

Publicações da Escola da AGU

Direitos Culturais, a Questão Patrimonial Brasileira

volume 9 - n. 03 - Brasília-DF, jul./set. 2017

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 9	n. 03	p. 1-260	jul./set. 2017
------------------------------	----------	------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabrício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Paulo Fernando Soares Pereira: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal
Osiris Vargas Pellanda: Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Cultura
Heliomar Alencar de Oliveira: Procuradoria Federal Especializada junto ao IPHAN

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Fotografias: Cedidas pelo IPHAN, e respectivos fotógrafos

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Direitos Culturais, a Questão Patrimonial Brasileira e a AGU - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - volume 9, n. 3, (jul./set. 2017).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação.....	5
A Demolição do Palácio Monroe e a Lei nº 4.717/65 (Ação Popular): um estudo de caso <i>The Demolition of the Monroe Palace and Law nº 4.717/65 (Popular Action): a case study</i> <i>Daniel Levy de Alvarenga</i>	7
As Implicações dos Acordos de Investimentos para o Direito Internacional da Propriedade Intelectual <i>The Implications of Investment Agreements for the International Intellectual</i> <i>Property Law</i> <i>Daniela Oliveira Rodrigues</i>	27
A Proteção ao Patrimônio Cultural e a Análise Econômica do Direito <i>The Protection of Cultural Heritage and the Economic Analysis of Law</i> <i>Estela Vilela Gonçalves</i>	43
A AGU como Instrumento de Efetivação da Política de Preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro <i>The Advocacia-Geral da União (AGU) as a State Agent of Brazilian Cultural</i> <i>Heritage Preservation</i> <i>Fabiana Santos Dantas</i>	61
Licitações Destinadas à Restauração de Obras de Arte e Bens de Valor Histórico. Hipótese de Dispensa (art. 24, XV, da Lei 8.666/93) ou Inexigibilidade de Licitação (art. 25, II c/c art. 13, VII, da Lei 8.666/93)? <i>Bidding for the Restoration of Works of Art and Historical Value Goods. Disposal</i> <i>Assumption (Article 24, XV, of Law 8.666/93) or Inexigibility of Bidding</i> <i>(Article 25, II C / C Article 13, VII, of Law 8.666/93)?</i> <i>Fabio Corrêa de Oliveira</i>	77
A Mutação do Locus Jurídico do Tombamento: do direito administrativo para os direitos culturais <i>The Mutation of the Legal Locus of "Tombamento": from administrative law to</i> <i>cultural rights</i> <i>Francisco Humberto Cunha Filho</i>	99
Análise da Compatibilidade do Procedimento Adotado para o Tombamento, Previsto no Decreto-lei n� 25/37, com a Constitui�o da República Federativa do Brasil de 1988	

<i>Analysis of the Compatibility of the Procedure Adopted for Tipping, Provided for In Decree-Law nº 25/37, With the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988</i> <i>Genésia Marta Alves Camelo</i>	119
A Necessidade de Criar Mecanismos Eficientes de Financiamento para as Políticas Públicas Culturais como Medida para Democratizar O Direito Fundamental à Cultura <i>The Need to Create Efficient Financing Mechanisms for Cultural Public Policies as a Measure to Democratize the Fundamental Right to Culture</i> <i>Ivan Santos Nunes</i>	141
Direito à Cultura e Educação Patrimonial: a experiência dos roteiros geoturísticos em Belém-PA <i>Right to Culture and Heritage education: the experience of geotourism routes in Belém-PA</i> <i>Lise Tupiassu</i> <i>Maria Goretti Tavares</i>	161
A Proteção Efetiva ao Patrimônio Cultural Brasileiro como um Direito Fundamental à Identidade Cultural e à Memória Coletiva <i>The Effective Protection of the Brazilian Cultural Patrimony as a Fundamental Right to the Cultural Identity and Collective Memory</i> <i>Luciano Martins de Oliveira</i>	179
Sociedade, Estado e as Políticas Patrimoniais: por um necessário diálogo <i>Society, State and public policies on cultural heritage: in favor of a necessary dialogue</i> <i>Paulo Fernando Soares Pereira</i> <i>Ana Cláudia Farranha</i>	195
A Judicialização da Política Patrimonial no Estado do Rio de Janeiro <i>The Judicialization of the Heritage Policy in Rio de Janeiro</i> <i>Thiago Serpa Erthal</i>	219
O Tombamento e a Preservação do Patrimônio Cultural Edificado na Atualidade <i>The “Tombamento” and the Current Preservation of Heritage Buildings</i> <i>Wenderson Gagliano de Alvarenga</i>	239

APRESENTAÇÃO

A construção de direitos constitucionais tem sido uma constante na sociedade brasileira, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Alguns desses direitos foram conquistados no Texto Constitucional, mas somente após os processos das lutas sociais, políticas, econômicas ou jurídicas é que têm se tornado realidade e feito sentido para a sociedade civil: os diversos direitos culturais constituem exemplo evidente disso.

O processo de conquista e consolidação de direitos não é algo fácil ou gratuito, exigindo esforços da sociedade civil e das instituições encarregadas de atuar em prol daqueles. Nesse sentido, é de fundamental importância, para a Advocacia-Geral da União, a discussão em torno dos direitos culturais e da própria questão patrimonial do Brasil.

Uma sociedade civil, altamente complexa e com tanta diversidade cultural, exige de suas instituições políticas, administrativas e jurídicas apurado senso de responsabilidade e conhecimento para lidar com tal pluralidade cultural.

Nesse viés, a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal lançou uma chamada de artigos para que Membros e Servidores da Instituição, assim como de outras instituições, pudessem contribuir com discussões em torno da temática.

Houve grande interesse e aceitação. Assim, os artigos que se apresentam a seguir demonstram a pluralidade de discussões que já fazem parte da agenda consultiva e contenciosa da Advocacia-Geral da União.

Os direitos culturais, incluindo a questão patrimonial, constituem temática ainda pouco trabalhada e difundida no direito brasileiro, havendo uma certa mentalidade, até mesmo no senso comum dos juristas, de que tais questões estão “bem solucionadas” pelo sistema constitucional e infraconstitucional.

A verdade, no entanto, mostra-se de forma contrária: discussões “culturais” são bastante complexas, dinâmicas e, em regra, costumam superar a clausura e lentidão das respostas jurídicas, sendo fundamental que os juristas conheçam todas as implicações advindas de sua aplicação.

Nos últimos anos, a questão tem superado a esfera administrativa e gerado intenso debate no plano legislativo e judiciário, havendo

verdadeira disputa em torno do “direito de dizer o direito à cultura”, naquilo que alguns teóricos denominam “usos políticos da cultura/patrimônio”, o que demonstra que os direitos culturais possuem um componente político fortíssimo, não raras vezes, escondido pela pecha de imparcialidade do direito.

Dessa forma, com os debates que se propõem a seguir, a Escola da Advocacia-Geral da União pretende se manter fiel à sua tradição de discutir temas jurídicos que são essenciais à concretização dos direitos que estão previstos na Constituição Federal de 1988, nos tratados internacionais nos quais a República Federativa do Brasil é parte, bem como nas demais normas do sistema jurídico nacional.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Paulo Fernando Soares Pereira
Vice-Diretor da Escola da AGU



CAIS DO VALONGO- ACERVO IPHAN - OSCAR LIBERAL

O Sítio Arqueológico do Cais do Valongo, localizado na Zona Portuária do Rio de Janeiro foi reconhecido como Patrimônio Mundial, pela UNESCO, em julho de 2017, tendo em vista ser o único vestígio material da chegada dos africanos escravizados nas Américas”

A DEMOLIÇÃO DO PALÁCIO MONROE E A LEI Nº 4.717/65 (AÇÃO POPULAR): UM ESTUDO DE CASO

*THE DEMOLITION OF THE MONROE PALACE AND LAW Nº
4.717/65 (POPULAR ACTION): A CASE STUDY*

Daniel Levy de Alvarenga

Membro da Advocacia-Geral da União (Advogado da União em exercício na Procuradoria Regional da União da 2ª Região, Coordenação de Patrimônio e Meio Ambiente). Doutorando em Ciências Jurídicas Políticas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Historiador (PUC-Rio). Mestrando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), na linha de pesquisa “Patrimônio, Ensino de História e Historiografia”

SUMÁRIO: Introdução; 1 Palácio Monroe: uma breve e intensa trajetória; 2 A Ação Popular no Brasil; 3 A Ação Popular como mecanismo judicial possível para a preservação do Palácio Monroe; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O Palácio Monroe, prédio público de estilo arquitetônico eclético situado no Rio de Janeiro e que abrigou a Câmara dos Deputados por 8 anos e o Senado Federal por 35 anos, foi demolido durante o regime autoritário de 1964. Pretendemos analisar o apagamento deste patrimônio público de evidente valor artístico, estético e histórico sob a ótica dos mecanismos judiciais disponíveis à época para sua preservação, mais especificamente, a Ação Popular, prevista na Lei nº 4.717/65. Tivemos como objetivo suscitar a reflexão a respeito da necessidade de uma efetiva ambiência democrática, como requisito para a utilização dos instrumentos de participação direta da sociedade na proteção do patrimônio cultural brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Participação Direta. Ação Popular. Palácio Monroe.

ABSTRACT: The Monroe Palace, an eclectic-style public building located in Rio de Janeiro, which housed the Chamber of Deputies for 8 years and the Federal Senate for 35 years, was demolished during the authoritarian regime of 1964. We intend to analyze the demolition of this public building of artistic, aesthetic and historical value from the point of view of the judicial mechanisms available at the time for its preservation, specifically the Popular Action (Law nº. 4,717/65). This article aims to stimulate a reflection on the need for an effective democratic environment, as a requirement for the use of judicial instruments of direct participation as mechanisms for protection of Brazilian cultural heritage.

KEYWORDS: Democracy. Direct Participation. Popular Action. Monroe Palace.

INTRODUÇÃO

A democracia não é um conceito político abstrato e estático, mas um processo constante e dinâmico de afirmação do povo, verdadeiro titular do poder. A participação neste processo democrático é possível não somente através de mecanismos indiretos ou representativos, sendo relevantes também as formas de democracia direta em que o cidadão participa e interfere efetivamente nas questões públicas em prol da coletividade da qual faz parte.

Para que esta democracia direta seja viabilizada, são necessários instrumentos que permitam a participação consciente e responsável dos cidadãos, sendo que a Lei da Ação Popular nº 4.717/65 pode ser considerada como um importante exemplo de mecanismo para a efetivação desta participação. Porém, por mais paradoxal que possa parecer, a referida norma jurídica foi editada em plena ditadura civil-militar iniciada em 1964, que interrompeu o incipiente processo democrático brasileiro.

Neste artigo vamos analisar a demolição do Palácio Monroe, construção de estilo eclético que ficava localizada no final da Avenida Rio Branco, centro da cidade do Rio de Janeiro e que foi sede do Senado federal por 35 anos, sob a ótica dos mecanismos judiciais disponíveis à época e que poderiam ter sido utilizados para a sua preservação. Através deste estudo de caso interdisciplinar pretendemos contribuir para a reflexão a respeito da importância de uma ambiência democrática para a efetivação dos mecanismos de participação direta, como é o caso da Ação Popular.

1 PALÁCIO MONROE: UMA BREVE E INTENSA TRAJETÓRIA

A abertura da Avenida Central no Rio de Janeiro, empreendida pelo prefeito Pereira Passos no começo do século XX, foi um marco da arquitetura e do urbanismo brasileiros e uma demonstração espacial idealizada sob a lógica da modernidade e da representação de uma nação recém-criada que almejava ingressar no seleto grupo dos países ditos civilizados.

Pouco antes do início da construção da Avenida, o governo brasileiro foi convidado pelo presidente americano William MacKinley para fazer parte das comemorações do Centenário da compra da Louisiana, que ocorreriam em 1903, em Saint Louis, Missouri, EUA. Para a efetivação da participação brasileira no evento, com a construção de um Pavilhão, foi designado o Coronel Francisco Marcelino de Souza Aguiar, autor de obra similar feita pelo Brasil em 1893 para a Exposição Internacional de Chicago. O parâmetro principal que orientou o projeto de Souza Aguiar era

o aproveitamento da estrutura do Pavilhão com o objetivo de reconstruí-lo na capital brasileira. O Pavilhão montado em Saint Louis ocupou “um terreno de 5.500 metros quadrados, ao lado de outras delegações estrangeiras como Bélgica, Cuba, França, Inglaterra, Itália, Porto Rico e São” (AGUIAR, 1976, p. 15).

Na exposição, a edificação de estilo eclético despertou grande interesse e admiração dos frequentadores e da imprensa norte americana e acabou por receber a mais importante premiação efetivada pelo evento no aspecto da arquitetura, sendo agraciada com a medalha de Grande Prêmio, primeira honraria internacional da arquitetura brasileira.

Terminada a Feira, em dezembro de 1904, foi iniciada a desmontagem do Pavilhão para sua reconstrução na capital federal e a área da cidade escolhida para recebê-lo foi justamente o final da Avenida Central, compartilhando este nobre espaço com outros prédios públicos como o Teatro Municipal, a Escola de Belas-Artes, a Biblioteca Nacional, a Câmara Municipal e o Supremo Tribunal Federal. Restava evidente, assim, a intenção do governo brasileiro de aproveitar o prestígio alcançado pelo edifício nos Estados Unidos e “consolidar a construção da imagem de uma nação moderna, saneada e pronta para ocupar o seu espaço no cenário internacional” (ATIQUE, 2011, p. 5), pois o país almejava entrar no rol das nações civilizadas e progressistas.

Como parte deste projeto, em 23 de julho de 1906, o Brasil sediou a III Conferência Pan-Americana, com a presença de diplomatas e autoridades de diversos países do continente. E edifício que abrigou este importante evento internacional foi o Pavilhão desmontado nos Estados Unidos e remontado no Brasil, como planejado por Souza Aguiar. Quando a Conferência se iniciou, a área foi intensamente transformada, constituindo-se no principal cartão de visitas do país. No centro das mudanças estava o Pavilhão São Luiz (que recebeu este nome inicial em referência a cidade americana de Saint Louis), um dos primeiros símbolos da renovação político-urbanística do Rio de Janeiro. Durante a Conferência, por proposta do Barão do Rio Branco, Ministro das Relações Exteriores do Brasil, atendendo a solicitação de Joaquim Nabuco, embaixador brasileiro em Washington, o Pavilhão foi denominado de Palácio Monroe, homenageando o ex-presidente dos Estados Unidos, James Monroe, autor da chamada doutrina Monroe, uma política externa contra o colonialismo europeu no continente americano e que tinha como lema “América para os americanos”.

De 1907 a 1914, o Palácio serviu como uma espécie de salão de festas oficial da capital, entre congressos, formaturas e bailes. A política entrou em cena em 1914 quando a Câmara dos Deputados, até então instalada no edifício da Cadeia Velha, mudou-se para o prédio e ali ficou até 1922, sendo

obrigada a sair para o edifício da Biblioteca Nacional, pois o Palácio Monroe seria ocupado pela Comissão Executiva da Exposição Comemorativa do Centenário da Independência de 1922. Em 1923, foram feitas obras que alteraram profundamente o seu interior, para que o edifício abrigasse o Senado da República, o que ocorreu em 3 de maio de 1925. Em 1937, quando Getúlio Vargas instituiu o Estado Novo, fechando o Legislativo, o Monroe recebeu o Ministério da Justiça, o Departamento de Imprensa e Propaganda e o DOPS - Departamento da Ordem Política e Social. Posteriormente, em 1945, foi sede do Tribunal Superior Eleitoral. Voltou a acolher o Senado em 1946, com o fim do Estado Novo e o restabelecimento do regime democrático. Com a mudança da capital para Brasília, em 1960, o edifício perdeu muito de sua importância e funcionalidade, sendo utilizado, em algumas de suas dependências, pelo Estado Maior das Forças Armadas e por uma residual representação do Senado, também chamada de “Senadinho”.

O prédio foi demolido em 1976, após intensos debates acerca da preservação do conjunto arquitetônico remanescente da abertura da Avenida Central ocorrido no âmbito do IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Processo de tombamento n.º 860-T-72) e que envolveu, além de integrantes do seu corpo técnico como Paulo Santos, Lúcio Costa e Lygia Martins Costa, diversas entidades da sociedade civil como o Clube de Engenharia, o Instituto de Arquitetos do Brasil e o Jôquei Clube Brasileiro.

A historiografia a respeito da demolição do Monroe não é uníssona. Existem diversas hipóteses e versões a respeito dos motivos que levaram ao seu apagamento. No âmbito das versões e das especulações, a derrubada do prédio teria sido uma vingança pessoal do Presidente Geisel, que foi preterido na sua promoção ao generalato pelo filho do projetista do imóvel, Rafael de Souza Aguiar. Contudo, segundo Regina da Luz Moreira (2001), não há na biografia destes dois militares indícios consistentes que reforcem esta versão de que se tratava de uma rivalidade na carreira militar.

