



PARATY - RJ - ACERVO IPHAN

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PATRIMONIAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

*THE JUDICIALIZATION OF THE HERITAGE POLICY IN RIO
DE JANEIRO*

Thiago Serpa Erthal

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal, em exercício na
Procuradoria Federal junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
no Rio de Janeiro). Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio
de Janeiro - UERJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A judicialização das políticas públicas; 2 A judicialização da política patrimonial federal no Rio de Janeiro; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa o fenômeno da judicialização das políticas públicas, em especial da política de proteção do patrimônio cultural nacional, há 80 anos afeta ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). A problemática consiste em verificar se essa intervenção do Poder Judiciário – especificamente da Justiça Federal do Rio de Janeiro – vem se dando dentro dos limites constitucionais para tanto ou se há indevida intervenção na atividade tipicamente administrativa. Para tanto, além de expor em breves linhas alguns preceitos teóricos básicos sobre tema, buscou-se – a partir de dados empíricos coletados no último ano – examinar a hipótese suscitada para confirmá-la ou refutá-la.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Judicialização. Ativismo Judicial. Patrimônio Cultural. IPHAN. Rio de Janeiro.

ABSTRACT: The paper analyzes the phenomenon of the judicialization of public policies, especially the cultural heritage policy, entrusted mostly to the Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) for the past 80 years. The problem is to verify if this intervention of the Judiciary - specifically of the Federal Justice of Rio de Janeiro - has been taking place within the constitutional limits for as much or if there is undue intervention in the typically administrative activity. Therefore, in addition to briefly outlining some basic theoretical precepts on the subject, sought - from empirical data collected in the last year - to examine the hypothesis raised to confirm or refute it.

KEYWORDS: Public Policy. Judicialization. Judicial Activism. Cultural Heritage. IPHAN. Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Não há como negar: a segunda grande guerra mudou o mundo. Mas foi o final dela que transformou o Direito de forma tão intensa que, passadas sete décadas, ainda hoje se busca delimitar os efeitos dessa guinada. Nesse sentido, o julgamento de líderes nazistas no Tribunal de Nuremberg é um marco histórico dessa virada epistemológica experimentada na segunda metade do século XX.

O mundo inteiro viu que, ao contrário do que se pensava, as leis nem sempre deveriam ser obedecidas. O legislador nem sempre era justo. O governante nem sempre representava interesses democráticos. E nessa confusão toda, quem “saiu ganhando” foram os juízes. O Poder Judiciário se viu – no redimensionamento da estrutura de poder do Estado – alçado a um patamar até então inatingido.

Humberto Ávila (2009, p. 2) identifica cinco principais consequências do atual Direito Constitucional, por ele chamado de neoconstitucionalismo: (i) mais princípios do que regras; (ii) ponderação no lugar de subsunção; (iii) justiça particular em vez de justiça geral; (iv) mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo; e (v) Constituição em substituição à lei.

De fato, cada uma dessas consequências elencadas acima está intimamente ligada à outra. O reconhecimento da eficácia direta e imediata das normas constitucionais abriu ao intérprete uma gama muito maior de instrumentos jurídicos para a aplicação (e criação) do Direito ao caso concreto. E naturalmente os juízes se viram munidos de uma legitimidade até então diminuta de atuar como efetivos agentes políticos de conformação (ou transformação) social.

É claro que a história é muito mais complexa, que a mudança de pensamento jurídico predominante teve também outros marcos (teórico, filosófico etc.). Mas a conclusão de que as últimas décadas foram marcadas pela ascensão do Poder Judiciário no mínimo ao mesmo patamar dos seus irmãos é inarredável. E, dentre outros motivos, isso se deu – tanto como causa, quanto consequência – a partir do fortalecimento da jurisdição constitucional.

Afinal, se a lei nem sempre deve ser obedecida, por outro lado ordinariamente deve sê-la. E entre dois extremos de fácil identificação há uma grossa faixa cinzenta de discussão que, visando à paz social, precisa ser objeto de definição. É nesse espaço que o Judiciário se encontrou no exercício de um efetivo Poder republicano, com os benefícios e malefícios que isso lhe acarreta.

