria dos insumos no processo produtivo; (v) economia do bem-estar.

A (i) teoria da escolha racional do consumidor (demanda) consiste na elaboração de modelos econômicos por intermédio de um “ranking” entre alternativas, tidas como melhores, piores ou indiferentes, possibilitando-se o mapeamento de quais bens e serviços serão preferencialmente adquiridos, e em que quantidades.

A (ii) teoria da escolha da empresa (oferta) procura demonstrar como uma empresa decide o que e quanto será produzido, pressupondo-se



*“que as empresas buscam maximizar seus lucros a partir de restrições que lhes são impostas pela demanda do consumidor e pela tecnologia de produção”.*(p. 26)

A teoria que trata da interação entre consumidores e empresas (iii) busca demonstrar qual o ponto de equilíbrio nessa interação, com a formação de preço e quantidade produzida, específicos e únicos; em suma, num dado mercado, em qual momento é atingido equilíbrio, de forma que haja a produção exata do que os consumidores pretendem consumir, e ao preço máximo exato que se dispõem a pagar.

Neste ponto, a teoria da microeconomia agrega a chamada “teoria dos jogos”, que busca a compreensão dos comportamentos onde a maximização do resultado para uma pessoa depende não só de sua decisão individual, mas de sua interação com a decisão de outras pessoas; a decisão precisa ser tomada a partir de uma estratégia, ou seja, um plano de ação que leve em consideração também as reações dos outros “jogadores”. O comportamento cooperativo entre os “jogadores” pode ser estimulado para aumentar a eficiência (ganho mútuo).

O estudo da integração dos insumos no processo produtivo (iv) é bastante amplo e não é considerado relevante para as finalidades da análise econômica do direito, nos termos propostos por COOTER/ULLEN, com exceção dos “preços dos ativos”, ou seja, das fontes de fluxo de renda. Um apartamento, por exemplo, é considerado uma fonte de fluxo de renda (aluguel). Há uma técnica econômica para conversão desse fluxo de renda futura em uma quantia fixa presente, com aplicabilidade muito útil no campo da responsabilidade civil, por exemplo.

Finalmente, a economia do bem-estar (v) explora como as decisões de muitos indivíduos e empresas interagem para afetar o bem-estar dos indivíduos como grupos, especificando as condições sob as quais decisões independentes de maximização de riqueza e maximização de lucros podem levar, numa perspectiva mais ampla, ao equilíbrio do mercado de concorrência perfeita. O que mais interessa neste ponto, entretanto, é a sistematização das quatro forças que atuam em sentido contrário, ou seja, descaracterizam a concorrência perfeita e que, quando identificadas e superadas, possibilitam a volta ao equilíbrio gerado pela eficiência alocativa. São as chamadas falhas de mercado: monopólio, externalidades, bens públicos e assimetria de informações.

O conceito de externalidade deriva da exigência de que as trocas dentro do mercado sejam voluntárias e mutuamente benéficas. Às vezes os benefícios das trocas podem atingir outras partes que não aquelas explicitamente envolvidas no processo (externalidade positiva) ou então impor-lhes custos (externalidades negativas). Os custos suportados por terceiros em relação ao negócio são chamados de custos sociais, sendo a poluição um exemplo típico.

Em relação aos custos sociais, importante se fazer menção ao Teorema de Coese – que não é referido na obra de CUTTER/ULEN, mas é de suma importância no que se refere à AED no âmbito da proteção ao patrimônio cultural.

Ronaldo Coese propôs a inclusão da externalidade negativa na órbita do mercado a partir da concepção de que

As externalidades constituíam, no fundo, diferenças relativas aos usos correntes e incompatíveis de um recurso que se tornara escasso. ... concluiu que a solução a que as partes chegariam para resolver tais diferenças não depende da forma pela qual os direitos são atribuídos, mas é sempre a utilização mais valorizada (a mais proveitosa) a que prevalecerá.(MACKAAY/ ROUSSEAU, 2015, p. 202).