Sob o aspecto urbanístico, a demolição do Monroe teria sido uma consequência necessária da obra do metrô (estação Cinelândia), pois o traçado da linha 1 previa uma curva que passava exatamente abaixo do prédio histórico. Porém, esta hipótese, por si só, não se sustenta diante do grande esforço que foi realizado pela Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro para preservar o edifício. O traçado foi ligeiramente modificado passando por fora do Palácio. Foram construídas duas paredes de concreto, tangenciando a fundação do prédio, sem que fosse registrado qualquer dano ao mesmo. O alto custo do projeto – que ficou conhecido como “a curva mais cara” – foi recompensado pelo sucesso no objetivo

de não infligir danos nas estruturas do Monroe. Concluídas as obras da curva, a escadaria do Palácio foi remontada e os engenheiros, arquitetos e técnicos envolvidos no empreendimento ficaram orgulhosos de seu feito. A empresa responsável pelas fundações chegou a publicar, em diversos meios de comunicação, a sua vitória perante este importante desafio.

Uma hipótese com um viés eminentemente político, na esteira de Regina Luz Moreira (2001) e Marieta de Moraes Ferreira (2006), é aquela que considera a demolição do Palácio Monroe como resultado de um processo de esvaziamento da capitalidade do Rio de Janeiro no cenário político nacional, conduzido pelo governo militar e iniciado com a fusão do Rio de Janeiro com o Estado da Guanabara. Nesta linha de raciocínio, seria possível considerar que a destruição do prédio fizesse parte de uma política deliberada de esquecimento simbólico promovida pelo estado autoritário brasileiro com o objetivo não só de construir uma nova identidade para a antiga capital, como também de esvaziar a importância do Poder Legislativo numa época de arbítrio do Poder Executivo.

Contudo, a hipótese mais aceita e estudada pela historiografia é aquela que atribui a demolição do Monroe à ausência de valor estético e arquitetônico que justificassem a sua preservação. Através da querela entre Paulo Santos e Lúcio Costa, iniciada no âmbito do IPHAN e amplificada pela imprensa carioca, o ecletismo do Palácio e a sua desconfiguração com relação ao projeto original ao longo dos anos teriam sido os motivos determinantes para sua destruição.

Em síntese, o impasse estabelecido entre estes dois grandes arquitetos brasileiros girou em torno dos conceitos de ecletismo e de historicismo, que podemos considerar como sendo “a afirmação do valor específico de cada período, em função do ponto de vista contemporâneo a cada momento histórico” (FONSECA, 2005, p. 66). A respeito do estilo eclético de determinados prédios que compunham o pedido de tombamento do conjunto arquitetônico remanescente da abertura da Avenida Central, incluindo aí o Palácio Monroe, o arquiteto e relator do já mencionado processo nº 860-T-72 no Conselho Consultivo do IPHAN, Paulo Santos, ressaltava o seu valor artístico, pois representava um período da arquitetura brasileira. Definia o ecletismo como sendo resultado da troca de experiência entre os povos decorrente da Revolução Industrial cujo intercâmbio gerou formas “arquitetônicas decalcadas de épocas pretéritas e inspiradas de cada país para os demais, a que se dava a designação de estilo, quando de fato não passavam de estilizações” (SANTOS, 1972, p. 38). Além disso, com sua visão historicista, Paulo Santos reconhecia a relatividade dos juízos de valor em contraposição aos princípios rígidos de valoração arquitetônica, partindo do pressuposto de que “cada período da História de Arte tem

direito de ter seu próprio estilo e deva ser apreciado, em todos os seus aspectos, em função da carga de cultura de que se nutre e das ideias estéticas por que se expressa” (SANTOS, 1972, p. 35).

Para Paulo Santos, a manifestação do historicismo na arquitetura estava vinculada a um certo momento histórico e ao projeto ideológico de nação, razão pela qual, embora determinados edifícios revelassem matriz estrangeira, eles visavam expressar valores do nacionalismo emergente uma vez que a arquitetura é sempre um produto da cultura, sendo, portanto, necessário estabelecer a distinção entre historicismo e ecletismo.

Em lado oposto, Lucio Costa (1972) considerava o ecletismo na arquitetura como produto do retorno das formas do passado sem significação cultural, defendendo que não se tratava de um período da História da Arte, mas de um hiato, que interrompia a continuidade do processo histórico da arquitetura. Paulo Santos discordava veementemente desta posição, pois não considerava que a história se construísse por saltos, mesmo num caso aparentemente abrupto como esse, da passagem da arquitetura tradicional para a moderna. As questões sobre historicismo e ecletismo foram amplamente debatidas pelo Conselho Consultivo do IPHAN por ocasião do pedido de tombamento do conjunto arquitetônico remanescente da Avenida Central realizado em julho de 1972, pelo Clube de Engenharia e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB). O Processo n°. 860-T-72 teve grande importância para a reavaliação dos critérios de valoração dos bens culturais.

A disputa conceitual sobre o ecletismo ocorrida entre Paulo Santos e Lucio Costa revela, ao mesmo tempo, suas divergências quanto à política de preservação do patrimônio cultural brasileiro. Segundo Maria Cecília Londres Fonseca (2005, p. 190), no curso da discussão do tombamento do conjunto da Avenida Rio Branco “ficou evidente o confronto entre os critérios distintos de valoração dentro dos quadros técnicos do SPHAN”. O saldo negativo dessa calorosa discussão foi a demolição Palácio Monroe considerado como tendo perdido as características iniciais que poderiam justificar a sua preservação, além de ser taxado como um estorvo para o fluxo viário do centro da cidade. Como saldo positivo, numa abordagem otimista, restou o aprendizado e a revisão dos critérios de valoração dos bens culturais brasileiros por parte do IPHAN, na expectativa de que o episódio da perda de um patrimônio cultural como o Monroe ofereça lições e evitem que espectros de obras irremediavelmente perdidos possam suscitar manifestações tardias de arrependimento, como ocorreu no caso da Avenida Rio Branco, antiga Avenida Central, no Rio de Janeiro.

É oportuno ressaltar, contudo, que o Palácio Monroe não foi abaixo sem a resistência de parte da sociedade civil. O Clube de Engenharia do

Rio de Janeiro, autor do pedido inicial de tombamento junto ao IPHAN, foi um dos mais ferrenhos defensores públicos do prédio e responsável pela realização de diversos estudos e pareceres a seu respeito e pelo envio de vários ofícios aos órgãos do governo do então Presidente Geisel, com a finalidade de evitar o seu desaparecimento.

Como uma última tentativa de salvar o prédio, em dezembro de 1975, 162 arquitetos, engenheiros e críticos de arte expuseram seu inconformismo com relação à demolição do Palácio Monroe através de um Manifesto pela sua preservação. Além disso, diversas entidades públicas e privadas expuseram o interesse em ocupar o prédio, considerando a falta de espaços para acomodar os órgãos federais presentes na antiga capital. Tudo isso de nada adiantou. Em resposta a um desses pedidos de ocupação, o então ministro chefe do gabinete presidencial, Golbery do Couto e Silva, esclarece que cumpria-lhe obedecer “recomendações do Senhor Presidente da República no sentido da demolição do prédio e consequente transformação da área em logradouro público” (AGUIAR, 1976, p. 212).

No dia 28.01.1976, dois periódicos da cidade publicaram reportagens sobre a demolição do Monroe informando a possibilidade de ajuizamento de uma Ação Popular. O jornal Última Hora anunciou que o Palácio Monroe ainda poderia ser salvo desde que “surgisse uma pessoa disposta a ajuizar uma ação popular” (AINDA..., 1976, p.16). O Jornal do Brasil também ressalta na sua matéria que a demolição poderia ser interrompida se a Justiça concedesse uma “liminar à ação popular” que o grupo signatário do Manifesto anunciava que iria promover (AÇÃO..., 1976, p.7). Pelo que se sabe, esta Ação Popular nunca foi proposta. Qual seria o motivo, após tanto esforço para a preservação do Palácio por parte do Clube de Engenharia e dos signatários do Manifesto, em não irem adiante com a uma medida judicial disponível à época, através da nº 4.717/65?

Antes de tentarmos responder a esta pergunta, cabem ainda outras breves considerações de aspecto histórico.

2 A AÇÃO POPULAR NO BRASIL

A Constituição do Império, no seu artigo 157, já previa a Ação Popular no caso de “suborno, peita, peculato e concussão” dando legitimidade para a sua propositura ao próprio “queixoso ou por qualquer do povo”. José Afonso da Silva (2007, p. 33) destaca que esta previsão constitucional teria sido “o único texto legislativo que nomeia dita ação como ‘popular’, antes da Lei nº. 4.717/1965”.

Contudo, a primeira Constituição Republicana de 1891 não trouxe dispositivo similar e foi somente na Carta de 1934 que “o instrumento retornou a nossa ordem jurídica enquadrando-se em molde parecido àquele que se apresenta atualmente” (SILVA, 2007, p. 36). O inciso 38 do artigo 113, da Constituição de 1934, disposto no título dos Direitos e das Garantias Individuais, dispunha que qualquer cidadão poderia ser parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Rodolfo de Camargo Mancuso (2003, p. 61) relata que houve uma certa resistência para incluir a previsão da ação popular no texto constitucional pelo receio de seu “mau uso” destacando o posicionamento de Clóvis Bevilacqua, que “temia que daí adviesse inconvenientes, que a boa organização do Ministério Público evita”. De toda forma, “a efêmera existência da Constituição de 1934 não propiciou a utilização efetiva deste instrumento judicial popular” (SILVA, 2007, p. 37).

A Constituição de 1937, gerada em ambiente autoritário, não fez qualquer previsão quanto a Ação Popular, “haja vista o regime totalitário instalado no país, pois seria contrária aos interesses predominantes a possibilidade de serem os atos do governo questionados” (GOMES JUNIOR, 2001, p. 6).

Com o retorno ao estado democrático de direito, a Constituição de 1946, através do artigo 141, § 38, ampliou as hipóteses para que qualquer cidadão pudesse requerer a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio dos entes políticos, além das autarquias e das sociedades de economia mista. A novidade aqui foi a inclusão de entes da administração indireta.

A Constituição de 1967 editada em tempos de ditadura, manteve o instrumento da Ação Popular através do artigo 150, § 31, modificando, porém, a redação de 1946 para suprimir a enumeração expressa das entidades sujeitas a fiscalização do cidadão. Ou seja, foi mantida a finalidade específica de proteção patrimonial não especificando, porém, os entes políticos e as pessoas jurídicas por ela protegidas¹. De toda forma, esta falta de previsão constitucional foi suprida pela n.º 4.717/65 que enumerou os entes da administração direta e indireta alcançados no âmbito da Ação Popular. A Constituição de 1969, mesmo com o aumento da repressão autoritária, manteve os termos anteriores não trazendo nenhuma novidade no tocante ao instituto.

Finalmente, a Constituição de 1988, através do seu artigo 5º, inciso LXXIII, ampliou o objeto da Ação Popular para se adequar a nova etapa

¹ Artigo 150, § 31, da Constituição de 1967: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.”

democrática que estava começando. José Afonso da Silva (2007, p. 37) assevera que o novo texto “não se limitou a repetir os enunciados anteriores, porque lhe deu nova formulação, ampliando o seu objeto para amparar novos interesses”. Assim ficou estabelecido pela nova Carta Magna:

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

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

3 A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO JUDICIAL POSSÍVEL PARA A PRESERVAÇÃO DO PALÁCIO MONROE

Através do breve histórico exposto anteriormente, podemos perceber que na época da demolição do Palácio Monroe, no ano de 1976, vigoravam a Constituição de 1969 e a Lei nº 4.717/65, regulamentadora da Ação Popular.

A Constituição de 1969, criativamente promulgada como Emenda nº 1 à Constituição de 1967, manteve, no seu art. 153, § 31, a previsão anterior a respeito da Ação Popular nos seguintes termos: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”. Já a Lei nº 4.717/65 era mais ampla:

Art. 1º - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Entendemos, portanto, que qualquer um dos signatários do já mencionado Manifesto do Clube de Engenharia teria não só a legitimidade ativa para a propositura da medida popular mas, principalmente, autoridade técnica e intelectual no sentido de preservar este patrimônio público de evidente valor histórico e artístico que estava ameaçado de desaparecer². Quanto à legitimidade passiva, tanto a União quanto o IPHAN, autarquia federal encarregada de fiscalizar, conservar e restaurar o patrimônio cultural, poderiam ter figurado como réus numa eventual ação.

O Palácio Monroe era um próprio nacional sob administração do então Serviço do Patrimônio da União (SPU) e a decisão de demoli-lo foi tomada pelo governo federal em 9 de outubro de 1975. Como exposto anteriormente, o aviso ministerial n.º 964 assinado por Golbery do Couto e Silva, foi bem claro ao estabelecer que o SPU deveria adotar “todas as providências necessárias ao cumprimento da determinação presidencial no sentido de destruir o imóvel” (AGUIAR, 1976, p. 212).

O Palácio foi demolido entre janeiro e agosto de 1976 por uma firma demolidora especializada (Aghil Comércio de Ferro Ltda) contratada pelo governo federal e que teria vencido uma concorrência pública. O contrato para a execução do serviço previa que a maior parte da remuneração da empresa seria oriunda da venda do material da demolição, pois diversos componentes do edifício possuíam relevante valor monetário como, por exemplo, a grande abóbada em armação metálica, os lambris e portas em madeira de lei, as peças e esculturas entalhadas, os lustres em metal, cristal e opalina, uma balaustrada em mármore e um vitral da sala do antigo plenário do Senado, vitrais diversos, sendo um de autoria do pintor Henrique Cavalleiro e “toda estrutura de ferro que possibilitou a remoção do então Pavilhão São Luiz dos EUA para o Brasil, em 1904” (AGUIAR, 1976, p. 161).

Apesar dos apelos para que algumas destas peças fossem colocadas em museus, pois representativas de um importante período da história nacional e também da arquitetura brasileira, o material da demolição foi vendido a particulares, sem qualquer fiscalização e controle por parte do IPHAN. Sabe-se que pelo menos um dos vitrais alusivos à implantação da República foi fazer parte de uma churrascaria na Barra da Tijuca; os outros vitrais foram adquiridos por uma vidraçaria de propriedade de um Russo chamado Jonas Slichticas; as esculturas dos leões foram vendidas a um fazendeiro de Uberaba, em Minas Gerais; a cúpula de cobre foi vendida a um ferro-velho; os anjos de cobre foram vendidos a um grupo de arquitetos paulistas para serem aproveitados em outras construções;

² O Supremo Tribunal Federal, em 13 de dezembro de 1963, já tinha aprovado a Súmula 365 no sentido de que “pessoa jurídica não têm legitimidade para propor ação popular”.

parte dos assoalhos composta de tacos de peroba do campo e que formavam um desenho, foram ensacados e vendidos a um grupo de japoneses; as mesas e cadeiras do antigo Senado foram para Brasília, para comporem o Museu da instituição.

E por mais incrível que possa parecer, a venda deste material pertencente ao patrimônio cultural brasileiro foi realizada de forma totalmente informal. Segundo entrevista concedida pelo fazendeiro mineiro que comprou as esculturas dos leões e os portões de ferro para decorar a sua propriedade em Uberaba³, Luís Carlos de Adriano Franco, todas as tratativas eram feitas diretamente com o funcionário encarregado da demolição, “um português chamado seu Silva” que lhe foi apresentado no canteiro obras como sendo “o dono do Palácio”. Foi o Sr. Silva que teria estipulado o preço de vários itens comprados pelo fazendeiro. Para o Jornal *Diário de Notícias*, o Rio de Janeiro se desfalcava de seu acervo, mas, em compensação, “fazia a fortuna dos empresários da sucata e outros materiais do submundo dos negócios estranhos” (A PARTE..., 1976, p.4).

Resta evidente, assim, o total descaso do poder público com um importante patrimônio histórico e artístico nacional. A demolição do Palácio Monroe seria evitada através da propositura de uma Ação Popular em face da União federal, proprietária do imóvel e que decidiu destruí-lo, em litisconsórcio passivo necessário com o IPHAN, órgão federal encarregado de fiscalizar, conservar e restaurar o patrimônio cultural brasileiro, e com a empresa demolidora Aghil Comércio de Ferro Ltda. que dilapidou o prédio de forma totalmente irresponsável e aleatória, tudo nos termos do artigo 6º da Lei nº 4.717/65 que assim dispõe:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Apesar do Palácio não ter sido objeto de tombamento por parte do IPHAN quando apreciou a questão do conjunto arquitetônico remanescente da Avenida Central, era inegável a sua significação artística, estética, histórica e até mesmo turística, pois estava localizado na mesma área do Museu de Belas Artes e da Biblioteca Nacional. O Monroe era uma inestimável expressão da arquitetura representativa da implementação e

3 Entrevista concedida para o documentário longa metragem *Crônica da demolição*. Direção: Eduardo Ades. ImagemTempo. Rio de Janeiro – RJ, 2015. 90 min.

consolidação da República em nosso país. Salta aos olhos, assim, a lesividade ao patrimônio público justificadora da Ação Popular.