A jurisdição constitucional não nasceu nesse período. Mas sem dúvida foi no pós-guerra que ela se fortaleceu e consolidou em todo o

ocidente. O ministro Luís Roberto Barroso (2009, pp. 1-2) traz eloquentes exemplos internacionais que corroboram essa afirmação:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.

No Brasil, a jurisdição constitucional tem na Constituição Federal de 1988 o grande fator normativo de fortalecimento, em especial no que tange ao modelo concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade. Sobre esse ponto, o alargamento do rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade permitiu uma *judicialização da vida* (BARROSO, 2009, p. 2) sem precedentes. Some-se a isso a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a instituição da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 3/93, a possibilidade de edição de súmulas vinculantes e a restrição de admissibilidade de recursos extraordinários (CF, art. 102, § 3º), os dois últimos implementados pela EC nº 45/2004.

Com esse arcabouço instrumental, o Supremo Tribunal Federal transformou-se nas últimas décadas em verdadeiro órgão político (PAIXÃO, 2007), responsável muitas vezes por definir as políticas públicas do país, inclusive se sobrepondo em alguns casos ao posicionamento exarado pelos demais poderes. A esse fenômeno, dá-se o nome de judicialização da política.

Essa tendência, ademais, não se adstringe ao STF. Ela é absorvida e replicada também pelos outros tribunais pátrios e até mesmo pelos juízes de primeira instância, que se valem do controle de constitucionalidade difuso e concreto para também exercer parcela desse poder. E as políticas

públicas que incidem sobre o patrimônio cultural nacional, ao que tudo indica, não fogem a essa tendência de judicialização.

Esse artigo busca examinar exatamente essa hipótese, é dizer, pretende verificar se o Poder Judiciário – notadamente no exercício da jurisdição constitucional difusa e concreta – vem influenciando significativamente a política patrimonial em âmbito federal.

Para tanto, o trabalho será dividido em uma primeira parte teórica, a partir basicamente de pesquisa doutrinária, seguida de uma análise empírica de dados coletados desde 2016 junto à Justiça Federal do Rio de Janeiro, complementada pelas informações disponíveis no arquivo da Procuradoria Federal junto ao IPHAN no mesmo Estado. Esses subsídios foram consolidados em 14/06/2017, data a partir da qual não mais foram considerados novos elementos.

Esse foi o recorte proposto e que a partir de agora se passa a expor.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme referido antes, o atual estágio da ciência jurídica, mais especificamente do Direito Constitucional, não traz grandes discussões acerca da possibilidade – em tese – de intervenção do Judiciário nas atividades legislativa e administrativa, é dizer, na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Mas, nessa afirmação, vale frisar a expressão *em tese*.

Isso porque, se de um lado a judicialização em teoria parece amplamente aceita como decorrência de um legítimo modelo de estruturação do Estado democrático de Direito, os contornos dessa atuação são objeto de profundas divergências doutrinárias (BINENBOJM, 2001) e mesmo na jurisprudência entre órgãos julgadores distintos e dentro de um mesmo colegiado (*e.g.*, STF, RE nº 566.471, rel. Min. Marco Aurélio).

Nessa esteira, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 118) apresenta interessante categorização das diversas críticas que apontam os excessos interventivos do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas. Conforme a autora, o primeiro grupo congrega argumentos em geral associados ao debate sobre a teoria da Constituição, seu papel e alcance. O segundo procura veicular óbices de natureza predominantemente filosófica, ao passo que a terceira categoria reúne críticas que podem ser descritas como operacionais.

Nessa esteira, sob qual fundamento o Judiciário pode se imiscuir no processo de formação e execução das políticas públicas? Não seriam as instâncias políticas tradicionais, representativas, majoritárias, plurais, mais legitimadas a fazê-lo se comparadas a um Poder restrito e de formação homogênea? As respostas a essas indagações não são únicas e muito menos fáceis.