No desenvolvimento posterior de sua teoria, Coese passou a valorizar a distribuição inicial de direitos, mas ainda pressupõe que a lógica do mercado – as partes a se compor de forma a que a solução economicamente mais viável se imponha, mesmo que isso signifique que uma delas seja a responsável financeira por alterações na esfera da outra – resolva o conflito da forma mais eficiente, prescindindo, mesmo, da solução que seria construída pela esfera jurídica.

Um exemplo bastante didático sobre a aplicação do que passou a ser chamado “Teorema de Coese”:

“Papéis Rio do Peixe” e “Rafting Rio do Peixe” são duas empresas localizadas às margens do Rio do Peixe. Uma fábrica de papéis que despeja efluentes no rio prejudica o empreendedor do ramo de turismo ecológico que depende da pureza das águas desse rio em que desenvolve atividade de rafting. A poluição gerada reduz sua lucratividade. Se o direito a uma água mais limpa (considerado aqui um direito de propriedade) for conferido ao empreendedor de ecoturismo, ele deverá ser compensado pela fábrica de papéis. Ou esse direito (de definir o nível do controle da poluição) poderá ser conferido à fábrica, e o rafting, então, poderia ter interesse em compensar financeiramente a fábrica para que reduza seu nível de poluição.

A possibilidade de transacionar, segundo Coese, traria o problema do “custo social” - quando a atividade econômica atinge terceiros - aos parâmetros do mercado.

A funcionalidade do Teorema, entretanto, dependeria da inexistência de “custos de transação”, ou seja, a barganha entre as partes não poderia demandar custos significativos que a inviabilizasse.

Reitere-se que Coese reconsiderou sua concepção original de irrelevância da distribuição inicial de direitos, entendendo mais conveniente atribuí-los àquela das partes que mais os valorizasse (MACKAAY/ROUSSEAU, 2015).

Após essas considerações a respeito da “Teoria de Coese”, voltemos à sistematização de microeconomia exposta por COOTER/ULEN no item (v) economia do bem estar. Já falamos das externalidades e da Teoria de Coese. Outro conceito que nos interesse é o de bens públicos, aqueles que podem ser usufruídos por um número indeterminado de pessoas (não excludente), sem que haja alterações em sua qualidade (não rival). O exemplo clássico é a segurança pública.

Seguindo nas explicações de microeconomia, abordemos agora o conceito de eficiência. A partir da relação entre indivíduos e do grau de sua satisfação pessoal é construído o conceito de eficiência, que, no entendimento de Vilfredo Pareto, ocorre quando é impossível alterar-se uma dada situação (alocação de recursos) sem que a melhora em relação a um dos envolvidos implique na piora da situação de outro (situação Pareto eficiente). As severas imposições trazidas por esse entendimento (alteração somente se todos ganharem, ou se ao menos ninguém se sentir prejudicado) levaram os economistas a adotar outra forma de apuração de eficiência, chamada de “eficiência Kaldor-Hicks”, que permite a alteração da situação (manutenção da eficiência) mesmo que haja perdedores, desde que estes sejam compensados pelos ganhadores. Esta é a análise de “custo-benefício”, que deve levar em conta tanto o custo privado quanto o custo social.