Além disso, o contrato realizado com a empresa responsável por colocar o prédio abaixo não foi objeto de qualquer tipo de fiscalização pelo Poder Público, uma vez que as partes resultantes do desmonte do Palácio foram retiradas e vendidas sem qualquer avaliação anterior de sua relevância artística, estética ou histórica. A possibilidade da empresa se remunerar através da venda do material resultante da demolição deveria ser seguida dos critérios autorizadores deste descarte, sempre com a fiscalização dos órgãos responsáveis pela proteção do patrimônio cultural brasileiro, tais como o próprio IPHAN. Assim, também poderia ser alegada a invalidade do contrato para subsidiar a Ação Popular com o intuito de manter o Monroe de pé.

Em notícia veiculada em 28.01.76, o jornal Última Hora informa a respeito da intenção do chefe da Divisão Técnica Especializada de Urbanismo do Clube de Engenharia, professor Durval Lobo, de propor uma Ação Popular para impedir a destruição do Palácio, mencionando a preocupação de que, no caso da “Justiça permitir o prosseguimento da demolição, o impetrante terá que arcar com todos os prejuízos gerados pela interrupção da obra” (AINDA..., 1976, p. 12).

Ora, esta preocupação não nos parece válida. Em que pese a inclusão do § 4º, no artigo 5º da Lei nº 4.717/65, que dispôs sobre cabimento de suspensão liminar do ato lesivo impugnado na defesa do patrimônio público, ter ocorrido somente em 1977 através da Lei nº 6.513, o Código de Processo Civil de 1973, aplicável à Ação Popular naquilo em que não contrariasse os seus dispositivos, previa o chamado poder geral de cautela do Juiz em seus artigos 798 e 799. Ou seja, se fossem demonstrados cabalmente os requisitos necessários para o deferimento de um pedido liminar visando suspender a demolição do Palácio Monroe e, ao final do processo, a conclusão fosse no sentido de ausência de invalidade e lesividade do ato impugnado, não haveria sentido, ao nosso ver, a condenação do autor popular na indenização dos prejuízos eventualmente causados com a interrupção da demolição, pois não estaria configurada qualquer má-fé no caso concreto. Pelo contrário, a Ação Popular, se fosse proposta, teria sido muito bem fundamentada em diversos estudos e pareceres como foram aqueles produzidos pelo Clube de Engenharia do Rio de Janeiro.

Provavelmente, o receio em utilizar a Ação Popular não era a eventual indenização. A participação direta do cidadão necessita de um ambiente democrático que garanta a sua efetiva liberdade na atuação em prol da coletividade. Se o regime é autoritário não há este ambiente

facilitador da mobilização das pessoas e da cooperação nos esforços voltados a impedir a lesão do patrimônio público. Ora, não podemos esquecer que nos anos 1970 o Brasil vivia os horrores do golpe civil-militar de 1964, onde a liberdade, em todos os seus aspectos, era bastante restrita. Nesse sentido, o Palácio Monroe teria sido vítima desta falta de liberdade e de confiança nos instrumentos judiciais disponíveis à época para sua preservação. No processo democrático, os cidadãos só se sentem participantes quando têm a segurança de que sua liberdade não será restringida pelo simples fato de utilizar os mecanismos legitimamente disponíveis para a defesa dos interesses da coletividade.

4 CONCLUSÃO

Neste breve artigo, de caráter interdisciplinar, tivemos a pretensão de suscitar a reflexão a respeito da necessidade de uma efetiva ambiência democrática como requisito para a utilização dos mecanismos de participação direta da sociedade na proteção do patrimônio cultural brasileiro.

A Ação Popular, prevista na Lei nº 4.717/65, é um autêntico direito político que viabiliza esta participação do cidadão nos assuntos públicos, com o objetivo principal de evitar lesões ao patrimônio público de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Porém, a previsão constitucional ou legal deste direito, por si só, não garante a sua utilização. Procuramos demonstrar através da análise de um fato histórico, qual seja, a demolição do Palácio Monroe, que as ferramentas judiciais disponíveis para garantir a soberania popular e a proteção do patrimônio cultural só tem efetividade numa sociedade que realmente respeita e pratica os valores democráticos.

Segundo os ensinamentos de Michael Pollak (1989, p. 10), embora quase sempre acreditem que “o tempo trabalha a seu favor” e que “o esquecimento e o perdão se instalam com o tempo”, os dominantes frequentemente são levados a reconhecer que o longo silêncio sobre o passado, longe de conduzir ao esquecimento, conduz à resistência aos excessos praticados pelos discursos oficiais. E, para aqueles que questionaram a sua demolição, o Palácio Monroe pode ser considerado um exemplo dessa resistência e nos ajuda a refletir não somente a respeito da política de memória e do esquecimento, como também, sobre as possíveis formas de participação da sociedade nas questões relacionadas ao patrimônio cultural.

REFERÊNCIAS

AÇÃO popular tentará deter demolição do Monroe que já esta sem janelas e cúpula. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 28 jan. 1976.

AINDA é tempo de salvar o Monroe. *Última Hora*, Rio de Janeiro, 28 jan. 1976.

AGUIAR, Louis de Souza. *Palácio Monroe: da glória ao opróbrio*. Rio de Janeiro: Arte Moderna, 1976.

A PARTE dos leões. *Diário de Notícias*, Rio de Janeiro, 11 jan. 1976.

ATIQUÊ, Fernando. O Patrimônio (Oficialmente) Rejeitado: A destruição do Palácio Monroe e suas repercussões no ambiente preservacionista carioca. In: *Simpósio Nacional da ANPUH - Associação Nacional de História*, 2011, São Paulo. Anais do XXVI Simpósio Nacional da ANPUH, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Considerações sobre a ação popular. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 16. p. 59-66, out./dez. 1996.

COSTA, Lúcio. Problema Mal Posto. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Conselho Consultivo. 18 nov. 1972. *Processo de tombamento*, n. 860-T-72, v.1, p. 88-92, 1972.

DULCI, Tereza Maria S. *As Conferências Pan-Americanas: identidades, união aduaneira e arbitragem (1889 a 1928)*. Dissertação (Mestrado em História Social). USP, São Paulo, 2008. 124f.

FERREIRA, Marieta M. A fusão do Rio de Janeiro, a ditadura militar e a transição política. In: ABREU, Alzira Alves de (Org.) *A democratização no Brasil: atores e contextos*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 163-200.

FRIDMAN, Sergio A. *Palácio Monroe: da construção a demolição*. Rio de Janeiro: S.A. Fridman, 2011.

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.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação Popular*: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, Regina da Luz. *O palácio que virou memória*: o Monroe e a construção do metrô carioca, polêmica em tempos de ditadura. In: GOMES, Angela Maria de Castro (Coord.) *Direitos e cidadania*: memória, política e cultura. p. 233-268. Rio de Janeiro: FGV; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2001.

POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v.2, n.3, p.3-15, jun.

SANTOS, Paulo. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Conselho Consultivo. 18 out. 1972. *Processo de tombamento* n. 860-T-72, v.1, p. 21-51, 1972.

SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Fontes

Diário de Notícias, Jornal do Brasil, Jornal do Comércio e Última Hora. Disponível em: <<http://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/Jornal>>.

O Globo. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com>>.

Revista VEJA. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/>>

Processo de tombamento n°. 860-T-72: *Arquivo Central do IPHAN* - Seção Rio de Janeiro.

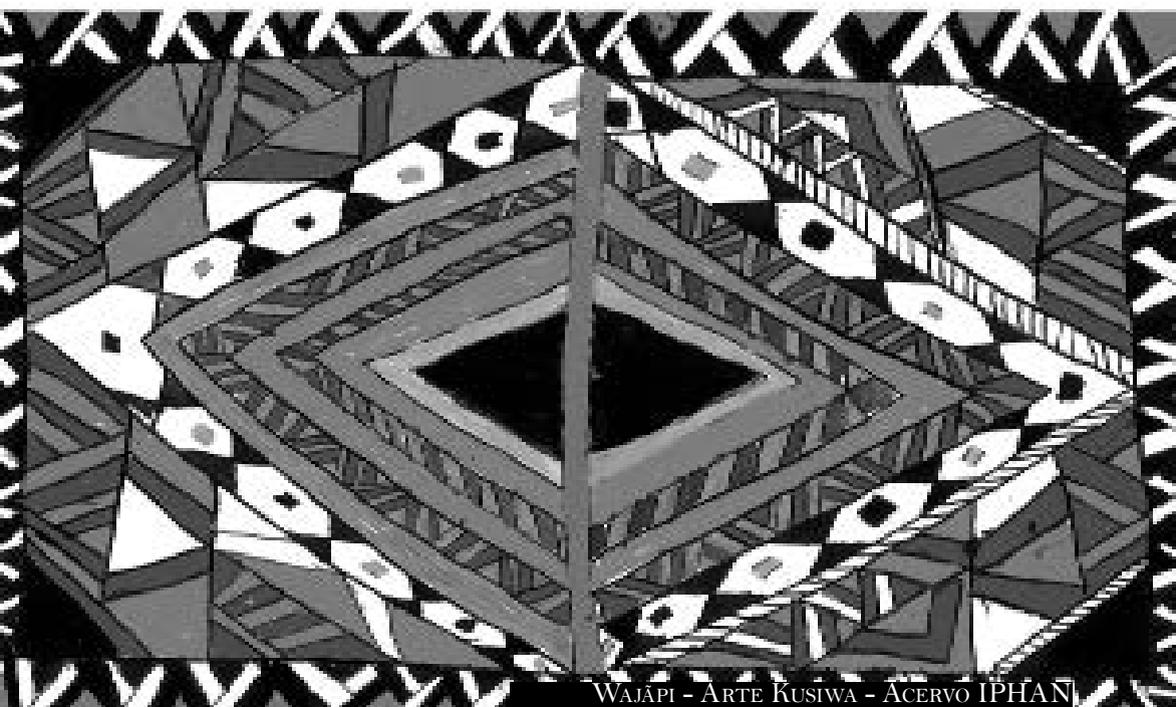
Crônica da demolição. Direção: Eduardo Ades. ImagemTempo. Rio de Janeiro – RJ, 2015. 90 min.



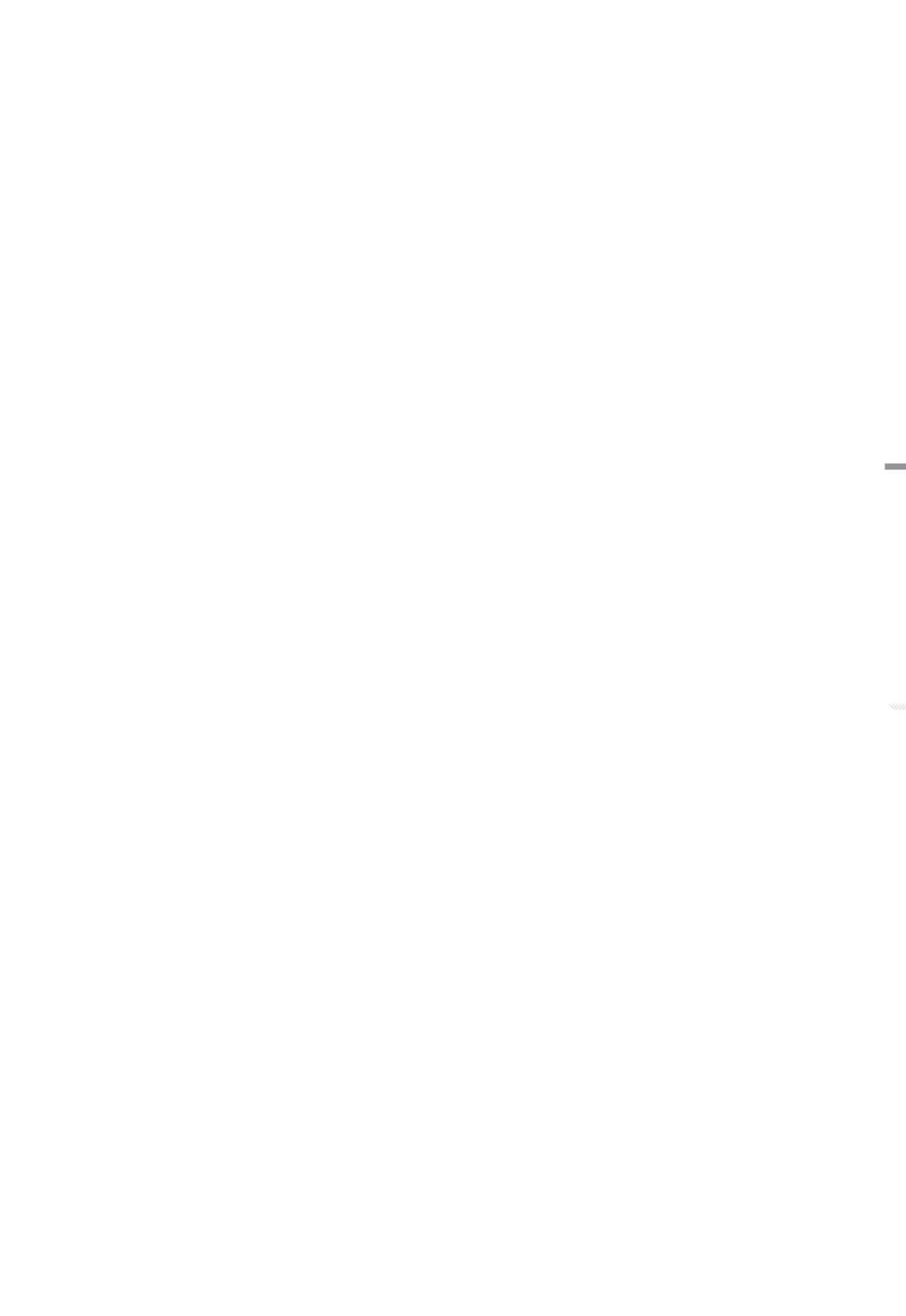
Fig. 1. Pavilhão São Luiz na feira Mundial de Sant Louis
(Brasiliana Fotográfica – Biblioteca Nacional)



Fig. 2. Palácio Monroe na Avenida Central no Rio de Janeiro
(Coleção Gilberto Ferrez/Acervo Instituto Moreira Salles)



WAJAPI - ARTE KUSIWA - ACERVO IPHAN



AS IMPLICAÇÕES DOS ACORDOS DE INVESTIMENTOS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL

*THE IMPLICATIONS OF INVESTMENT AGREEMENTS FOR
THE INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW*

Daniela Oliveira Rodrigues

Membro da Advocacia-Geral da União (Advogada da União com atuação no Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União). Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2014) e Pesquisadora Visitante do Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle – CEIPI/ Universidade de Estrasburgo

SUMÁRIO: Introdução; 1 Investimentos e Propriedade Intelectual: a abordagem conferida pelo direito internacional; 1.1 Nafta; 1.2 Mercosul; 2 Relação Entre Direito dos Investimentos e Direito da Propriedade Intelectual na Prática: os casos Philipp Morris v. Uruguai e caso Eli Lilly v. Canadá; 2.1 Philip Morris v. Uruguai; 2.2 Eli Lilly v. Canadá; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva discorrer sobre a interface entre o direito internacional dos investimentos com o direito internacional da propriedade intelectual. Verifica-se a atual tendência de convergência entre os temas, marcada pelo reconhecimento dos bens de propriedade intelectual como ativos de importância para o direito internacional dos investimentos. Em consequência, nota-se a mudança do perfil de controvérsias levadas aos foros internacionais de investimentos, desafiados a lidar com demandas que apresentem como fundo disputas envolvendo bens de propriedade intelectual. Nesse sentido, será abordada a jurisprudência recente na matéria com os casos Philip Morris v. Uruguai e Eli Lilly v. Canadá.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual. Direito Internacional dos Investimentos. Acordos Internacionais. Sistema de Solução de Controvérsias. Interesse Público e Bem-Estar Associado.

SUMMARY: This article aims to discuss the relation between International Investment Law and International Intellectual Property Law. There is a current trend of convergence between these areas, characterized by the premise that intellectual property goods are relevant assets for an investments environment. Consequently, the profile of the disputes involving international investments has changed. Traditional investments tribunals have been challenged to confront the specific rationality of intellectual property disputes, which results in an innovative jurisprudence, phenomena observed in the cases Philip Morris v. Uruguay and Eli Lilly v. Canada.

KEYWORDS: International Intellectual Property Law. International Investment Law. International Agreements. Dispute settlement system. Public Interest and Associated Welfare.

INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado pela cooperação entre os Estados no campo dos direitos de propriedade intelectual. Do tratamento do tema pelas Convenções Unionistas de Berna e de Paris no início do século, o direito da propriedade intelectual ganhou prioridade na pauta de comércio internacional na década de 1980 com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), e se consolidou nos anos 1990 com o advento da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Documento integrante dos acordos constitutivos da OMC, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, ou simplesmente Acordo TRIPs, tem por objeto a proteção jurídica dos bens intelectuais, como marcas, patentes, desenhos industriais e direitos de autor. Como os demais acordos da OMC, estabelece padrões mínimos de proteção para os Estados signatários, impedindo a prática de medidas comerciais abusivas. Nesse sentido, a importância dada pelo sistema aos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida, também presentes no sistema unionista.