Há certamente um espaço democrático para atuação do Judiciário na formulação das políticas públicas, em especial no que tange à consecução do chamado núcleo rígido dos direitos fundamentais diante de uma ação ou omissão inconstitucional do Estado. Dificilmente se contestaria, por exemplo, uma decisão judicial que determinasse a realização de um tratamento médico comprovadamente eficaz a um paciente que, sem ele, ficaria sob risco de morte.

Evidentemente, ainda nesse ponto poderia existir certa controvérsia acerca da delimitação dessa dimensão inafastável de cada direito fundamental, mas isso é um problema mais de ordem prática – delimitação do núcleo rígido no caso concreto – do que de legitimação democrática do Judiciário pensada abstratamente. No aspecto teórico, todo direito fundamental tem uma eficácia mínima que deve ser garantida inexoravelmente pelo Estado, inclusive pelos juízes.

A solução para esse aparente conflito de representação passa por uma premissa: a decisão judicial deve ser fundamentada. Devidamente fundamentada! Isso porque não raras vezes se verifica decisões judiciais intervindo diretamente em políticas públicas através de tautologias jurídicas como “presentes os requisitos, defiro a liminar” ou “à luz do ordenamento jurídico, julgo procedente”.

Um dos grandes críticos desse tipo de decisão judicial, Lenio Streck (2016, p. 729) afirma que cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença ocorreu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer. É essa motivação que vai permitir um controle da legitimidade democrática do Judiciário pelas demais instituições e mesmo pela sociedade.

Com efeito, a decisão judicial que intervém nas políticas públicas para garantir a concretização dos direitos fundamentais é legítima, salutar e democrática. Mas não se pode atribuir essas características positivas a uma decisão que avança sobre temas – ainda que controvertidos – de definição própria das instâncias eleitas pelo voto popular, é dizer, dos Poderes Legislativo e Executivo. A esse segundo grupo de decisões, dá-se o nome de *ativismo judicial*.

Segundo Barroso (2009, p. 6), o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A crise do sistema representativo não é novidade. No Brasil em especial, diversos fatos recentes demonstram a clara dissociação entre a vontade popular e de seus representantes (por exemplo, as manifestações “pelos 20 centavos” de 2013). Há um anseio social por mudança, mas a resposta institucional a essa expectativa não pode ser a simples sobreposição judicial em desfavor dos demais Poderes.

O ativismo judicial, ao contrário da judicialização da política, é prática autoritária e não encontra respaldo constitucional. Isso, claro, na acepção que se propõe a essa expressão, é dizer, no sentido de ocupação de um espaço de atuação próprio da política majoritária num momento de crise institucional como a que atualmente vivem os Poderes Executivo e Legislativo. O problema é que, se na teoria é possível fazer essa distinção conceitual, na prática nem sempre isso é viável.

Daí a necessidade de autocontenção judicial, o antônimo do ativismo. O juiz deve exercer uma autocrítica institucional e filosófica no sentido de evitar avançar sobre essa dimensão do Estado que não lhe compete, ainda que discorde pessoalmente das opções adotadas. As decisões executivas e legislativas devem ser respeitadas, salvo se violarem o ordenamento jurídico encabeçado pelas normas constitucionais.

A dinamicidade dessa estruturação de poder é muito bem descrita por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2013) à luz da teoria dos diálogos institucionais, para a qual o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, não necessariamente “dá a última palavra” com relação a determinada questão conflituosa.

De fato, existem diversas maneiras de se resistir a uma decisão judicial, algumas mais outras menos democráticas. Por evidente, represálias estruturais como corte de orçamento, perseguição de magistrados, ameaças de *impeachment* não devem existir em um Estado que se propõe democrático. Mas há mecanismos jurídicos ou simplesmente práticos que permitem aos outros Poderes uma contraposição – legítima ou não – à atuação do Judiciário.

A questão da vaquejada é um exemplo atual e eloquente. Instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da Lei cearense nº 15.299/2013, o Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 4.983, julgada em 06/10/2016) expressamente reconheceu nessa atividade a existência de crueldade intrínseca aplicada aos animais. O voto vencedor do Min. Marco Aurélio não deixa dúvidas a esse respeito:

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida,

a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento.