Outro aspecto relevante estudado pela microeconomia diz com as decisões que precisam ser tomadas sem que haja certeza sobre as variáveis envolvidas, ou seja, em situações de risco e insegurança. Aqui se faz necessário aferir qual a relação entre o indivíduo e a situação de risco, pois há tanto aqueles que têm aversão a ela como os que têm atração (jogadores, alpinistas, corredores de fórmula um). Campo profícuo das empresas de seguro, essa área da economia possibilita que eventos imprevisíveis do ponto de vista individual possam ser previsíveis do ponto de vista de grandes grupos, como, por exemplo a probabilidade de meu carro ser furtado, em contraposição à probabilidade de um carro qualquer ser furtado em São Paulo. Os conceitos elaborados nesse campo específico da economia também têm ampla aplicação na área jurídica, destacando-se:

. risco moral (“moral hazard”) – se refere ao comportamento da pessoa que, por estar protegida pelo seguro, altera seu comportamento de tal forma que a chance de ocorrer uma perda do bem segurado aumenta (comportamento oportunista);

. seleção adversa – verificada na medida em que, ao invés de abranger, numa escala menor, a sociedade como um todo em que os eventos são previsíveis (a partir da qual os prêmios são calculados), as pessoas que optam por contratar um seguro são justamente aquelas que mais se expõem ao risco.

Finalmente, o último aspecto discutido por Cooter/ Ulen é o comportamento dos tomadores de decisão que se afastam, de forma mais contundente, da racionalidade do interesse próprio, fato que vem sendo constatado empiricamente e que levou à chamada “teoria do comportamento”. São os comportamentos “previsivelmente irracionais” no que se refere a julgamentos, compreensões da realidade e formulações de decisão, e que vêm sendo estudados recentemente.

Um exemplo bastante simples é o oferecimento de uma quantia – por exemplo, R\$20,00 – que será distribuída a duas pessoas que não se conhecem, na proporção oferecida pela primeira mas que precisará ser aceita pela segunda. Caso a segunda não aceite a oferta da primeira, ninguém leva nada. A primeira pode oferecer R\$5,00 (ficando com os outros R\$15,00), acreditando que a segunda preferirá ficar com esses R\$5,00 do que ficar sem nada. Todos ganham alguma coisa, mas a primeira pessoa ganha mais do que a segunda. A injustiça evidente na divisão, entretanto, pode leva a segunda pessoa a recusar a oferta, ainda que, dessa forma, ninguém ganhe nada.

De forma semelhante o chamada “viés retrospectivo”, constado quando o que seria visto como um comportamento prudente antes de um acidente passa a ser visto, em retrospectiva, após o acidente, como imprudente.

Além dos conceitos de microeconomia sistematizados por COOTER/ ULLEN, apresentados acima, muitos outros termos do jargão econômico, bem como estruturas analíticas econômicas, podem ser úteis, na medida em que explicitam adequadamente ideias importantes no percurso da construção da solução justa buscada nos embates jurídicos, facilitando a comunicação entre os agentes.

É o que se faz possível quando, por exemplo, utilizamos os termos “custos de transação” ou “custos de regulação” para salientar que o tempo, a busca e coleta de informações, a fiscalização (monitoramento e garantia de cumprimento), a negociação em si (barganha), etc., têm uma expressão monetária que não pode ser desprezada quando se está negociando um contrato ou estudando a necessidade de normatização de uma atividade.

Ou quando se percebem os benefícios pelo desempenho conjunto de atividades diversas, mas que compartilham alguma fase de desenvolvimento ou insumo (economia de escopo), ou os ganhos proporcionais gerados pelo volume (economia de escala).

Todo o ferramental exposto colabora para um desenvolvimento mais adequado dos desafios atuais da aplicação normativa, a partir de raciocínios consequencialistas, decorrentes da preponderância dos princípios na estruturação do direito brasileiro, e do consequente caráter teleológico do discurso jurídico.

Conforme explicam SALAMA e PARGENDLER (2013, p. 99):

[...] quer se goste ou não, ponderações sobre as prováveis consequências fáticas de determinadas normas jurídicas – antes consideradas dados extrajurídicos que interessariam somente a áreas correlatas (sociologia, economia, psicologia, etc.) – hoje se fazem cada vez mais presentes na interpretação do direito no Brasil. Isso principalmente porque o caráter teleológico dos princípios jurídicos exige, para sua melhor aplicação, juízos sobre a adequação entre meios e fins.