De outro lado, a temática dos investimentos tem ganhado importância na cena internacional em razão do travamento das pautas de comércio e da busca pelos Estados de novas formas de intercâmbios comerciais e econômicos.

Surgidos em período anterior ao pós-guerra, por meio dos Tratados de Amizade, Comércio e Navegação, o direito internacional dos investimentos adquiriu notoriedade a partir da década de 1960 com o pós-guerra e o processo de descolonização. A mudança no contexto internacional e o aumento da busca por atração de investimentos nos anos 1980 resultaram na reformulação destes acordos, os quais, na década de 1990, passaram a ser amplamente negociados pelos Estados em suas relações bilaterais¹.

O direito internacional da propriedade intelectual e o direito internacional dos investimentos passaram a convergir nas últimas duas décadas. Para certos Estados, a assinatura de acordos internacionais de investimentos representaria a oportunidade de expandir os padrões mínimos de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Assim, a partir dos anos 2000, os acordos de investimentos adquiriram maior complexidade, vindo a tratar expressamente em seu texto de temas tipicamente comerciais, como o direito da propriedade intelectual.

A qualificação dos direitos de propriedade intelectual como investimentos assegurou aos seus titulares base legal para o

1 VANDEVELDE, Kenneth J. A brief history of international investment agreements. U.C. Davis. *Journal of International Law & Policy*, California, v. 12, n. 1, p. 157-194, 2005.

redirecionamento das controvérsias sobre o tema. Questões envolvendo estes direitos passaram a ser discutidas em outros foros além do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (no quadro do Acordo TRIPS), o Centro de Mediação e Arbitragem da OMPI (no quadro das Convenções Unionistas) ou os tribunais estatais. Superando os limites estabelecidos pelo princípio da territorialidade, os foros de investimentos passaram a reconhecer a sua jurisdição para solucionar controvérsias envolvendo esses direitos de propriedade intelectual, sendo este o caso do Centro de Resolução de Diferendos em Matéria de Investimentos (em inglês, ICSID) ou da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (em inglês, UNCITRAL)².

O presente trabalho buscará abordar a nova dinâmica trazida pelo direito internacional dos investimentos para os bens de propriedade intelectual e os litígios decorrentes da relação entre eles.

1 INVESTIMENTOS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: A ABORDAGEM CONFERIDA PELO DIREITO INTERNACIONAL

O tema de investimentos tem sido tradicionalmente regulado pelos acordos bilaterais de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPI). Trata-se de instrumentos que estabelecem as condições para salvaguardar as condições para a entrada de investidores estrangeiros nos Estados signatários do acordo e para assegurar o interesse estatal na promoção dos investimentos estrangeiros realizados em seu território.

Por incrementar as trocas comerciais por meio do fomento do investimento estrangeiro, muitos dos riscos cobertos pelos APPIs possuem peso político e influenciam diretamente na condução da política externa. Cláusulas sobre estabelecimento, não discriminação e tratamento das partes, expropriação e solução de controvérsias são relevantes para o cumprimento do acordo e para a adoção de políticas macroeconômicas mais restritivas ou liberais.

Nesse contexto estão inseridos os bens de propriedade intelectual. Considerados ativos de investimentos, eles fazem parte do rol de bens considerados estratégicos para a instalação e posterior fomento de negócios por parte do investidor estrangeiro que deseje entrar no país. Para proteger esses bens de acordo com as necessidades que esse específico campo exige, o direito internacional dos investimentos emprestou ao direito internacional da propriedade intelectual a sua linguagem, resultando em

2 HO, Cynthia M. Views: TRIPS Flexibilities Under Threat From Investment Disputes: A Closer Look At Canada's "Win" Against Eli Lilly. Disponível em: <<https://www.ip-watch.org/2017/04/27/trips-flexibilities-threat-investment-disputes-closer-look-canadas-win-eli-lilly/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

uma nova roupagem em um tema tipicamente comercial e que até então possuía as suas próprias regras.

Atualmente, há mais de três mil acordos internacionais de investimento em todo o mundo³. Por esses acordos, os Estados contratantes são obrigados a conceder certas normas de tratamento aos investidores e aos investimentos do outro Estado contratante, o que inclui definir patentes, marcas registradas e outros direitos de propriedade intelectual (IP) como investimentos protegidos.

Para abordar com maior profundidade o tema, serão analisados a seguir a abordagem do tema de investimentos no NAFTA e no Mercosul.

1.1 NAFTA

O Tratado de Livre Comércio das Américas (em inglês, *North Free Trade Agreement – NAFTA*), do qual são partes Estados Unidos, México e Canadá, menciona especificamente os bens de propriedade intelectual como uma espécie de investimento.

De acordo com o capítulo 11, os bens de propriedade intelectual estão abrangidos na definição de “investimento”, que significa o direito real ou outros bens tangíveis ou intangíveis adquiridos com a expectativa de ou utilizados com a finalidade de obtenção de benefícios econômicos ou outras finalidades de negócios.

O texto do NAFTA prevê o dever de tratamento isonômico entre investidores nacionais e estrangeiros com base nos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida), além de regras para expropriação de bens, a qual não será aplicada nas hipóteses de licenciamento compulsório dos bens de propriedade intelectual.

O capítulo 17 do NAFTA prevê para os membros a obrigação de estabelecerem patamares mínimos de proteção dos direitos de propriedade intelectual, atendendo além das regras próprias, ao que dispõem a OMC e a OMPI. O próprio acordo prevê também padrões mais elevados de proteção dos direitos de propriedade intelectual, haja vista regular outros bens além dos já conhecidos direitos de marcas, patentes e direitos de autor, como o controle de práticas consideradas anticompetitivas, direitos criptografados emitidos por satélites e gravações sonoras.

Caso o descumprimento das normas do acordo resulte na violação dos direitos de propriedade intelectual do investidor, poderá ser acionado mecanismo de solução de controvérsias que permita a ele ingressar com

3 De acordo com a UNCTAD, foram firmados até o momento 2954 acordos bilaterais de investimentos e 373 acordos comerciais com provisões sobre investimentos. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

uma demanda em face do Estado anfitrião perante um tribunal arbitral internacional que será constituído nos termos da UNCITRAL ou do ICSID.

1.2 MERCOSUL

A pauta de investimentos no Mercosul também não é uma tendência recente.

Em 1994 foi negociado no âmbito do bloco o Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul, que define investimentos como todo tipo de ativo investido direta ou indiretamente por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última. De acordo com o artigo I, item 1, alínea “d”, os direitos de propriedade intelectual estão incluídos nessa definição.

No mesmo ano, foi firmado também o Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos provenientes de Estados não-Membros do Mercosul, assinado em Buenos Aires, que definiu investimentos como todo o tipo de ativo direta ou indiretamente investido por investidores de um Terceiro Estado no território do Estado-Parte, de acordo com a legislação, incluindo os direitos de propriedade intelectual (artigo 2-A, item 1, alínea “d”).

Apesar do tratamento de uma pauta de interesse dos membros do bloco, tais protocolos não chegaram a ser ratificados pelos Estados sob a alegação de limitarem a adoção de medidas de regulação internas e políticas de investimento, além de permitir que investidores privados acionem os Estados perante cortes internacionais⁴

Para incentivar os investimentos dentro do Bloco e atrair investidores estrangeiros, no início de 2017 os países fundadores do Mercosul assinaram o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI).

Em comparação aos protocolos anteriores, o PCFI representa um novo modelo de regulação jurídica internacional dos investimentos para atender aos anseios do mercado internacional por maior confiabilidade e governança institucional. Inspirado no modelo de acordo de cooperação e facilitação brasileiro (ACFI), possui três pilares institucionais: governança institucional, mecanismos para mitigação de riscos e prevenção e solução de controvérsias, e promoção e facilitação de investimentos por meio de agendas temáticas. Juntamente com os órgãos considerados estratégicos para a promoção da política macroeconômica brasileira, como o Ministério

4 COSTA, José Augusto F. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 49 (2), p. 60-77, 2006.

das Relações Exteriores, o Ministério da Fazenda e o Banco Central, a Advocacia-Geral da União integrou o grupo negociador do PCFI, contribuindo para a análise jurídica a respeito do tema.

De acordo com o PCFI, investimento é a empresa, incluindo a participação acionária, no território de um membro que o investidor possua o controle ou sobre o qual exerça grau significativo de influência, incluindo o compromisso de capital, o objetivo de estabelecer um banco de dados, a expectativa de lucros e a assunção de riscos. O PCFI prevê expressamente que os bens de propriedade intelectual são considerados bens ativos de uma empresa (artigo 1.3).

Para solucionar eventuais controvérsias envolvendo investimentos, serão adotados os procedimentos e mecanismos de resolução vigentes no Mercosul. Assim, possíveis conflitos entre os Estados envolvendo as disposições do acordo poderão ser analisados à luz da sistemática estabelecida pelo Protocolo de Olivos, que conta com a realização de arbitragens ad hoc e de atuação do Tribunal Permanente de Revisão.

Seguindo a tendência dos demais acordos de investimentos, o PCFI procura integrar os bens de propriedade intelectual no guarda-chuva jurídico do direito internacional dos investimentos, o que permitirá aos Estados e aos investidores uma nova forma de regulação e interpretação.

2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO DOS INVESTIMENTOS E DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA PRÁTICA: OS CASOS PHILIPP MORRIS V. URUGUAI E CASO ELI LILLY V. CANADÁ

2.1 PHILIP MORRIS V. URUGUAI

Trata-se da primeira decisão envolvendo direito internacional dos investimentos e direito internacional da propriedade intelectual com repercussão mundial⁵.

A disputa entre a Philip Morris e o governo do Uruguai teve por objeto a legislação antitabagista daquele país, que proibiu o uso de múltiplas variações de qualquer marca de cigarro. De acordo com a lei, as empresas de tabaco poderiam apenas escolher a variação de sua marca prevaiente no mercado. Além disso, oitenta por cento da embalagem de cigarros seria composta por advertências sanitárias prescritas na superfície da frente e

⁵ Harvard International Law (Private). Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay - Tribunal Holds that Uruguay's Anti-Tobacco Regulations Do Not Violate Philip Morris's Investment Rights. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/05/1986-1993_Online.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

de trás, deixando apenas vinte por cento para marcas, logotipos e outras informações.

Após tentativas infrutíferas de solução da questão perante os tribunais internos, em 2010 a Philip Morris instaurou um procedimento arbitral em face do governo do Uruguai no ICSID⁶. Em suma, a empresa tabagista alegou a injusta limitação do gozo de seu direito de marca e, com fundamento no Tratado de Investimento Bilateral Suíça-Uruguai, a violação do direito de expropriação e do princípio de tratamento justo e equitativo⁷.

Em 2013, o ICSID declarou a sua competência para o julgamento do caso. Em julho de 2016, entendeu serem regulares as medidas legislativas adotadas pelo Uruguai. No entendimento do tribunal arbitral, as marcas registradas e o bem-estar associado são investimentos protegidos no âmbito do acordo bilateral de investimentos, e não impossibilitam a proteção das marcas da Philip Morris, ainda que após as mudanças motivadas pelas medidas impugnadas⁸.

O tribunal arbitral centrou a sua análise em duas questões: (i) se a marca confere direito de uso ou apenas o direito de proteção contra o uso de terceiros, e (ii) se houve expropriação dos direitos de propriedade intelectual da Philip Morris.

Para responder ao primeiro ponto, foi analisado o quadro jurídico aplicável à proteção da marca registrada no Uruguai: a legislação interna, Convenção de Paris, o Acordo TRIPS e o Protocolo de Harmonização de Normas sobre Propriedade Intelectual no Mercosul em Matéria de Marcas, Indicações de Procedência e Denominações de Origem. Com base nesses diplomas, o tribunal arbitral considerou que o titular da marca não goza de um direito absoluto, mas somente do direito exclusivo de excluir terceiros do mercado caso haja violação da marca previamente registrada em seu nome⁹.

O tribunal arbitral também rejeitou o pedido de expropriação. Considerando que as marcas continuaram a ser impressas nas embalagens de cigarros, entendeu que a limitação da representação da marca restringia somente as modalidades de uso de marcas registradas, mas não tinha efeito substancial no negócio da empresa¹⁰.

6 INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES WASHINGTON, D.C. PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. and ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY. ICSID Case No. ARB/10/7. Laudo disponibilizado para as partes em 08.07.2016.

7 Parágrafo 12 da decisão (ICSID Case No. ARB/10/7).

8 Parágrafo 302 da decisão (ICSID Case No. ARB/10/7).

9 Parágrafo 271 da decisão (ICSID Case No. ARB/10/7).

10 Parágrafo 272 da decisão (ICSID Case No. ARB/10/7).

Assim, o tribunal arbitral concluiu que a legislação uruguaia não resultou em privação do valor do investimento de Philip Morris. Por fim, ressaltou que o governo do Uruguai cumpriu suas obrigações legais nacionais e internacionais para a proteção da saúde pública dentro dos limites do exercício do poder de polícia¹¹.

Questão semelhante está sob análise do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC no caso DS 467 - *Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, que envolve Austrália e Indonésia. A Indonésia solicitou pedido de consultas alegando que as restrições aplicadas aos rótulos de tabaco pela legislação australiana configurariam barreiras ao comércio e violariam a regulação dos direitos previstos nos Acordo TRIPs e no Acordo sobre Barreiras Técnicas (Acordo TBT). Os países aguardam desde maio de 2017 a publicação do relatório do Painel¹². Notícias de bastidores indicam a vitória da Austrália na disputa por motivos semelhantes indicados pelo ICSID no caso Philip Morris v. Uruguai¹³.

2.2 ELI LILLY V. CANADÁ

Em março de 2017, no caso Eli Lilly v. Canadá, o ICSID proferiu o primeiro laudo arbitral envolvendo registros de patentes e leis internacionais de investimentos, no qual inovou ao estabelecer um novo foro para litígios envolvendo patentes¹⁴.

Coube ao tribunal arbitral do ICSID decidir se as cortes canadenses respeitaram os padrões de tratamento previstos no direito internacional de investimentos ao revogar as patentes canadenses da Eli Lilly sobre os compostos Olanzapina (*Zyprexa*) e Atomexetina (*Strattera*), utilizados no tratamento de doenças psíquicas como hiperatividade e déficit de atenção. A

11 Parágrafos 407 e 409 da decisão (ICSID Case No. ARB/10/7).

12 WORLD TRADE ORGANIZATION. De acordo com a previsão da OMC, o relatório final do Painel não seria publicado antes de maio de 2017. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds467_e.htm>. Acesso em: 31 jul. 2017.

13 REUTERS HEALTH NEWS. Australia wins landmark WTO tobacco packaging case – Bloomberg. Notícia veiculada em 04.05.2017. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-wto-tobacco-australia-idUSKBN1801S9>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

THE AUSTRALIAN. Australia wins WTO tobacco packaging case. Notícia veiculada em 05.05.2017. Disponível em: <<http://www.theaustralian.com.au/news/health-science/australia-wins-wto-tobacco-plain-packaging-case/news-story/06be336a568bb7b7f6d35af4a2bc339b>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

14 INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES IN AN ARBITRATION UNDER CHAPTER ELEVEN OF THE NAFTA AND THE UNCITRAL ARBITRATION RULES, 1976 between ELI LILLY AND COMPANY (The Claimant) and GOVERNMENT OF CANADA (The Respondent). ICSID Case No. UNCT/14/2. Disponibilizado para as partes em 16.03.2017.

relevância do caso está na definição, pelo ICSID, de padrões para a solução de litígios de patentes à luz do direito internacional dos investimentos.

Entre 2010 e 2011 o Tribunal Federal do Canadá revogou as patentes de *Zyprexa* e *Strattera* por falta de utilidade com base na “teoria da promessa de utilidade” (em inglês “*promise doctrine*” ou “*promise utility doctrine*”), prevista pela lei canadense de patentes. De acordo com essa teoria, os titulares de registros de patentes, no momento da apresentação do pedido de registro deste bem intelectual, devem ser capazes de comprovar ou “prever com certeza” a utilidade da invenção como produto comercial a ser desenvolvido no futuro¹⁵. No entendimento do Tribunal Federal Canadense, as patentes da Eli Lilly não estariam de acordo com a teoria da promessa, pois as especificações da patente não apresentavam base factual de previsão de utilidade, o que justificava a revogação dos respectivos registros. A decisão foi confirmada pelas instâncias superiores¹⁶.

Em resposta, a Eli Lilly instaurou um procedimento arbitral contra o Canadá com base nas regras sobre investimentos previstas no NAFTA (capítulo 11). Para tanto, alegou que, além de inconsistente com a proteção conferida para os direitos de propriedade intelectual prevista no capítulo 17 do NAFTA, o ato de revogação das patentes constituiria tratamento injusto e discriminatório contrário ao artigo 1105 do NAFTA, além de ato expropriatório dos seus direitos de propriedade intelectual, o que confrontaria o artigo 1110 do NAFTA. Para a empresa, a teoria da promessa de utilidade representaria um desvio radical do padrão de utilidade tradicionalmente utilizado pelo Canadá e os demais membros do NAFTA.