O Congresso Nacional, porém, imediatamente reagiu a essa decisão judicial. Ainda em novembro de 2016 aprovou a Lei nº 13.364, que elevou o rodeio, a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial, e sete meses depois promulgou a Emenda Constitucional nº 96/2017 com o mesmo objetivo.

Cuida-se de uma patente contraposição institucional do Poder Legislativo visando a esvaziar o conteúdo de uma manifestação judicial que a princípio seria definitiva e vinculante. E, abstraindo-se o aspecto material discutido, sob o ponto de vista procedimental a atuação do legislador foi legítima e demonstra que o STF não necessariamente é o detentor exclusivo da “última palavra” na interpretação constitucional.

Há também outras formas de resposta. A pressão política e acadêmica vem influenciando uma possível mudança de entendimento quanto à possibilidade de cumprimento da sanção penal antes do trânsito em julgado (ADC nº 43 e 44, julgamento cautelar em 05/10/2016). Mesmo a simples desobediência temporária de decisão monocrática já se mostrou eficiente, quando a mesa do Senado Federal se recusou a afastar o Presidente daquela casa legislativa até eventual ratificação pelo plenário do STF (ADPF nº 402, julgamento cautelar em 07/12/2016).

Como se percebe, sob o ângulo descritivo a teoria dos diálogos institucionais é uma realidade na relação entre os Poderes da República. Sob o aspecto prescritivo, não é salutar atribuir a um único órgão a prerrogativa de “dar a última palavra” sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo (SOUZA NETO e SARMENTO, 2013, p. 137).

Em suma, a judicialização de algumas políticas públicas é uma consequência natural e salutar do atual Direito Constitucional, notadamente do exercício da jurisdição constitucional pelo STF (controle concentrado) e demais órgãos do Poder Judiciário (controle difuso). A postura judicial autocontida ou ativista vai determinar o grau de legitimação desse exercício de poder, bem como de eventual reação das demais instituições democráticas.

As críticas operacionais, ainda que decorram de questões mais práticas do que teóricas, nem por isso são menos importantes. Nesse diapasão, o juiz ao julgar o caso concreto não dispõe de informação e conhecimento técnico suficiente para analisar a realidade estatal como um todo. O processo judicial é todo pensado para a consecução da chamada microjustiça, e não para avaliar as políticas públicas de uma forma genérica.

No exercício do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, essa objeção pode ser abrandada. O Supremo Tribunal Federal vem se utilizando bastante da intervenção de *amici curiae*, de audiências públicas com especialistas, enfim, de uma série de instrumentos que visam a mitigar essa deficiência operacional do Poder Judiciário. E, ao fazê-lo, deu mostras do amadurecimento de suas decisões em casos emblemáticos como os da Raposa Serra do Sol (Pet. nº 3.388, julgada em 19/03/2009) e da Lei de Imprensa (ADPF nº 130, julgada em 30/04/2009).

A crítica operacional, com efeito, se mostra bastante mais evidente no exercício da jurisdição constitucional difusa, como premissa para o julgamento do caso concreto. Em primeiro lugar, os demais órgãos do Poder Judiciário, especialmente os juízes de primeira instância, não contam com a mesma estrutura de trabalho que o Pretório Excelso. Um juiz que julga uma ação civil pública deve analisar, na mesma semana, outras dezenas (ou até centenas) de demandas. É evidente que ele não vai parar todo o funcionamento de uma serventia para se preparar para tomar essa decisão.

Não bastasse, o STF goza de muito maior proeminência no cenário nacional, fato que lhe permite funcionar como órgão centralizador do debate e atrair os principais agentes sociais, empresariais e estatais para que manifestem suas respectivas posições e contraposições. Mesmo um tribunal superior não consegue proporcionar tamanha discussão, quiçá um juiz de piso.