### **3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL**

A aplicação pontual dos conceitos expostos anteriormente pode ajudar no equacionamento de algumas das questões jurídicas envolvidas na proteção ao patrimônio cultural no âmbito do IPHAN, ainda que os vetores fundamentais sejam sempre aqueles fornecidos pela dogmática jurídica.

Não há dúvidas de que o tombamento de um bem é suficiente para transformar sua natureza econômica. O direito de propriedade, tanto do bem tombado como do entorno, é diretamente afetado.

Nesse sentido, pode-se dizer que o bem tombado, mesmo quando privado, passa a ser considerado como um bem público (conforme exposto no item anterior), na medida em que sua singularidade histórica, artística ou cultural, que culminou no tombamento, bem como a proteção estatal daí decorrente, podem ser fruídas por qualquer um, sem exclusividade ou rivalidade. Passa, ainda, a gerar uma externalidade positiva, pois essa fruição por terceiros não necessariamente será acompanhada pela respectiva contrapartida financeira – daí porque é considerada uma falha de mercado.

Por outro lado, o tombamento tem consequências negativas para o imóvel tombado e também para os imóveis do entorno, pois impõe restrições a reformas, construções, pinturas, etc. O uso e gozo dos imóveis fica então sujeito a um procedimento administrativo específico, o que por si só implica em um custo econômico mais alto; além disso, em relação aos materiais utilizados, altura das construções, etc., em geral são aplicadas normas mais restritivas do que aquelas aplicáveis aos demais imóveis, o que tem inegável impacto econômico – não se pode extrair do bem o

proveito econômico inerente a um imóvel nas mesmas condições que não estivesse tombado ou na vizinhança de um bem tombado.

De qualquer forma, esses bens (tombado e entorno) têm um potencial econômico único, justamente em função de uma agregação de valor trazido pelo tombamento. Uma pousada no centro histórico de Parati é muito mais atrativa ao turismo do que uma pousada situada fora dele. A revitalização de um bem imóvel cultural pode trazer benefícios a toda uma região.

O certo é que o patrimônio cultural, especialmente o imobiliário, *“requer usos de grande valor para que seus custos de manutenção e de reabilitação sejam amortecidos, mas as atividades culturais são por natureza pouco rentáveis”*, sendo as fontes de financiamento mais comuns – e em geral insuficientes – *“bilheterias, locação de espaços, produtos derivados, valorização de marcas, ‘fundraising’, venda dos serviços patrimoniais (genealogia, por exemplo)”* (BENHAMOU, 2016, p. 55).

A economia dispõe, assim, de um instrumental que pode auxiliar na gestão do bem tombado, seja ele público ou privado.

Em primeiro lugar, o próprio reconhecimento do impacto econômico da decisão sobre tombamento, não só em relação aos proprietários envolvidos, mas também em relação à repercussão sobre a vizinhança, a partir de estudos empíricos que buscam quantificar os valores envolvidos.

Por outro lado, há necessidade de se adequar o uso dos bens tombados não só às exigências de segurança, mas também aos confortos da vida moderna, permitindo que mantenham sua vitalidade e evitando sua “monumentalização”.

Sob outro aspecto, o exercício de poder de polícia pelo IPHAN ocorre não só por intermédio da fiscalização da manutenção das características do bem tombado, mas também quando atua no chamado “licenciamento cultural”, que busca antever o impacto dos empreendimentos econômicos sobre os bens culturais, especialmente sítios arqueológicos potencialmente existentes na região de intervenção.

Aqui a aplicabilidade do instrumental de EAD é extensa, na medida em que se pretende obter do empreendedor/proprietário do bem uma determinada conduta, que será por ele adotada sempre a partir da premissa neoclássica de maximização de seu bem estar individual.