Em resposta, o Canadá alegou que o requisito de utilidade seria um conceito jurídico indeterminado e comportaria evolução interpretativa pela jurisprudência. Argumentou, ainda, que os argumentos apresentados pela Eli Lilly como teoria da promessa eram, na realidade, a conjugação de três regras distintas previstas na lei canadense de patentes¹⁷.

Para o ICSID, os tribunais estatais não estão isentos do dever de aplicar as normas internacionais sobre investimentos, razão por que o Canadá é responsável pela conduta dos seus tribunais em descumprirem os padrões de tratamento estabelecidos no capítulo do NAFTA 11¹⁸.

Apesar de ter apreciado a questão, o tribunal arbitral ressaltou que não constitui uma terceira instância de revisão das decisões do judiciário nacional¹⁹.

15 STEVENS, Philippe; SCHULTZ, Mark. *How Canada's Promise Doctrine is Stifling Innovation*. Disponível em: <<http://geneva-network.com/article/promise-doctrine/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

16 Parágrafos 4 e 5 da decisão (ICSID Case No. UNCT/14/2).

17 Parágrafo 6 da decisão (ICSID Case No. UNCT/14/2).

18 Parágrafo 106 da decisão (ICSID Case No. UNCT/14/2).

19 Parágrafo 224 da decisão (ICSID Case No. UNCT/14/2).

O acionamento indiscriminado dos tribunais arbitrais de investimentos poderia resultar no surgimento de uma jurisprudência inconsistente sobre a questão, considerando que não há precedentes sobre o tema na jurisprudência envolvendo controvérsias investidor-estado e, tampouco, está previsto um órgão de apelação das decisões, como ocorre no sistema de solução de controvérsias da OMC, o que poderia trazer segurança jurídica.

Após analisar a demanda, o ICSID rejeitou as alegações da empresa, pois não identificou uma mudança na interpretação da lei de patentes canadense, além de mudanças evolutivas no requisito de utilidade, ocorridas entre o período de concessão e revogação dos registros das patentes Zyprexa e Strattera. Assim, a empresa farmacêutica e a condenou no pagamento dos custos da arbitragem e de representação do governo do Canadá em juízo²⁰.

Ainda que a violação dos padrões de tratamento estabelecidos pelo direito internacional de investimentos exija mais que a simples violação do direito interno e que os tribunais arbitrais internacionais não sejam cortes revisoras dos tribunais internos, a doutrina sugere circunstâncias em que o direito internacional dos investimentos possa ser uma real opção para discussão dos direitos de propriedade intelectual. Assim, seria possível a discussão de questões envolvendo a concessão de licenças compulsórias, a revisão da prática judicial sobre patenteabilidade, novidade, atividade inventiva ou utilidade, medidas legislativas sobre o tema e déficits processuais. É argumentável que o problema enfrentado pelos investidores em razão do impasse em tais temas equivalha à violação do padrão de tratamento justo e equitativo de acordo com o direito internacional dos investimentos²¹.

3 CONCLUSÃO

As últimas décadas foram marcadas pela mudança do cenário nas relações de comércio, com o fortalecimento dos acordos de investimento e a inclusão em sua estrutura de temas tipicamente comerciais, como o direito da propriedade intelectual. Inicialmente restritos ao âmbito bilateral, os acordos de investimentos ganharam espaço e alcançaram os foros multilaterais e ganharam a atenção dos blocos econômicos regionais.

Em consequência, verificou-se o aumento dos níveis de proteção desses bens, com adoção de regras mais restritivas de uso e exploração. No campo de soluções de controvérsias, surgiram novos foros internacionais com o reconhecimento pelos tribunais arbitrais da sua competência para

20 Parágrafos 442 da decisão (ICSID Case No. UNCT/14/2).

21 MÜSMANN, Thomas. *Eli Lilly v. Canada* – The First Final Award Ever on Patents and International Investment Law. Kluwer Patent blog. Disponível em: <<http://kluwerpatentblog.com/2017/04/04/eli-lilly-v-canada-the-first-final-award-ever-on-patents-and-international-invest-ment-law/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

solução de demandas versando sobre de investimentos que envolvessem direitos de propriedade intelectual.

Relativizado o critério da territorialidade, é patente a convergência desses novos foros jurisdicionais com os tribunais até então considerados competentes para o tratamento dessas questões. Prova disso é o potencial que as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais de investimentos terão de influenciar não apenas os tribunais internos, mas também os tribunais internacionais especializados em pautas comerciais, como o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Portanto, resta presente o risco de maior litigiosidade nessas questões, o que, por certo, exigirá dos julgadores e das partes envolvidas, soluções inovadoras para a solução das controvérsias envolvendo os direitos de propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Lucas; POLIDO, Fabrício. B. P. Acordos de investimento e a proteção de direitos de propriedade intelectual: relação natural, ou casamento de conveniência? Reflexões sobre experiências do MERCOSUL e do NAFTA. *Revista de la secretaria del Tribunal permanente de revisión*, v. 4, p. 281-305, 2016

COSTA, José Augusto F. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional* v. 49 (2), p. 60-77, 2006.

HARVARD INTERNATIONAL LAW (PRIVATE). Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay - *Tribunal Holds that Uruguay's Anti-Tobacco Regulations Do Not Violate Philip Morris's Investment Rights*. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/05/1986-1993_Online.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

HO, Cynthia M. *Views: TRIPS Flexibilities Under Threat From Investment Disputes: A Closer Look At Canada's "Win" Against Eli Lilly*. Disponível em: <<https://www.ip-watch.org/2017/04/27/trips-flexibilities-threat-investment-disputes-closer-look-canadas-win-eli-lilly/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES WASHINGTON, D.C. PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. and ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY. ICSID Case No. ARB/10/7.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES IN AN ARBITRATION UNDER CHAPTER ELEVEN OF THE NAFTA AND THE UNCITRAL ARBITRATION RULES, 1976 between ELI LILLY AND COMPANY and GOVERNMENT OF CANADA. ICSID Case No. UNCT/14/2.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Protocolo de Buenos Aires sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não-Membros do Mercosul - Dec. nº 11/94.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Protocolo de Colônia para Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos no Mercosul (Dec. CMC 11/93).

NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT (NAFTA).

REUTERS HEALTH NEWS. Australia wins landmark WTO tobacco packaging case – Bloomberg. Notícia veiculada em 04.05.2017. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-wto-tobacco-australia-idUSKBN1801S9>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

STEVENS, Philipe; SCHULTZ, Mark. *How Canada's Promise Doctrine is Stifling Innovation*. Disponível em: <<http://geneva-network.com/article/promise-doctrine/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

THE AUSTRALIAN. Australia wins WTO tobacco packaging case. Notícia veiculada em 05 de maio 2017. Disponível em: <<http://www.theaustralian.com.au/news/health-science/australia-wins-wto-tobacco-plain-packaging-case/news-story/06be336a568bb7b7f6d35af4a2bc339b>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

VANDEVELDE, Kenneth J. A brief history of international investment agreements. U.C. Davis. *Journal of International Law & policy*, California, v. 12, n. 1, p. 157-194, 2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <<https://www.wto.org/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.



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):

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>.

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. *Ensaios 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.



RECIFE - PE - ACERVO IPHAN - ANDERSON SCHNEIDER

A AGU COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

*THE ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU) AS A STATE AGENT
OF BRAZILIAN CULTURAL HERITAGE PRESERVATION*

Fabiana Santos Dantas

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procuradora Federal com atuação junto ao
Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN/PE). Doutora em
Direito pela UFPE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Proteção do Patrimônio Cultural como Missão do Estado; 2 Breve Panorama do Patrimônio Cultural Protegido pela Política Pública de Preservação Federal; 3 A Atuação da Agu na Efetivação da Política de Preservação Federal de Bens Culturais Acautelados; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é refletir sobre o papel da Advocacia-Geral da União como agente da política de preservação do patrimônio cultural pelo Estado Brasileiro, a partir da análise da sua atuação contenciosa e consultiva. O resultado esperado é fornecer uma visão prática da sua atuação, contextualizando-a como parte essencial do esforço interdisciplinar de gestão do patrimônio acautelado, contribuindo para evidenciar essa faceta interessante e pouco conhecida da instituição. A metodologia de pesquisa consistiu em pesquisa bibliográfica, realizada através da análise de livros e artigos científicos, e de observação direta no exercício do cargo de procurador federal junto ao IPHAN.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional e Administrativo. Patrimônio Cultural. Política de Preservação.

ABSTRACT: The aim of this paper is to reflect on the role of Advocacia-Geral da União as a state agent of Brazilian cultural heritage preservation, through the analysis of their litigating and advisory functions. The expected result is to provide practical information about its way of acting, and establish it as an essential part of an interdisciplinary effort for preservation, which highlights an interesting but poorly known side of this institution. The research methodology consisted of a bibliographical search, through the analysis of books and scientific articles, as well as the author's personal experience as a federal attorney at IPHAN.

KEYWORDS: Constitutional and Administrative Law. Cultural Heritage. Preservation Policies.

INTRODUÇÃO

A Advocacia-Geral da União (AGU) é um órgão federal criado pela Constituição Federal de 1988¹ como solução para unificar a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, antes exercidas ora pelo Ministério Público e ora pela Advocacia Consultiva (VALENTE, 2013).

A junção das atividades contenciosa e consultiva permitiu à AGU não só dar maior uniformidade à atuação de órgãos e instituições federais, mas fazê-lo em favor daqueles que se ressentiam de uma representação com padrões qualitativos mínimos, com impactos positivos na proteção do Erário Público², na legalidade e eficiência administrativas.

Embora a sua atuação não seja tão evidente para a maioria dos cidadãos, exerce um papel fundamental na defesa do Estado, quer pela preservação da legalidade das ações administrativas, quer pela garantia da sua implementação, sendo considerada função essencial à Justiça, pelo Capítulo IV da Constituição Federal. Encontramos a atuação da AGU nos mais variados temas que são objeto de interesse público e de ações governamentais, tais como o combate à corrupção, a proteção de populações tradicionais e do meio ambiente natural e cultural, direitos fundamentais à Previdência e à Saúde, refletidos na diversidade das entidades e órgãos representados.

O objetivo desse artigo é dar um panorama sobre a atuação da AGU, nos aspectos consultivo e contencioso, na efetivação da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro, através da representação do Ministério da Cultura e do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com foco no último e na atuação da Procuradoria Geral Federal (PGF), intentando responder às perguntas essenciais sobre o que, como, para que, para quem e por que preservar os bens culturais, do ponto de vista específico da sua atuação.

1 *Artigo 131 da Constituição Federal: "A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo."*

2 Segundo o I Diagnóstico da Advocacia Pública realizado pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2011, p. 48): "A pesquisa demonstrou que a atuação dos membros da Advocacia Pública Federal também teve resultados financeiros. Como exemplo, citamos as execuções fiscais ajuizadas, as ações de ressarcimento, principalmente as decorrentes de fraudes ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, bem como as arrecadações de contribuições sociais e valores inscritos na dívida ativa da União resultaram em R\$ 2.026 trilhões de reais economizados ou arrecadados". Ainda conforme o diagnóstico, as execuções fiscais correspondem a 77% do total das ações ajuizadas (p. 44), enquanto que as ações civis públicas representam 7%, juntamente com ações de ressarcimento, cautelares, possessórias, entre outras (BRASIL, 2011, p. 44).

A metodologia utilizada consistiu em pesquisa bibliográfica, realizada através da análise e fichamento crítico dos livros, artigos científicos e documentos referidos ao final, além da pesquisa documental sobre leis e outros instrumentos normativos, e da observação direta no exercício do cargo de procurador federal junto ao IPHAN.

1 A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO MISSÃO DO ESTADO

O Estado preserva bens culturais porque são capazes de veicular significados importantes para a coesão social e não *per se*, embora sejam detentores de diversos valores (históricos, artísticos, paisagísticos, por exemplo). Existe uma necessidade institucional de prover uma referência comum aos membros da sociedade, sobre a qual assenta a mútua inteligibilidade e o sentimento de pertencimento (identidade), propiciando a coesão social não só entre indivíduos da geração atual, mas abrangendo passadas e futuras gerações, e entre esses e o próprio Estado³.

Bens culturais podem tornar-se símbolos da própria organização política: quando pensamos no Egito ou na França, qual é a primeira imagem evocada? Alguns monumentos têm esse poder de representar o Estado, como símbolos oficiais ou espontâneos, e acabam por se tornar marcos identitários. Já em relação aos cidadãos, esses mesmos marcos adquirem importância – tornam-se patrimônio – capazes de criar inteligibilidade afetiva, através do compartilhamento de significados.

A dimensão humana do Estado (seu povo) e a própria organização estatal dependem de laços identitários que justifiquem o compartilhamento do “bem comum”, e também sirvam de parâmetro de adequação entre a ação e as finalidades estatais, cujos valores e significados são veiculados pelo patrimônio cultural⁴. Dizendo de outra forma, a própria razão de existir do Estado, seus objetivos, fundamentos e princípios, deve estar refletida no patrimônio cultural que lhe serve de espelho, para que possa definir a sua própria identidade institucional e auto-imagem⁵, e permitir

3 A idéia de considerar o patrimônio cultural como herança de todo o povo surgiu com a Revolução Francesa, ao reconhecer o valor de identidade nacional que eles veiculam (CHOAY, 2001, p. 119).

4 Como afirma Bauman (2005, p.27): “Não fosse o poder do Estado de definir, classificar, segregar, separar e selecionar o agregado de tradições, dialetos, leis consuetudinárias e modos de vida locais, dificilmente seria remodelado em algo como os requisitos de unidade e coesão da comunidade nacional”. A questão é que tal “coesão” por definição é uma tarefa inconclusa, um projeto que exige contínua vigilância, esforço gigantesco, boa dose de força (p. 27) e o poder de definir, por exclusão, a fronteira entre os nacionais e os “outros”, inerente à noção de soberania.

5 O Estado Brasileiro moldou a política de preservação conforme a “identidade corporativa” que desejava manifestar. Assim, no nascedouro da proteção estatal do patrimônio cultural, prevaleceu a seleção de bens imóveis, representativos da herança europeia e luso-brasileiro (conhecida como fase da “pedra e cal”), em detrimento dos legados de grupos que não detinham tais referências, de forma evidentemente discriminatória.

a inserção dos indivíduos e grupos enquanto parte do Estado para que possam nele se reconhecer, espelhar e confiar (DANTAS, 2015, pp. 48-51).

Por essa razão a preservação é uma política pública, que no Brasil adquire uma feição oficial, significando que o Estado é o agente que seleciona e compartilha o patrimônio cultural, que serve à finalidade de constituir o *topos* partilhado, aceito e transmitido pelo grupo social (SMOLKA, 2000, p. 188). Esses bens escolhidos pela Administração Pública, pelo Poder Legislativo ou Judiciário servem como indicadores empíricos do que é comum a um grupo, e que ao mesmo tempo o torna singular, diferenciando-o dos outros (POLLAK, 1989, p. 3), e criando identidade.

A vantagem de uma política de preservação oficial é que o Estado, por ser uma instituição, possui uma estrutura jurídica que permite uma longevidade indefinida, e é mais estável que grupos e comunidades que não possuem tal perfil, além de possuir uma abrangência maior. Essa permanência é fundamental para garantir uma continuidade à transmissão da memória coletiva veiculada pelo patrimônio cultural.

Quanto mais coeso o elemento humano do Estado tanto melhor para o compartilhamento do destino e dos valores, mútua inteligibilidade dos governantes e governados, e proteção do território. A questão é que “coesão” foi sinônimo de homogeneidade, encontrando-se na própria base do modelo de Estado-nação, formando o paradigma mono-nacional-monocultural (CARBONNEL, 2004, p. 251). O conteúdo dessa monoidentificação é a comunhão e o compartilhamento de antepassados, memórias coletivas e na experiência histórica comum, visando à criação de laços de solidariedade, através dos quais a identidade passa a ser um importante fator de mobilização dos indivíduos em prol do Estado e das outras instituições sociais, cuja continuidade define a identidade nacional (ALBROW, 1999, p. 26-27; COHN, 1987, p. 7).

Evidentemente que tal atuação estatal deve ser sempre balizada pelos princípios democráticos e da dignidade da pessoa humana, evitando-se os excessos do dirigismo cultural e da violência simbólica que impõe o discurso essencialista de fundação da identidade, a partir daqueles bens culturais e valores tidos como “fundamentais” para a agregação social, em detrimento do reconhecimento e da autoestima de indivíduos e grupos não contemplados.