Por outro lado, em favor da atuação judicial, há que se reconhecer que esse modelo foi democraticamente positivado na Constituição e, com alguma limitação, deve ser aceito como a “regra do jogo”. O cerne do problema, conforme apresentado desde as primeiras palavras deste artigo, são os contornos dessa judicialização da política para evitar o ativismo judicial.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PATRIMONIAL FEDERAL NO RIO DE JANEIRO

O patrimônio cultural nacional é um bem jurídico tutelado pelo Direito. A Constituição da República de 1988 reservou espaço específico para cuidar do tema, em seu artigo 216, avançando inclusive em pontos que não seriam materialmente constitucionais, é dizer, que poderiam ser tratados pelo legislador ordinário.

No que pese a salutar proeminência normativa na atual Carta magna, essa proteção jurídica não é nova. A criação de um patrimônio cultural nacional, símbolo da soberania e grandeza estatal, tem seu principal marco histórico-normativo ainda em 1937, quando o então Ministro Gustavo Capanema criou na estrutura do Ministério da Educação e Saúde o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN).

Ainda em 1936, Capanema havia delegado a Mário de Andrade a tarefa de elaborar um anteprojeto de lei que disciplinasse a criação e gestão do patrimônio cultural brasileiro (FERNANDES, 2010, p. 10). O anteprojeto apresentado pelo intelectual modernista foi considerado pela doutrina especializada extremamente avançado para seu tempo, antecipando preceitos que somente viriam a ser consolidados três décadas depois na Carta de Veneza (FONSECA, 2005, p. 99).

No entanto, ante a turbulência política advinda da instauração do Estado Novo, coube a Rodrigo Melo Franco de Andrade, então Diretor do SPHAN, a negociação com o novo governo de um diploma legal que disciplinasse, ainda que não de forma tão completa, a construção e gestão desse patrimônio cultural, servindo como substrato jurídico para as medidas – nem sempre populares – necessárias a tanto.

Nesse contexto e apenas 20 dias depois de outorgada a Constituição de 1937, foi publicado o Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Deu-se início, então, à chamada política patrimonial federal, é dizer, à política pública voltada à proteção do patrimônio cultural de âmbito nacional, posteriormente complementada pela atuação também dos Estados e Municípios.

Há exatos 80 anos essa atuação estatal se concentra no Poder Executivo, mais especificamente no SPHAN, hoje transformado em autarquia federal sob o nome de Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Mesmo as poucas intervenções legislativas nessa seara costumam ser rechaçadas, como por exemplo as leis de reconhecimento – à revelia do órgão técnico – de valor cultural a bens materiais e imateriais. É o caso, dentre outras, da já citada Lei nº 13.364/2017, que elevou o rodeio e a vaquejada à condição de patrimônio cultural imaterial.

No entanto, nas duas últimas décadas, o que se vem assistindo é uma crescente atuação do Poder Judiciário nessa política pública que até então se formava e executava basicamente no âmbito administrativo. Atualmente, existem 100 ações civis públicas e seis ações populares tramitando na Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro versando direta ou indiretamente sobre a atividade finalística do IPHAN.

Dentre elas, 44 foram propostas pela própria autarquia federal visando à implementação fática da norma jurídica, é dizer, com o fito de atribuir coercitividade às suas decisões administrativas. Em 12 outras, o IPHAN atua como assistente litisconsorcial do Ministério Público Federal. Finalmente, nas 50 ações remanescentes, o Instituto compõe a relação processual na qualidade de réu. Esse número de ações civis públicas – repita-se – abrange apenas a esfera de competência do Estado do Rio de Janeiro.

A princípio, a simples existência dessas demandas não significa uma excessiva judicialização da política patrimonial, muito menos uma postura ativista por parte desse Poder. Como se sabe, o exercício do direito de ação é livre e o juiz, uma vez provocado, não pode se recusar a julgar os pedidos formulados, ainda que para declará-los improcedentes. Há, porém, uma série de outros dados que conduzem no sentido diverso.