Assim, o desenho da regulação deve levar em consideração que sempre existirá uma assimetria de informação (o empreendedor/proprietário conhece melhor as características de seu bem ou da área a ser explorada do que o IPHAN); que o empreendedor/proprietário fará um sopesamento entre o custo do licenciamento/conservação do bem e as multas e sanções a que está sujeito (considerando-se inclusive a probabilidade de ser fiscalizado),

podendo dessa forma ter um comportamento oportunista; que portanto deve-se buscar uma atitude cooperativa, a partir da teoria dos jogos.

É importante se lembrar que o exercício do poder de polícia, nesse caso, pretende garantir a proteção aos bens culturais que se apresentam, como se disse, como “falhas de mercado” na modalidade “externalidade” e “bem público”, decorrentes da impossibilidade de alocação do custo de fruição a todos os beneficiários.

No que se refere aos custos sociais, sua resolução por intermédio da aplicação pura e simples do Teorema de Coese (apreensão pela lógica do mercado), se mostra bastante dificultosa, tendo em vista o caráter significativamente difuso do valor cultural de um bem. Não é concebível uma transação, ou barganha, entre todos aqueles potencialmente beneficiados pela proteção ao patrimônio cultural, e aqueles concretamente prejudicados por ela, sem a interferência do Estado.

Ademais, no sistema jurídico brasileiro, às duas partes foram atribuídos direitos, mas de abrangência distinta. Como já exposto, a proteção ao patrimônio cultural tem previsão constitucional. Da mesma forma o direito de propriedade (artigo 5º, XXII).

A equalização entre os interesses em conflito passa, no caso de tombamento, justamente pelas normas do Decreto-lei nº 25/37, que têm baixa densidade jurídica e, portanto, exigem a elaboração de normas individuais concretas em cada caso. E essa falta de soluções *ex ante* é que, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que corrobora a impossibilidade de aplicação pura do Teorema de Coese – na medida em que a falta de densidade das normas de proteção ao patrimônio cultural (interesse difuso) *torna os custos de barganha entre proprietários e sociedade proibitivos* – também evidencia o que o próprio Coese considerava o resultado mais importante de seu “The problem of Social Cost”. Conforme avaliação realizada pelo próprio autor sobre seu artigo paradigmático, avaliação esta citada em homenagem póstuma a ele constante do *site* da Universidade de Chicago, um dos pilares da AED nos Estados Unidos ([www.law.uchicago.edu](http://www.law.uchicago.edu)):

Sua influência na análise econômica em sido menos benéfica do que eu esperava. Seu objetivo, ele disse, não era simplesmente descrever como seria a vida em um mundo em que não existissem custos de transação, mas sim “deixar claro o papel que os custos de transação realmente desempenham, e devem desempenhar, na modelagem das instituições que compõe o sistema econômico.

De fato, a partir da evidência de que a alocação eficiente de recursos escassos envolve CUSTOS - tanto na transação ou barganha entre entes privados (custos de transação), como na regulação de atividades pelo Estado, quando presentes falhas de mercado (custos de regulação) - é possível se estabelecer métodos mais conectados com a realidade para sua efetivação.

E já se percebe que, no tocante à proteção do patrimônio cultural, o custo proibitivo de barganha entre proprietários e sociedade torna inafastável a figura do Estado como articulador dessa proteção.

O patrimônio cultural, entendido como interesse difuso ou como externalidade configuradora de uma falha de mercado, pode e deve ser objeto de atividade regulatória pelo Estado.

#### **4 CONCLUSÃO: A REAFIRMAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA DOGMÁTICA JURÍDICA TRADICIONAL**

Em que pesem as indubitáveis contribuições trazidas pelos conceitos e raciocínios expostos no item anterior, sua aplicação encontra limites claros na preponderância da lógica própria do sistema jurídico. Direito e economia são sistemas que utilizam, cada um, fórmulas, elementos e estruturas próprios, ainda que, em certa medida, comunicantes.