Outro risco considerável é transformar a política de preservação em propaganda de um regime, como aconteceu no período Vargas, nascedouro da política de preservação brasileira, quando foram utilizados instrumentos ideológicos para a construção da identidade nacional, impondo-se de forma centralizada e autoritária, legitimada por mitos como da harmonia racial

e do ufanismo, a criação das festas cívicas e comemorações patrióticas, bem como a elaboração de currículos escolares adequados à pretensão da nova ordem. O Estado criou novas liturgias que buscaram seu fundamento profundo nas raízes da Cultura para popularizar a República, e legitimar-se através da adesão do povo aos ideais e aos valores, construindo a identidade nacional (COELHO *et al*, 1995, p. 102). Assim, a repetição e a veiculação sistemática de informação e valores colaboram com a construção do imaginário coletivo e da própria realidade por imagens simbólicas, forjando a verdade autoritária que contribui para o acatamento da ordem (ALMEIDA, 2001, p.164).

Em um Estado democrático de Direito é imperativo realizar a preservação e difusão do patrimônio cultural como “conjunto de objetivos (*ziele* ou valores) morais, intelectuais e estéticos, considerados por uma sociedade como meta (*zweck*) da organização, da divisão e da direção do seu trabalho – o “Bem” (“das Gut”) – que deve ser alcançado mediante o modo de vida por ela instituído” (MARCUSE, 2001, p.78). O patrimônio, e a memória que dele resulta, é processo de humanização caracterizado pelo esforço coletivo de realizar o bem comum, implicando na conservação e qualidade de vida humana, bem como na consolidação da organização produtiva da sociedade, no desenvolvimento das capacidades intelectuais dos indivíduos e na diminuição das desigualdades, violência, agressão e miséria.

A nobre missão do Estado é garantir a preservação, o acesso, a participação e a utilização do acervo cultural como um dos alicerces de uma democracia real, pois a participação efetiva dos cidadãos no processo político decisório para atingir o bem comum depende de seu conhecimento quanto às necessidades sociais, além do que possibilita a clareza necessária quanto aos objetivos sociais históricos a serem alcançados, que constituem o cerne das decisões políticas.

É dever da sociedade e do Estado, que se pretendem democráticos, transmitir eficientemente os valores e aspirações comuns, para através do seu enraizamento viabilizar a participação ativa do indivíduo na existência da coletividade (WEIL, 2001, p. 43). O principal desafio de uma política oficial de seleção e preservação é equilibrar a necessidade de criar e manter uma identidade para o Estado capaz de congrega indivíduos e moldar instituições em conformidade aos valores, princípios e objetivos inscritos na Constituição Federal.

Entretanto, é importante destacar que o reconhecimento de bens culturais pelo Estado, para integrar o conjunto denominado “patrimônio cultural acautelado” não é excludente e nem impede que a sociedade se aproprie de outros bens culturais que não foram valorados pelo Poder

Público, e é nesse sentido que se deve considerar o conceito amplo trazido pelo artigo 216 da Constituição Federal, como mais uma das garantias à liberdade e à dignidade do cidadão.

2 BREVE PANORAMA DO PATRIMÔNIO CULTURAL PROTEGIDO PELA POLÍTICA PÚBLICA DE PRESERVAÇÃO FEDERAL

Com base no que foi visto no item anterior, é preciso fazer uma afirmação preliminar: a diferença entre patrimônio cultural (em geral) e patrimônio cultural protegido pelo Estado (acautelado), sendo esse uma construção, baseada na seleção de bens que serão geridos pelas esferas estatais.

Essa “seletividade”, que é alçada à categoria de princípio interpretativo, parte da premissa de que nem tudo que é produzido ou apreciado pelo Homem pode ou deve ser preservado. O *princípio da seletividade* impõe a discriminação entre os bens que são preservados e transmitidos através de critérios estabelecidos na legislação, do ponto de vista da representatividade e não da exaustividade.

No Direito Brasileiro a relevância da preservação do patrimônio cultural é evidenciada pela previsão na Constituição Federal, que serve de parâmetro para a seleção dos bens a serem protegidos pela tutela estatal, impondo que os bens escolhidos promovam o pluralismo, a dignidade da pessoa humana, não veiculem ideologias discriminatórias, e sejam capazes de transmitir os ideais de uma sociedade que se pretende “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. A Constituição estabelece como parâmetro de seleção a *representatividade* do bem ou conjunto de bens para a memória (referente ao passado e à ação passada), a identidade e a ação (presente) dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira. Portanto, o patrimônio cultural selecionado e transmitido deve atender a tais requisitos, e só então será legítima a ação estatal do esforço de preservação, especialmente quando consideramos o dispêndio de recursos públicos (DANTAS, 2010).

Há três maneiras básicas de considerar um bem selecionado para fins de preservação estatal em nível federal: a lei diretamente confere o *status* de bem preservável (por exemplo, bens arqueológicos pré-históricos emersos ou submersos, ou paleontológicos), ou esses bens são escolhidos através da discricionariedade administrativa do IPHAN, que possui caráter técnico, com a utilização de instrumentos administrativos como o tombamento⁶, o registro,

6 O artigo 216, §5º, da Constituição Federal promove o tombamento legislativo dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Nesse caso, cabe ao IPHAN tão somente identificar tais valores, sem a sistemática do Decreto-Lei n. 25/37.

a chancela, entre outros; ou, em terceiro lugar, são bens selecionados através da atuação do Poder Judiciário⁷.

Fazendo uma síntese apertada, podem ser considerados bens preserváveis em nível federal: bens tombados (e em processo de tombamento), bens registrados (e em processo de registro), os bens valorados do patrimônio ferroviário (definidos pela Lei 11.483/2007), bens arqueológicos, bens paleontológicos, paisagens chanceladas, e bens protegidos por legislação específica (por exemplo, os bens produzidos no Brasil até o fim do período monárquico, que não podem ser exportados por força da Lei n. 4845/65)⁸.

A variedade de instrumentos decorre da heterogeneidade dos bens protegidos. O tombamento e a sua sistemática de proteção só são aplicáveis ao patrimônio material imóvel ou móvel, enquanto que o registro é aplicável aos bens imateriais, com consequências jurídicas diversas, inclusive quanto à possibilidade ou não do exercício do poder de polícia.

Também há instrumentos administrativos que não foram ainda regulamentados, como o inventário, que embora seja considerado um instrumento de conhecimento, utilizado para permitir a posterior análise do valor de um bem cultural, no artigo 216 da Constituição Federal é referido como um dos instrumentos de preservação ou promoção, faltando uma legislação infraconstitucional que discipline os seus efeitos⁹, o que inviabiliza a sua aplicação na dimensão protetiva, ressaltando-se o seu valor subsidiário e pedagógico.

A política de preservação pode incidir sobre bens públicos ou privados. Por exemplo, os bens arqueológicos são bens públicos materiais da União Federal, inalienáveis e imprescritíveis, e a legislação prevê um sistema de co-gestão entre as entidades da Federação, os arqueólogos, empreendedores e instituições de guarda, visando ao seu conhecimento, promoção e preservação. Por outro lado, há bens privados (imóveis, artefatos) que podem se revestir de interesse público em razão de sua importância para a memória nacional, passando a inserir em um regime diferenciado de exercício do direito de propriedade.

7 Por exemplo, o tombamento judicial, promovido pelo Poder Judiciário no exercício do controle da atividade discricionária da Administração Pública, através de ações específicas como a ação civil pública e a ação popular, ou através de procedimentos ordinários, pois para Richter (1999, p. 117), se o Poder Judiciário pode anular um tombamento, poderia também efetivá-lo. Tal possibilidade – de reconhecimento judicial de valores culturais e aplicação de instrumentos administrativos de preservação – evidentemente deve considerar o limite estabelecido pelo princípio da Separação dos poderes e do respeito à discricionariedade administrativa.

8 O artigo 216 da Constituição Federal ainda prevê como instrumento de preservação “outras formas de acautelamento”, que podem ser atos administrativos, termos de ajustamento, convênios, ou seja, atos administrativos ou ajustes que visem à preservação, promoção e difusão do patrimônio cultural brasileiro.

9 Embora sem uma regulamentação específica, para Miranda (2006, p.103) o inventário inclui o bem no regime jurídico específico dos bens protegidos, acarretando a possibilidade de incidência dos artigos 62 e 63 da Lei nº 9605/98.

A Constituição Federal prevê a competência comum das três Pessoas de Direito Público Interno para a preservação, justificada pela gradação de interesses públicos a serem protegidos, pois existem bens com valor histórico local, mas não nacional ou estadual (TELLES, 1997, p. 358). Em decorrência dessa competência administrativa, cada um dos entes federativos pode adotar instrumentos de preservação diferentes, não se lhes aplicando o disposto na Lei Complementar n. 140/2011.

3 A ATUAÇÃO DA AGU NA EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA DE PRESERVAÇÃO FEDERAL DE BENS CULTURAIS ACAUTELADOS

A necessidade de unificar e uniformizar a atuação consultiva e contenciosa da União e de suas entidades foi a razão da criação da AGU, o que permite perceber que esses são os dois âmbitos fundamentais de sua atuação finalística, exercida em uma grande diversidade de temas, direitos e questões que refletem a complexidade do próprio Estado Brasileiro.

Pensar na sua atuação como instrumento de efetivação da política de preservação do patrimônio cultural significa tomar esses dois aspectos complementares como ponto de partida, não considerando ambas as formas de atuação como uma verdadeira dicotomia, visto que são complementares.

No âmbito consultivo, a AGU/PGF encarrega-se do assessoramento e orientação dos dirigentes do IPHAN, tendo como finalidade realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, seja na aplicação dos instrumentos legais referidos, na análise das licitações e contratos, e também atuando para viabilizar soluções administrativas dos casos que envolvem riscos ou danos aos bens culturais acautelados. Trata-se de uma atuação *preventiva*, que pretende dotar as políticas públicas de preservação da legalidade intrínseca e extrínseca, mas também proativa e de resolução de litígios, podendo ser destacados os seguintes aspectos:

- a) Quanto ao objeto das ações estatais de proteção (o que), verifica se os bens culturais selecionados preenchem os requisitos legais de preservação, respeitada a discricionariedade administrativa da entidade responsável pela sua seleção que, no caso da política federal, é o IPHAN. Um exemplo é a atuação da Procuradoria Federal em pareceres nos processos administrativos de tombamento.
- b) Quanto à forma e o manejo dos instrumentos administrativos referidos no item 3, zela pela sua correta aplicação, bem

como pela garantia dos direitos do Estado e dos cidadãos. O controle de legalidade é fundamental para a validade dos atos de preservação estatal, especialmente quanto aos limites e à efetividade do exercício do poder de polícia.

- c) Quanto à motivação, contribui na verificação em concreto do interesse público, e se está sendo realizado pela política de preservação, que não pode ser utilizada com desvio de finalidade.
- d) Contribui para a defesa institucional dos recursos públicos, e da correta utilização da máquina administrativa.
- e) Participa da análise de termos de compromisso, de ajustamento de conduta e de cooperação, que contribuem para dar efetividade aos comandos administrativos.
- f) Contribui para o aperfeiçoamento das normas de preservação, através da elaboração de projetos de lei para serem encaminhados pelo Executivo, bem como medidas provisórias e decretos.
- e) Contribui para a produção do conhecimento jurídico relativo às normas de preservação, visando seu aperfeiçoamento e corretas interpretação e aplicação, através de uma reflexão contínua e atualizada, construída com base na experiência, manifestada através de pareceres e notas jurídicas, mas também através de iniciativas como a presente publicação.
- f) Contribui na capacitação dos servidores em relação aos temas jurídicos da Administração Pública em geral, e das ações oficiais de preservação em particular, através da consultoria nas autarquias, de cursos e seminários oferecidos, e na participação em eventos da área.
- g) Analisa situações que podem ensejar responsabilização administrativa, civil e criminal, sugerindo e adotando as providências cabíveis.
- h) Subsidiar a atuação contenciosa, fornecendo informações e adotando providências administrativas necessárias.

Assim, a atuação consultiva pode ser encontrada no cotidiano das políticas de preservação, e contribui para uma interpretação e aplicação mais acurada da legislação protetiva, cuja complexidade decorre do seu

caráter transversal, englobando matérias jurídicas diversas como Direito Administrativo, Civil e Penal, mas também conceitos de áreas como a Antropologia, a Arquitetura, a Sociologia, a depender do caso analisando ou do bem cultural considerado.

Uma política de preservação é necessariamente interdisciplinar, transversal e interinstitucional, e a AGU é o ponto de contato entre diversas instituições e órgãos federais que, direta ou indiretamente, lidam com o patrimônio protegido. Por sua posição estratégica pode contribuir como uma visão mais ampla, ao convergir na discussão jurídica os pontos de vista, necessidades, enfoques e competências dos diversos órgãos e entidades representadas que possuem interface, por exemplo, com o DNIT quanto ao patrimônio ferroviário; com o IBAMA e ICMBio em relação às comunidades tradicionais; com a Fundação Palmares (quilombolas), e com a Marinha em relação ao patrimônio arqueológico submerso.

Em caso de divergência, é possível também buscar a conciliação através da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), visando à solução administrativa de controvérsias jurídicas.

Entretanto, a preservação de bens culturais pode ser extremamente conflituosa porque alguns instrumentos de preservação assentam-se, fundamentalmente, em restrições ao direito de propriedade. No âmbito contencioso, a AGU/PGF encarrega-se da representação judicial do IPHAN, quer propondo ações civis públicas ou nelas realizando a defesa quando a autarquia se encontra na condição de Ré, ou mesmo interessada.

A atuação contenciosa é indispensável à defesa do patrimônio cultural protegido, do interesse público da preservação e do Erário, evitando condenações desnecessárias e dispêndio indevido de recursos. Nessa seara finalística, podemos classificar a atuação contenciosa do IPHAN em duas grandes áreas: ações civis públicas e ações cautelares de um lado, e cobrança de créditos oriundos de multas decorrentes do Poder de Polícia e outros inscritos em dívida ativa.

4 CONCLUSÃO

O conceito legal de patrimônio cultural encontra-se delineado principalmente pelo artigo 216 da Constituição Federal, combinado aos artigos 225 e 215, como conjunto de bens culturais preserváveis através da tutela jurídica estatal.

Os bens culturais considerados “patrimônio” para fins de preservação estatal podem ser definidos diretamente por Lei, através de uma decisão judicial, ou mais frequentemente, por uma seleção realizada pelos órgãos e entidades públicas cuja competência é estabelecida em Lei.

Ou seja, existem bens culturais que serão excluídos dessa tutela jurídica, simplesmente porque é impossível proteger tudo, e são necessários critérios de discriminação entre o que será protegido e o que não será, e como.

A AGU é um importante agente na efetivação da política de preservação do patrimônio cultural para garantir a compatibilidade dos bens culturais e da atuação administrativa de sua proteção com as determinações legais, sendo ela mesma um instrumento nessa complexa engrenagem chamada de política de preservação federal.

Nesse mister atua preventivamente (no consultivo) e no contencioso, além de permitir a interface com outros órgãos e entidades que representa, como forma a maximizar a sua atuação na defesa do patrimônio cultural.

REFERÊNCIAS

ALBROW, Martin. Nacionalidade e identidade na era global. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.). *Globalização e identidade nacional*. São Paulo: Atlas, p. 19-37, 1999.

ALMEIDA, Maria das Graças Andrade Ataíde de. *A construção da verdade autoritária*. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

CARBONNEL SANCHEZ, Miguel. Problemas constitucionales del Multiculturalismo. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). *Derecho Constitucional y Cultura – estudios em homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 249-272.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo. Unesp. Estação Liberdade, 2001.

COELHO, Hercília; GAETA, Maria Aparecida Junqueira da Veiga; GUIMARÃES, Dulce Maria Pamplona. Estado Novo, Festa e Memória. *Revista História*, v. 14, p. 97-109, 1995.

COHN, Gabriel. A concepção oficial de Cultura e processo cultural. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 22, p. 7-10, 1987.

DANTAS, Fabiana Santos. *O patrimônio cultural protegido pelo Estado Brasileiro. Patrimônio cultural, Direito e meio ambiente: um debate sobre a globalização*,

cidadania e sustentabilidade [recurso eletrônico] / Juliano Bitencourt Campos, Daniel Ribeiro Preve, Ismael Francisco de Souza, organizadores. Curitiba: Multideia. p.31-54. 2015,

_____. *Direito fundamental à memória*. Curitiba: Juruá, 2010.

MARCUSE, Herbert. *Cultura e psicanálise*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

POLLAK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989.