Veja-se, por exemplo, que apesar de o número de ações em que o IPHAN atua como autor ser similar àquelas nas quais funciona como réu, há uma tendência de acréscimo dessas em detrimento daquelas. É o que demonstra o gráfico abaixo:



Essa propensão parece decorrer diretamente do fortalecimento na atuação do Ministério Público Federal, instituição responsável pela propositura de 38 das 44 ações civis públicas acima referidas. Quanto às outras seis, nenhum outro legitimado se destaca, tendo cada uma delas

tido proposta por litigante distinto. A mesma diversidade se observa com relação às ações populares, porém em menor escala.

Nesse tino, quanto maior o número de ações em que o IPHAN é réu, certamente também é maior a propensão de um ou outro juiz interferir *ilegitimamente* nessa política pública. Ressalve-se o termo “ilegitimamente” porque, tal como exposto no capítulo anterior, nem sempre a judicialização da política representará um ativismo judicial. Vale seguir na análise estatística.

Dentre as 106 ações propostas, exatamente a metade ainda está pendente de julgamento na primeira instância. O resultado das outras 53 ações coletivas demonstra que há uma grande propensão do Judiciário de acolher os pedidos formulados nas peças vestibulares, tendo 39 demandas sido julgadas procedentes (ou parcialmente procedentes) contra apenas sete improcedentes, cinco extintas sem julgamento de mérito e duas sentenças de homologação de acordo.

Especificamente quanto às ações propostas em face do IPHAN, 14 das 19 já julgadas foram consideradas procedentes pelos juízes de primeira instância. Em grau recursal, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região segue no mesmo caminho, não tendo reformado nenhuma dessas 14 condenações, mas tão-somente anulado uma delas por *error in procedendo*.

Cumprе salientar, ademais, que nenhuma das sentenças de improcedência foi lastreada na impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na formação e execução dessa política pública. Nem mesmo houve ponderação entre princípios constitucionais envolvidos, arguição de violação ao núcleo rígido de direito fundamental, mas tão-somente aplicação subsuntiva de norma legal ao caso concreto, na maior parte das vezes do art. 19, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 25/1937.

Também não houve análise judicial acerca do impacto orçamentário dessas decisões e, nesse ponto, pode residir uma falha institucional a ser corrigida da Advocacia-Geral da União, órgão responsável pela representação do IPHAN em juízo. Com efeito, em que pese a arguição de reserva do possível ter sido constantemente suscitada como matéria de defesa, em nenhuma das contestações apresentadas houve especificação dessa limitação.

Esse é um ponto importantíssimo para a atuação da AGU e, também, para a pesquisa ora desenvolvida e esposada. Conforme levantamento apresentado em 27/06/2017 pelo Departamento de Planejamento e Administração do IPHAN, atualmente existe um passivo de R\$ 39.147.869,81 decorrente de condenações judiciais válidas e eficazes a serem cumpridas pela autarquia federal, algumas liminares

outras definitivas, algumas transitadas em julgado outras com recurso pendente de exame. Vale a leitura do quadro detalhado por Estado:

PASSIVO DECORRENTE DE AÇÕES JUDICIAIS	
Rio de Janeiro	R\$ 32.426.891,55
Sergipe	R\$ 2.300.000,00
Rio Grande do Sul	R\$ 2.085.000,00
Maranhão	R\$ 1.078.978,26
Paraíba	R\$ 545.000,00
Piauí	R\$ 350.000,00
São Paulo	R\$ 180.000,00
Bahia	R\$ 120.000,00
Amazonas	R\$ 37.000,00
Pernambuco	R\$ 25.000,00
Total	R\$ 39.147.869,81

Essa estimativa é apenas preliminar, visto que em diversos casos diz respeito apenas ao custo para a elaboração de um projeto executivo que ainda terá de ser executado. Ao cotejar esse montante com aqueles previstos na lei orçamentária anual de 2017 (Lei nº 13.414/2017), ainda sujeitos ao contingenciamento aplicado pelo Decreto nº 9.018/2017, percebe-se o tamanho da intervenção judicial na atuação do IPHAN. Vale a leitura dos valores referidos:

Em R\$ 1.000,00

Discriminação	LOA	Contingenciado	Despesa autorizada
Preservação do Patrimônio Cultural	17.662	5.980	11.682
Despesas administrativas	80.611	27.293	53.318
Total das despesas discricionárias	98.273	33.273	65.000

Portanto, partindo da premissa de que o orçamento do PAC Cidades Históricas (R\$ 250.118.610,00) não pode ser remanejado para financiar serviços e obras que não constam no programa, o que se nota é que há um comprometimento para cumprimento de decisões judiciais de aproximadamente 60% da verba discricionária disponível. Caso fosse considerado apenas o valor da rubrica “20ZH - Preservação do Patrimônio Cultural”, essa proporção alcançaria impressionantes 335%.

Em sopesando apenas as decisões judiciais fluminenses, esses percentuais corresponderiam respectivamente a 50% e 277%.

A partir desses dados é possível, com respeito a opiniões divergentes, caracterizar uma indesejada intervenção judicial na política pública patrimonial, especificamente da Justiça Federal do Rio de Janeiro. Mas é importante que se ressalve, por outro lado, que essa postura é aparentemente inconsciente, não havendo notícia de que os dados ora levantados e expostos tenham sido apresentados aos órgãos julgadores, seja na primeira ou nas instâncias recursais.

Talvez por conta dessa exceção não se possa afirmar que o Judiciário vem exercendo uma atuação ativista, ao menos não voluntariamente. Houvessem esses elementos sido oportunamente demonstrados aos respectivos órgãos julgadores, possivelmente esse panorama fosse distinto. Ao menos um ou outro magistrado, informado acerca do quadro geral, certamente refletiria melhor sobre o caso concreto.

De outra banda, essa incapacidade de observar as políticas públicas sob um ângulo mais abrangente já há muito vem sendo alertada pela doutrina, tal como mencionado no capítulo anterior. E nesse ponto sim é possível apontar uma aparente atuação excessiva do Poder Judiciário, pontual no Rio de Janeiro, cabendo aos juízes um exercício de autocontenção para – no mínimo – buscar obter dados que lhes permitam tomar uma decisão madura.

Não há como negar que, com esse grau de comprometimento do orçamento, o gestor público se vê privado de decidir onde aplicar a verba de que dispõe. Nessa esteira, vale lembrar que o sistema de gestão eleito pela Constituição é de compartilhamento de responsabilidade entre as três esferas da federação com a comunidade (art. 216, § 1º).

Pode-se até discutir eventual impropriedade desse sistema, tornando-o inteiramente público ou privado. Mas, no modelo atual, o Administrador sempre terá que eleger prioridades para a atuação estatal, não sendo apropriado tratar o IPHAN como simples garantidor universal do patrimônio cultural, mas sim como um importante ator dessa política pública compartilhada.

Eventualmente haverá necessidade de intervenção do Poder Judiciário para corrigir equívocos nessa atuação, mas isso não pode engessar a possibilidade de efetiva gestão pelas instituições dirigidas a essa finalidade. E, nesse ponto, o comprometimento orçamentário acima indicado parece trazer como consequência essa limitação à atividade administrativa.

De qualquer forma, com a pesquisa ora consolidada, será possível a formulação de uma defesa judicial mais completa por parte da Advocacia-

Geral da União. Daqui a alguns anos, esses dados devem ser revistos para analisar se – frente a essas informações – a jurisprudência permanecerá no mesmo sentido ou mitigará essa intervenção na política pública patrimonial.

4 CONCLUSÃO

Relembrando as primeiras linhas deste artigo, não há como negar que o mundo mudou drasticamente a partir da segunda metade do século XX. O Poder Judiciário ganhou uma expressiva força para influenciar na definição e execução das políticas públicas, notadamente no exercício da jurisdição constitucional para consecução efetiva do núcleo indisponível dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a judicialização de políticas públicas é um resultado salutar e inevitável do desenho institucional traçado pela Constituição Federal de 1988, relegando eventuais críticas desse fato a prescrições sobre possíveis modelos alternativos de sistema democrático. São os limites dessa atuação do Poder Judiciário que trazem controvérsias.