O escopo da economia é a obtenção da máxima eficiência na alocação de recursos escassos, pragmaticamente aferida caso a caso.

O escopo do direito é induzir as práticas indispensáveis para coesão social a partir do reconhecimento das condutas individuais como jurídicas ou anti-jurídicas.

Bem se vê que, mesmo numa sociedade regida por princípios, mas que tenha por finalidade a coesão social, a qualificação de uma conduta como jurídica não pode ser aferida pragmaticamente caso a caso; deve sim ser fruto da construção argumentativa que se pauta pelos valores sociais juridicamente significativos, de forma a inserir essa qualificação em um todo que lhe dê sentido e que seja vista como uma postura justa.

Impõe-se ao discurso jurídico o ônus de demonstrar argumentativamente que a solução apresentada (sobre a juridicidade da conduta) se coaduna com a prática social, vista de forma dinâmica. A articulação entre aplicação do direito e a prática social dinâmica na formulação de uma só resposta justa aos chamados “hard cases” (casos difíceis, que exigem a articulação entre princípios muitas vezes contrapostos) vem expressa de forma didática pela imagem de “romance em cadeia” construída por Ronald Dworkin ao ponderar que “*a interpretação de uma*



*obra literária tenta mostrar que maneira de ler o texto revela-o como a melhor obra de arte”(2001, p. 222)*

De forma semelhante, ressalta o jurista, a interpretação jurídica deve buscar a melhor forma de revelar uma proposição jurídica, não podendo, entretanto, o autor do discurso jurídico atuar de forma isolada, mas sim posicionando-se dentro de uma sequência de intérpretes que vêm escrevendo esse mesmo romance no transcurso do tempo, inovando-o, mas sem perder o fio condutor que é fundamental para dar-lhe unidade. Em suma, *“a interpretação do direito significa ver o direito como um corpo coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade (que não se confunde com a intencionalidade dos legisladores)”* (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 213).

A aplicação indiscriminada da lógica econômica, não só com vistas à maximização de riqueza, mas também como incentivadora (ou não) de comportamentos economicamente eficientes, é insuficiente como fundamento da sociedade, pois não permite a expressão de valores indispensáveis ao reconhecimento recíproco de indivíduos como componentes de um mesmo grupo, valores estes que podem se expressar, por exemplo, no patrimônio cultural legitimamente qualificado.

A análise de custo-benefício que inevitavelmente pode acompanhar a decisão de estender ou não a proteção estatal sobre determinado bem deve ter uma importância secundária. A preponderância deverá ser sempre dos estudos desenvolvidos pela equipe interdisciplinar que irá aferir a importância do bem não só do ponto de vista estético-arquitetônico, mas principalmente na medida em que expressam um valor imaterial agregador de vivência e de memória coletiva a determinado grupo. O patrimônio cultural, nas palavras de FRANÇOISE BENHAMOU, *“associa-se a valores sociais: é um elemento de coesão social, da adesão coletiva a referências culturais”* (2016, p. 23) de forma a possibilitar uma transcendência que lhes dá sentido, possibilitando a cada componente se reconhecer como pertencente a uma sociedade, num contraponto ao individualismo e consumismo exacerbado que, de um ponto de vista dos princípios jurídicos compartilhados por nossa comunidade jurídica, podem e devem ser refreados.

## REFERÊNCIAS

BENHAMOU, Françoise. *Economia do Patrimônio cultural*. São Paulo: Sesc São Paulo, 2016.

CHICAGO UNIVERSITY. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/lawecon/coaseinmemoriam/problemofsocialcost>>.

COOTER, Robert ; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. 2016. Disponível em: <[www.scholarship.law.berkeley.edu/books/2](http://www.scholarship.law.berkeley.edu/books/2)>.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas. 2015.

PORTO JR, Ronaldo Macedo. *Ensaio de Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2013.

SALAMA, Bruno. PARGENDLER, Mariana. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método, *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144.