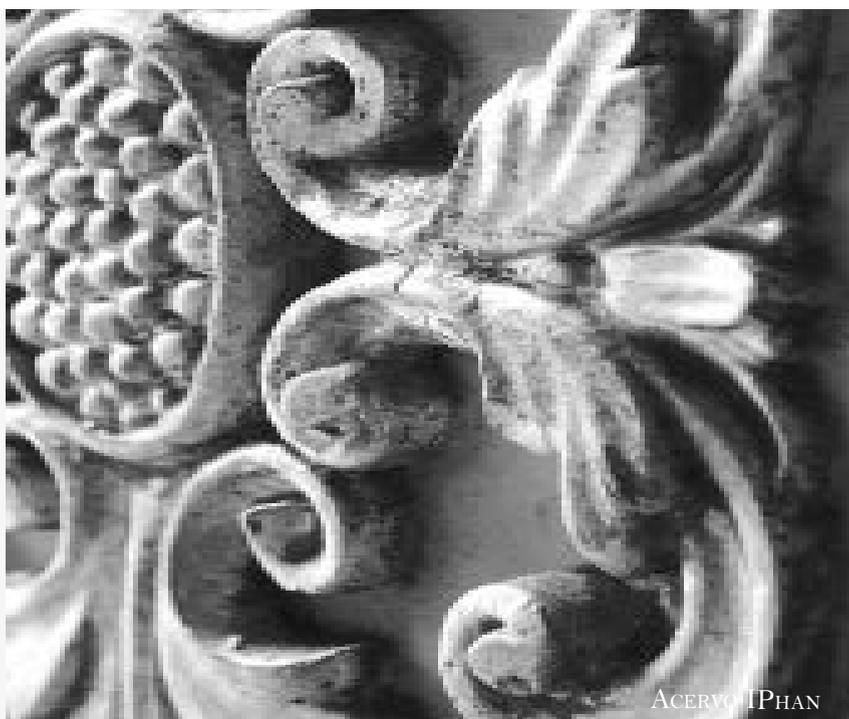
RICHTER, Rui Arno. *Meio Ambiente Cultural* – omissão do Estado e tutela estatal. Curitiba: Juruá, 1999.

SMOLKA, Ana Luíza Bustamante. A memória em questão: uma perspectiva histórico-cultural. *Educação e Sociedade*, n. 71, v. 21, p. 166-193, jul. 2000.

TELLES, Antônio A. Queiroz. *Breves notas sobre o tombamento*. *Direito administrativo na década de 90* - Estudos jurídicos em homenagem ao prof. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Histórico e evolução da Advocacia-Geral da União*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/200644>. Acesso em: 20 jun. 2017.

WEIL, Simone. *O enraizamento*. Bauru: EDUSC, 2001.



LICITAÇÕES DESTINADAS À RESTAURAÇÃO
DE OBRAS DE ARTE E BENS DE VALOR
HISTÓRICO. HIPÓTESE DE DISPENSA
(ART. 24, XV, DA LEI 8.666/93) OU
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO (ART. 25, II
C/C ART. 13, VII, DA LEI 8.666/93)?

*BIDDING FOR THE RESTORATION OF WORKS OF ART
AND HISTORICAL VALUE GOODS. DISPOSAL ASSUMPTION
(ARTICLE 24, XV, OF LAW 8.666/93) OR INEXIGIBILITY OF
BIDDING (ARTICLE 25, II C / C ARTICLE 13, VII, OF LAW
8.666/93)?*

Fabio Corrêa de Oliveira

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal, com atuação na
Consultoria Administrativa e de Benefícios
PSF/Campos dos Goytacazes-RJ)*

Pós-Graduado em Direito Privado pela Universidade Gama Filho

SUMÁRIO: Introdução; 1 Licitação: Fundamento constitucional, legal, conceito e aspectos gerais; 2.Princípios Setoriais da Licitação; 3 O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), seu Marco Legal e Atuação na Defesa do Patrimônio Nacional; 4 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação na Restauração de Obras de Arte e Bens de Valor Histórico; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo da proteção do patrimônio cultural brasileiro, sob a perspectiva da distinção entre a norma prevista no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, que versa sobre dispensa de licitação para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes à finalidade do órgão ou entidade, e a norma inserta no art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei nº 8.666/1993, que traz hipótese de inexigibilidade de licitação destinada à restauração de obras de arte e bens de valor histórico. Para o estudo adequado do presente assunto são etapas necessárias: a análise do fundamento constitucional, legal e conceitual das licitações públicas; dos princípios jurídicos aplicáveis ao tema; do surgimento e evolução do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), destacando o desenho constitucional de seu papel na proteção do patrimônio cultural brasileiro, com destaque para as distinções existentes entre a dispensa de licitação e a inexigibilidade, notadamente na restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção do Patrimônio Cultural. Restauração de Obras de Arte e Bens de Valor Histórico. Contratação Direta por Dispensa de Licitação ou Inexigibilidade de Licitação. Atuação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

ABSTRACT: The present article aims to study the protection of Brazilian cultural heritage, from the perspective of the distinction between the norm set forth in art. 24, XV, of Law nº 8.666 / 1993, which deals with the waiver of bidding, for the acquisition or restoration of works of art and historical objects of certified authenticity, provided they are compatible or inherent to the purpose of the organ or entity, And the norm inserted in art. 25, II c / c art.13, VII, both of Law nº 8.666/1993, which gives rise to unjustifiable bidding for the restoration of works of art and goods of historical value. For the proper study of the present subject are necessary steps: the analysis of the constitutional, legal and conceptual basis of public tenders; The legal principles applicable to the topic; of the emergence and evolution of the National Historical and Artistic Heritage Institute (IPHAN), highlighting the constitutional design of its role in the protection of Brazilian cultural heritage, highlighting the distinctions between the exemption from bidding and the non-enforceability, notably in the restoration of works of art and goods of historical value.

KEYWORDS: Protection of Cultural Heritage. Restoration of Works of Art and Goods of Historical Value. Direct Contracting for Lack of Bid or Unequal Bidding. Performance of the National Historical and Artistic Heritage Institute.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar o tema licitação pública, com enfoque na atuação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), quando este se depara com a necessidade de contratação destinada à restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Assim, será feita a análise da norma inserta no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, que enumera a possibilidade de contratação direta com dispensa de licitação, tendo por escopo a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes à finalidade do órgão ou entidade, em cotejo com o disposto no art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei nº 8.666/1993, que traz a possibilidade de contratação direta, para restauração de obras de arte e bens de valor histórico, enquadrando o caso à inexigibilidade de licitação.

Para tanto, serão abordadas a competência constitucional para legislar sobre licitações públicas, a necessidade de realização do certame, como regra, sem descuidar dos princípios que norteiam a disputa pública.

Para melhor compreensão do tema que ora se apresenta, será realizado um breve levantamento da legislação que regula a atuação do IPHAN, desde o seu nascedouro, como Serviço do Patrimônio Histórico Nacional, em 1937, até o desenho constitucional de 1988 e a normatização atual, que reforça seu imprescindível papel na proteção do patrimônio cultural brasileiro dos bens de natureza material e imaterial.

Com o fito de melhor pontuar os institutos que excepcionam a contratação por meio de licitação pública, autorizando a contratação direta, será feita a distinção entre os casos legais de dispensa de licitação e os fatos legais que se subsomem à inexigibilidade de licitação.

Neste diapasão, temos como finalidade no presente estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto, analisar a distinção existente entre as duas hipóteses de contratação direta, tendo por objeto a proteção do patrimônio cultural e a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, seja pela via da dispensa, seja por meio da inexigibilidade ou, ainda, por meio de licitação pública, em prestígio ao princípio da igualdade entre os licitantes.

1 LICITAÇÃO: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, LEGAL, CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

Antes da celebração de contratos pela Administração, mister se faz que se realize a licitação, a qual deve anteceder a maioria desses ajustes. Logo, ao se constatar a necessidade de se contratar, deve ser realizada a licitação, em atenção ao princípio da igualdade de todos para

celebrar contrato com a Administração, bem como atendendo o princípio da moralidade administrativa.

Moreira Neto (2002, p. 174) conceitua licitação como “*um processo administrativo vinculado destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a Administração*” (MOREIRA NETO, 2002)

Seu fundamento primário encontra-se na Constituição Federal (1988), art. 37, XXI:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 2016)

A Constituição Federal preconiza no art. 22, XXVII, a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais das diversas esferas de governo, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Neste mesmo sentido, a Constituição da República, no art. 175, exige a realização de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos. A Constituição prevê, também, que a lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, com procedimento de licitação próprio, observados os princípios da administração pública. É a dicção do art. 173, § 1º, III.

No que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista, que não serão objeto deste estudo, foi editada a recente Lei nº 13.303/2016.

Por sua vez, dando concretude à norma inserta no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, a União Federal editou a Lei nº 8.666/1993, sendo possível que os demais entes da Federação legislem de forma supletiva sobre o assunto em apreço, havendo outras normas que regulam licitações públicas, como é o caso da Lei nº 10.520/2002, que dispõe sobre o Pregão e, da Lei nº 12.462/2011, que dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

A competência da União para estabelecer normas gerais de licitações e contratos possibilita que os demais entes da federação, como dito, legislem sobre normas específicas, havendo dificuldade em se diferenciar o que é

norma geral e o que é norma específica. Na prática, os entes da federação ou editam leis sem dispositivos que contrariem a Lei nº 8.666/1993, ou pautam, na íntegra, o procedimento licitatório por esta.

A Lei nº 8.666/1993 aplicar-se-á, também, às obras, compras, serviços e alienações realizadas pelos órgãos dos Poderes Judiciário e Legislativo, aqui incluídos os Tribunais de Contas, consoante o disposto no art. 117 da Lei nº 8.666/1993.

Neste norte, de todos os conceitos e normas expostas, em especial, na norma inserta no art. 37, XXI, da Carta Republicana, verifica-se que a regra é que as contratações feitas pela Administração Pública ocorram por meio de procedimento licitatório e, excepcionalmente, será admitida a contratação direta, sendo que o dispositivo constitucional em comento reserva à Lei a fixação das hipóteses de contratação direta.

Nesta toada, a Lei nº 8.666/1993 elenca as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, que serão objeto de abordagem neste trabalho, mais precisamente as contratações levadas a cabo pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), tendo por escopo a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, que podem se enquadrar na dispensa de licitação, contemplada no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, assim como a inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei mencionada.

2 PRINCÍPIOS SETORIAIS DA LICITAÇÃO

Como a grande parte dos institutos que possuem matriz constitucional, há princípios vazados na Constituição Federal de 1988 que repercutem diretamente sobre o tema, como é o caso dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*), sem prejuízo da existência de princípios específicos ou setoriais.

Em outras palavras, o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, com a redação dada pela Lei nº 12.349/2010, consigna que a licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia ou princípio da igualdade entre os licitantes; a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e auxiliar na promoção do desenvolvimento nacional sustentável, dispositivo que possibilita a realização de licitação sustentável, numa perspectiva de proteção ao meio ambiente.

Nesta esteira, determina o atendimento aos seguintes princípios básicos:

a. Legalidade – Significa que o procedimento a ser adotado, os casos de obrigatoriedade e dispensa, direitos dos licitantes, as modalidades de licitação e os princípios de contratação devem ser estabelecidos por

lei. Portanto, consubstancia atendimento às normas contidas na Lei nº 8.666/1993 e normas regulamentares do tema;

b. Impessoalidade – O processo licitatório não pode estar sujeito à influência de fatores de natureza subjetiva ou pessoal, sob pena de afrontar a igualdade e a competitividade;

c. Moralidade e Probidade Administrativa – No que tange à moralidade, deve-se dizer que, além da legalidade estrita, a licitação deverá atender à licitude e aos padrões éticos. Já a probidade administrativa, aqui entendida como um desdobramento específico da moralidade, que tem na Lei nº 8.429/1992 o arrolamento de condutas tipificadoras de improbidade, ou seja, desonestidade administrativa, entre as quais aquelas que frustram a licitude do processo licitatório ou o dispensam indevidamente;

d. Igualdade e competitividade – Moreira Neto (2002, p. 175), leciona que o princípio em tela “*Determina o tratamento paritário dos administrados (art. 37, XXI, CF), de modo que os licitantes só possam ser desiguados por critérios objetivos, previstos na lei ou no edital, que converjam para a busca da proposta mais vantajosa*” (MOREIRA NETO, 2002).

Não se trata de um princípio absoluto, pois o que é vedada é a existência de privilégios ou favorecimentos desarrazoados de uns em detrimento de outros, o que nos permite inferir que este princípio deve ser observado conjuntamente com o princípio da razoabilidade, eis que o critério diferenciador há que ser razoável.

Os princípios da igualdade e da competitividade estão presentes nos incisos I e II do § 1º do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, que proíbem a inclusão nos editais e cartas-convite de condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo ou estabeleçam distinções em razão de naturalidade, sede ou domicílio, proibindo, também, tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras, salvo os critérios de desempate.

Nesta senda, foi dada nova redação ao § 2º do art. 3º pela Lei nº 12.349/2010 e inserido o inciso V pela Lei nº 13.146/2015, que trata do critério de desempate, em igualdade de condições, senão vejamos:

Art. 3º [...]

§1º [...]

§2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I – (revogado); II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País V- produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou

para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação (BRASIL, 2016).¹

Deve-se registrar que a Lei Complementar nº 123/2006 deu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte (artigos 44 a 49), quando licitantes, criando a figura do empate ficto, colocando-as em situação de igualdade com as médias e grandes empresas, o que foi corroborado com a inclusão, pela Lei Complementar nº 147/2014, dos parágrafos 14 e 15 ao art. 3º, da Lei nº 8.666/1993;

e. Publicidade – Tal princípio está atrelado à ideia de transparência, significando a ausência de sigilo na licitação, sendo públicos e acessíveis a todos os interessados os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura, em observância ao princípio do sigilo das propostas, sendo possível que a publicidade seja restringida por razões de segurança pública;

f. Vinculação ao instrumento convocatório – Os instrumentos convocatórios do certame são a carta-convite, na modalidade de licitação denominada convite e o edital, nas demais modalidades licitatórias, que estabelecem as regras a serem seguidas no processo licitatório, critérios de julgamento e muitas normas que permearão o futuro contrato, incluindo exigências relativas à qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações, na forma do art. 27, da Lei nº 8.666/1993;

g. Julgamento objetivo – O julgamento é feito pela Comissão de Licitação, que indica a proposta vencedora, sendo que este ato administrativo decisório deve estar circunscrito a critérios quantitativos e qualitativos da proposta, e não do proponente, importando, por conseguinte, na objetividade do julgamento, que deve se valer de critérios objetivos de apreciação, também chamados tipos de licitação.

h. Adjudicação Compulsória – A adjudicação é o ato pelo qual a autoridade competente atribui ao vencedor da licitação o seu objeto, não sendo correto confundir a adjudicação do objeto da licitação com a celebração do contrato a ele referente, na medida em que a adjudicação é ato unilateral pelo qual a Administração declara que, se for celebrar o contrato referente ao objeto da licitação, obrigatoriamente o fará com o licitante que se sagrou vencedor; ao passo que a celebração do contrato é ato bilateral, pelo qual a Administração e o particular ajustam a execução do objeto do certame;

i. Obrigatoriedade – À luz do mencionado artigo 37, XXI, da Constituição Federal, pode-se observar que a regra é a obrigatoriedade de

1 BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Vade Mecum. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

licitação como forma de concretização do princípio da igualdade, permitindo a Constituição a possibilidade de a legislação fazer ressalvas, admitindo a contratação direta, mencionadas no rol de dispensa e inexigibilidade, com previsão nos artigos 24 e 25, da Lei nº 8.666/1993.

Acerca dos princípios da licitação, Bandeira de Mello (2010, p. 536) consigna:

Ao nosso ver, os princípios cardiais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) competitividade; b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições prefixadas no edital; e e) possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores.

Por fim, registre-se que outros princípios correlatos podem e devem guiar o processo de licitação, tais como competitividade ou universalidade; formalismo procedimental ou formalismo moderado; contraditório; ampla defesa; realidade; economicidade etc.

3 O INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN), SEU MARCO LEGAL E ATUAÇÃO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO NACIONAL

Em 13/01/1937, por meio da Lei nº 378, em seu art. 46, foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o País e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional.

Relevante marco das atribuições do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional foi a edição do Decreto-Lei nº 25, de 30/11/1937, ainda em vigor, norma que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, trazendo valiosos instrumentos de proteção, com destaque para o tombamento.

Dentre as normas surgidas no século passado, trazendo o viés protecionista do patrimônio arqueológico, temos a Lei nº 3.924, de 26/07/1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, os quais se incluem no patrimônio material, se enquadrando entre os bens da União, conforme prevê o art. 20, X, da Constituição Federal.

No aspecto organizacional temos a Lei nº 8.113, de 12/12/1990, que atribui a natureza jurídica de Autarquia ao Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC), a que se refere o inciso II, do art. 2º, da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, o qual foi transformado em Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional (IPHAN), quando da edição

da Medida Provisória nº 752, de 06/12/1994, nomenclatura que já havia recebido em 1970, conforme dados da linha do tempo do portal do IPHAN.²

Neste tom, o desenho constitucional (1988), com suas alterações posteriores, estabeleceu no art. 216 o seguinte:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação [...] (BRASIL, 1988).

Não se pode perder de vista a recente inserção do art. 216-A no texto constitucional, fruto da Emenda Constitucional nº 71/2012, que organiza o Sistema Nacional de Cultura.

Registre-se, ainda, que constitui competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23, III, da Constituição Federal); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (art. 23, IV, da Constituição Federal). Trata-se de competência administrativa comum, que viabiliza aos entes da federação o exercício do poder de polícia.