Com efeito, não se pode confundir judicialização de política pública com ativismo judicial. Esse último pode ser compreendido como uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

O ativismo judicial pode configurar uma prática ilegítima, podendo não encontrar respaldo no ordenamento jurídico, devendo o Poder Judiciário exercer um não sempre fácil exercício de autocontenção para evitar esses excessos. Não o fazendo, cabe aos demais atores políticos e sociais, dentro da sua esfera de competência, praticar atos que de alguma forma direcionem de outra forma a atuação do Estado, mantendo um estágio de tensão chamado de “diálogo institucional”.

Na prática, essa diferenciação entre a democrática judicialização e o ilegítimo ativismo é difícil. O órgão julgador deve fundamentar adequadamente suas decisões para que se possa compreender, a partir desses expressos motivos, se há espaço para intervenção judicial à luz do ordenamento jurídico, notadamente das normas constitucionais, ou se a contenda deve ser solucionada pela política majoritária exercida pelos demais Poderes.

Somente a partir dessa motivação é que será possível ao Poder Judiciário transpassar a crítica de ilegitimidade democrática que

normalmente lhe é dirigida. Afinal, nem sempre um determinado assunto, em especial no que tange aos direitos fundamentais, deve ser decidido à vista da maioria pontual eventualmente formada. A democracia pressupõe a existência de instituições cujo objetivo seja exatamente obstar possíveis excessos em favor dos valores histórica e normativamente protegidos pela sociedade constituída.

Além disso, há também dificuldades operacionais a serem consideradas no julgamento do caso concreto. As limitações de informação e conhecimento técnico dos juízes muitas vezes os impedem de enxergar a atuação do Estado sob uma perspectiva ampla, além da microjustiça tratada no processo. E, nesse ponto, a jurisdição exercida pelos demais órgãos que não o Supremo Tribunal Federal tende a ser ainda mais influenciada por esse aspecto, seja pela maior capacidade de interlocução política do Pretório Excelso, por sua melhor estrutura material e de pessoal etc.

No que tange especificamente à política pública de proteção do patrimônio cultural nacional, há 80 anos executada pelo Poder Executivo, os dados coletados indicam que há uma crescente intervenção do Judiciário na atuação do IPHAN, o que não necessariamente implica em violação à competência administrativa dessa entidade.

No entanto, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, o levantamento do impacto financeiro das decisões judiciais válidas e eficazes demonstrou que os órgãos julgadores vêm inconscientemente substituindo o gestor público na definição de prioridades. Demonstrou-se que o passivo de decisões fluminenses já existente corresponde a no mínimo 50% da verba discricionária disponível para 2017 em todo o território nacional.

Essa limitação orçamentária até o momento não vem sendo sopesada pelo Poder Judiciário no julgamento das lides, mas isso em parte se deve também à omissão da Advocacia-Geral da União em levar oportunamente tais dados concretos ao conhecimento do julgador, seja na primeira instância ou em grau recursal.

Com a presente pesquisa, passa-se a ter condições de fazê-lo e, por consequência, de suscitar o Poder Judiciário a pelo menos debater o efetivo impacto de suas decisões judiciais sobre a política patrimonial federal. A repercussão disso, se existente, deverá ser objeto de estudo posterior.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA JÚNIOR, José Odval; SOUSA, Mônica Teresa Costa; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Os autos que crescem e o patrimônio cultural que padece: a cidade patrimônio e a judicialização. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1277-1309, 2016.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 16 jun.2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 111-147, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Muito antes do SPHAN: a política de patrimônio histórico no Brasil (1838-1937)*, 2010. Disponível em: <<http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2010/09/18-JOS%C3%89-RICARDO-ORI%C3%81-FERNANDES.1.pdf>>. Acesso em: 30 jun.2017.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O Patrimônio em Processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: UFRJ/MinC-IPHAN, 2005.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares. As pedras e os azulejos que se acertem com a Justiça! A invenção da cidade patrimônio cultural da humanidade e a judicialização da política patrimonial. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 240-260, jul./dez. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-61, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-32, set./dez. 2016.