Por sua vez, no exercício da competência legislativa concorrente, estabelece o art. 24 da Constituição Federal, em seus incisos VII e VIII, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, bem como responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Trilhando este raciocínio e dando concretude aos dispositivos constitucionais e legais ora elencados, foi editado o Decreto nº 6.844,

2 BRASIL. Portal do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1211>>.

de 07/05/2009, que aprova a Estrutura Regimental do IPHAN, sendo relevante consignar o teor do art. 2º do Decreto em apreço, que versa sobre as competências do IPHAN:

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 3.833, 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 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* (grifo nosso); 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 (BRASIL, 2009).

Analisando o contido no art. 2º, inciso III, do Decreto citado, em conjugação com os dispositivos constitucionais e legais que regulam a matéria, verifica-se que se inclui dentre as competências do IPHAN promover a conservação, restauração e revitalização do patrimônio cultural protegido pela União, não obstante seu papel central seja implementar e avaliar políticas públicas traçadas pelo Ministério da Cultura, além de fomentar a proteção do patrimônio cultural brasileiro, exercendo o poder de polícia administrativa sobre referido patrimônio.

Assim, o IPHAN irá se deparar com situações em que terá que contratar a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, ora

necessitando realizar o certame; ora se valendo da dispensa de licitação, contemplada no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993 e, ainda, podendo se valer da inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei mencionada.

4 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA RESTAURAÇÃO DE OBRAS DE ARTE E BENS DE VALOR HISTÓRICO

Conforme já citado, existem hipóteses em que é possível ocorrer a contratação direta, ou seja, são os casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Na dispensa é possível a realização do certame, mas a lei faculta sua não realização; enquanto na inexigibilidade de licitação a competição é inviável.

Neste instante, oportuno se faz citar os ensinamentos de Carvalho Filho (2011, p. 230):

A *dispensa* de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na *inexigibilidade*, como se verá adiante, porque aqui sequer é viável a realização do certame (grifo do autor).

A dispensa da licitação poderá ocorrer nas hipóteses previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, em seus trinta e quatro incisos, que enumeram rol taxativo, que não admite outros casos, além dos exaustivamente elencados.

A respeito da dispensa, registre-se que a previsão em razão do valor é o caso mais corriqueiro que a Administração Pública enfrenta, ou seja, é dispensada a licitação quando o *quantum* estiver limitado a 10 % (dez por cento) sobre as importâncias da modalidade convite, que corresponde ao máximo de R\$8.000,00 (oito mil reais) ou R\$15.000,00 (quinze mil reais), conforme o objeto licitado, na forma do art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993.

Cabe, ainda, registrar que se as obras, serviços e compras forem contratados por consórcios públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista, e por autarquias e fundações públicas, qualificadas na forma da Lei, como Agências Executivas, o percentual de dispensa será o dobro do percentual citado.

Constitui caso de dispensa de licitação a denominada licitação deserta (art. 24, V), que ocorre quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.

Enquadram-se, também, no rol taxativo das dispensas licitatórias as situações excepcionais, tais como: guerra ou grave perturbação da ordem; calamidade pública; emergência e risco de grave comprometimento da segurança nacional; dentre outras hipóteses.

Como o objetivo aqui não é esgotar as hipóteses de dispensa de licitação, mas explicitar um panorama dos casos legais de contratação direta, deve ser registrado que o art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993 traz hipótese de dispensa de licitação de grande serventia à missão constitucional e legal do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), que assevera ser possível a dispensa do certame para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes à finalidade do órgão ou entidade.

Por sua vez, o art. 25, II, da Lei de Regência assim dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – [...];

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III – [...]. (BRASIL, 1993).

Inicialmente, deve-se consignar que o dispositivo em apreço se valeu do termo “em especial”, o que nos leva a crer que as hipóteses mencionadas são exemplificativas, podendo ser inexigível a licitação sempre que for inviável a competição.

Nesta diretriz, os serviços técnicos estão elencados no art. 13 da Lei, e incluem estudos técnicos, pareceres, perícias, auditorias financeiras ou tributárias, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, estando previsto no inciso VII o caso de restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Neste diapasão, o art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993 enumera a possibilidade de contratação direta com dispensa de licitação tendo por objeto a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes à finalidade do órgão ou entidade; ao passo que o art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei nº 8.666/1993, traz a possibilidade de contratação direta, enquadrando o caso à inexigibilidade de licitação.

Logo, há que se aferir, diante do caso concreto, quando o IPHAN se deparar com a possibilidade de contratação direta destinada à restauração

de obras de arte e objetos históricos, se é hipótese de dispensa de licitação ou detectar se o caso se amolda à inexigibilidade de licitação.

Como é cediço, o art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, versa sobre dispensa de licitação, ou seja, o certame seria possível de ser realizado, mas o Legislador erigiu tal fato tipificado na Lei como possível de celebração de contrato administrativo sem a necessidade de disputa entre os pretensos interessados.

O fundamento de que se valeu o Legislador para a ressalva legal, ao dispensar o procedimento licitatório no presente caso, se traduz no interesse público que a proteção do patrimônio artístico e cultural se reveste, encontrando a devida guarida no art. 216, da Constituição Federal e na legislação que assegura e resguarda esse importante plexo de direitos de segunda dimensão ou geração.

Partindo dessa premissa, não se pode perder de vista que os direitos de segunda dimensão necessitam da implementação de políticas públicas, ou seja, de prestações positivas estatais, que, na grande maioria dos casos, não conseguem aguardar de forma incólume a tramitação, muitas vezes prolongada, de um processo licitatório.

Certamente o Legislador Pátrio, ao elencar tal hipótese de dispensa de licitação, o fez preocupado na preservação tempestiva e eficaz do patrimônio histórico e cultural, permitindo a contratação direta e, evitando o esvaziamento da norma que salvaguarda sobredito direito.

Entretanto, embora seja possível a contratação direta para um serviço de restauração, faz-se imprescindível que haja justificativa do preço, o que dará maior transparência, atendendo o princípio da publicidade e da motivação, sem se descuidar do princípio da moralidade.

Neste sentido, defendendo a necessidade de justificativa do preço, e citando a posição do Tribunal de Contas da União, temos a precisa lição de Lopes de Torres (2014, p. 271), a saber:

O que deve ocorrer, acreditamos, é que, no caso de serviço de restauração, existindo mais de um profissional com idênticas qualificações, a escolha não pode prescindir da análise da compatibilidade do preço com aquele oferecido pelos demais profissionais aptos. Justificar o preço é um elemento necessário ao procedimento de contratação direta, como forma de demonstrar a correção do negócio praticado.

O Tribunal de Contas da União tem exigido que mesmo as contratações diretas, mediante dispensa de licitação, não podem prescindir da realização de pesquisa prévia de preços entre fornecedores do bem. Nesse sentido, vide Acórdão nº 1.945/2006, do Plenário daquele Tribunal.

Por conseguinte, pode-se inferir que pairando dúvidas acerca do enquadramento na hipótese legal citada, é prudente que o Gestor Público realize a contratação precedida de licitação pública, a fim de evitar eventual responsabilidade.

Corroborar com o entendimento acima esposado o teor do art. 26, da Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço;

IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (inciso acrescentado pela Lei 9.648/98) (BRASIL, 1993).

Por sua vez, no que tange à inexigibilidade de licitação, com espeque no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, há que se fazer a conjugação deste dispositivo com a regra inserta no art. 13 da Lei supracitada, além de ser obrigatória a presença de 03 (três) requisitos cumulativos, quais sejam: serviço técnico-profissional especializado; existência de um objeto singular e profissional de notória especialização.

Quanto à presença dos três requisitos indispensáveis à inviabilidade de competição e, por conseguinte, configuração da inexigibilidade do certame, é de grande valia trazer à baila os ensinamentos de Justen Filho (2010, p. 367). Vejamos:

O conceito de serviço técnico profissional especializado consta do art. 13. O inciso II acrescenta duas exigências à contratação com inexigibilidade, a saber, o objeto singular da contratação e a notória especialização. A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos. Ou seja, não basta configurar-se um serviço técnico profissional especializado, mas a contratação direta dependerá de constatar-se a existência de objeto singular. Ademais disso, apenas poderá ser contratado um sujeito titular de notória especialização.

Neste tom, os serviços a serem contratados não são avaliáveis objetivamente, como é o caso descrito no inciso VII, do art. 13, da Lei nº 8.666/1993, que registra o serviço de restauração de obras de arte e bens de valor histórico, agregado ao fato dos profissionais que atuam em tal serviço singular não se lançarem no mercado à procura de trabalho de restauração.

Sobre o tema e a impossibilidade de avaliação objetiva, Justen Filho (2010, p. 369) assim leciona:

Quando a Administração escolhe um profissional para restaurar um bem de valor histórico, num caso de natureza singular, a seleção se fará tendo em vista as atividades passadas, a habilidade artística, a sensibilidade, a intuição e outros fatores relacionados diretamente à personalidade do sujeito. Não há como estabelecer padrões objetivos de avaliação dessas características, visando a uma classificação entre os seres humanos. Até é possível afirmar que alguns não possuem habilidade, mas é problemático estabelecer que alguém apresenta maior habilidade do que outrem (especialmente quando se consideram prestações futuras de contornos indeterminados).

Por outro lado, os profissionais de grande êxito e qualificação superior não colocam seus serviços no mercado. Não se dispõem a competir num certame aberto, mesmo pelos efeitos derivados de uma eventual derrota. Serviços assim especializados conduzem a uma situação de privilégio para o prestador, que assume posição de aguardar a procura por sua contratação antes do que participar em processos coletivos de disputa por um contrato. (JUSTEN FILHO, 2010)

Nesse sentido, a posição do Tribunal de Contas da União ensejou a edição da Súmula 252 (2010) e da Súmula 264 (Número de Súmula cancelado, pois somente deu nova redação para o enunciado da Súmula 39), a saber:

Súmula 252 - A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contrato.

Súmula 39 – A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insusceptível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.³

Impende registrar que nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, se for comprovado superfaturamento, responderão solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis, conforme a dicção do art. 26, da Lei nº 8.666/1993.

Trilhando este norte, o art. 89, da Lei nº 8.666/1993, prevê o crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em Lei, com pena de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

No mesmo sentido, reprovando a dispensa indevida de licitação e enquadrando tal ato como improbidade administrativa, prevê o art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (BRASIL, 2016)⁴

3 Brasil. *Portal do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula>>.

4 BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta,

Cabe lembrar que tanto a dispensa quanto a inexigibilidade de licitação devem ser motivadas, devendo o respectivo processo conter a caracterização emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; a razão da escolha do fornecedor ou executante; a justificativa do preço e o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. É o que prevê o teor do art. 26, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993, já mencionado, sem perder de vista os requisitos da habilitação, previstos no art. 27 da Lei em epígrafe.

A respeito, confira-se o ensinamento de Magalhães Piscitelli (2011, p. 168/169):

Também o Gestor deve, antes da remessa dos autos à Procuradoria, para fins de emissão de Parecer prévio, posicionar-se, fundamentadamente, se a almejada contratação poderá ser direta.

[...]

Referentemente às contratações diretas, quer por dispensa, quer por inexigibilidade, constantemente há que se alertar para, no que couber, aplicação dos requisitos contidos no art. 26 da lei licitatória nacional. Também as condições de habilitação devem estar documentalmente comprovadas nos autos para as contratações, mesmo as diretas.

No que se refere à razão da escolha do executante, aqui desempenha relevante papel o Corpo Técnico de Servidores do IPHAN, que irá auxiliar o Gestor na tomada de decisão, agregando argumentos técnicos quanto à necessária motivação acerca do enquadramento do caso à dispensa, à inexigibilidade ou, quando não verificada a possibilidade de contratação direta, a imprescindível realização da licitação pública.

5 CONCLUSÃO

Do estudo apresentado, é possível concluir que os contratos administrativos, por imperativo constitucional, devem ser precedidos, em regra, de licitação pública, havendo permissivos legais que excepcionam a regra geral, admitindo a contratação direta, elencados na Lei nº 8.666/1993, ora como hipóteses de dispensa de licitação, ora como casos de inexigibilidade do certame.

Nesta diretriz, pode-se confirmar que as licitações públicas são norteadas por princípios constitucionais e legais, que permeiam a

aplicação do instituto, com destaque para os princípios da isonomia, da competitividade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, dentre outros, de forma que os licitantes participem do processo de escolha pública, fiscalizando o cumprimento dos princípios regentes.

No que concerne à dispensa de licitação, observou-se que o rol enumerado no art. 24 da Lei de Licitações é taxativo, não admitindo outros casos além dos previstos no dispositivo, sendo certo que a dispensa de licitação admite a realização do certame, caso o Gestor não esteja seguro do enquadramento legal ou prefira a disputa pública, por cautela.

Por seu turno, o rol apresentado no art. 25 da sobredita Lei é exemplificativo e, será sempre aplicado quando houver inviabilidade de competição, ou seja, quando esta não for possível de ser realizada.

Dentro desse contexto, foi estudada a hipótese de dispensa de licitação, tendo por objeto a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, prevista no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, que muito se assemelha à figura legal da inexigibilidade de licitação, preconizada no art. 25, II c/c art. 13, VII, da Lei em apreço, mas possui distinções, sobretudo em razão da inviabilidade de disputa e da necessidade, neste último caso, de 03 (três) requisitos cumulativos: serviço técnico profissional especializado; existência de um objeto singular e profissional de notória especialização.

Destarte, o tema em apreço assume relevância dentre as atribuições constitucionais e legais do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), Autarquia Federal, sobretudo diante do seu papel normativo de promover a salvaguarda, a conservação, a restauração e a revitalização do patrimônio cultural protegido pela União.

Em razão do esposado, conclui-se que a contratação direta deve ser motivada pelo Gestor Público, em obediência ao princípio da motivação, contendo a justificativa do preço, os requisitos de habilitação e a razão de escolha do fornecedor ou executante, representando o Corpo Técnico de Servidores do IPHAN papel crucial neste processo, sobretudo alertando para a necessidade da realização de licitação pública, caso se entenda ausentes os requisitos para a dispensa ou inexigibilidade do certame, prestigiando o princípio da igualdade entre os licitantes.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Vade Mecum*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.844, de 21 de junho de 2009. *Aprova a Estrutura Regimental do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6844.htm>

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Vade Mecum*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Vade Mecum*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Portal do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1211>>.

BRASIL. *Portal do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014.

MAGALHÃES PISCITELLI, Rui. *Contratações e Demais Ajustes da Administração Pública. A Teoria Aplicada à Prática com Enfoque na Área Federal*. Brasília: 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



FESTA DO PAU-DA BANDEIRA DE SANTO ANTÔNIO DE BARBALHA CEARA – ACERVO IPHAN

A Festa de Santo Antônio de Barbalha, também conhecida como Festa do Pau da Bandeira. Festividade popular anual da cidade cearense de Barbalha. Suas origens remontam ao ano de 1928, quando o pároco José Correia de Lima, então vigário de Barbalha, promoveu o cortejo do mastro em cujo topo seria hasteada a bandeira de Santo Antônio.*

*Informações são obtidas do Wikipedia

A MUTAÇÃO DO *LOCUS JURÍDICO* DO TOMBAMENTO: DO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA OS DIREITOS CULTURAIS

*THE MUTATION OF THE LEGAL LOCUS OF “TOMBAMENTO”:
FROM ADMINISTRATIVE LAW TO CULTURAL RIGHTS*

Francisco Humberto Cunha Filho¹

Membro da Advocacia-Geral da União (Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica da União no Estado de Pernambuco). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Locus Jurídico; 1.1 Direito Administrativo; 1.2 Direitos Culturais; 2 Evidências Da Mutação Do Locus Jurídico; 2.1 Primeira evidência: Decreto-Lei x Constituição; 2.2 Segunda evidência: patrimônio histórico e artístico nacional x patrimônio cultural brasileiro; 2.3 Terceira evidência: interesse público x interesse social; 2.4 Quarta evidência: excepcionalidade x referencialidade; 2.5 Quinta evidência: reconhecimento ex-nunc (natureza constitutiva) x reconhecimento ex-tunc (natureza declaratória); 2.6 Sexta evidência: relação livresca x livre relação; 2.7 Sétima evidência: extinção legal x mutação constitucional (do tombamento de ofício); 2.8 Oitava evidência: único conselho x múltiplas fontes (para o reconhecimento do patrimônio cultural); 3 Considerações Finais; Referências.

¹ E-mail: (humberto@direitosculturais.com).

RESUMO: Este estudo surge motivado pela efeméride que celebra, em 2017, os 80 anos de vigência do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que corresponde à Lei Brasileira do Tombamento. Lastreado no método dedutivo de investigação da normatividade, da doutrina e da jurisprudência especializadas, o escrito contém a hipótese de que o tombamento passa por um processo de mutação de locus jurídico, que o desloca do Direito Administrativo para os Direitos Culturais. A fim de averiguar se há veracidade nessa premissa inicial, no estudo, relembram-se, em linhas muito gerais, os elementos caracterizadores das duas disciplinas mencionadas; ademais, a partir de uma comparação axiológica entre o Decreto-Lei e a Constituição de 1988, são trazidas à tona 8 evidências que aproximam o Tombamento aos Direitos Culturais. Em termos conclusivos, confirma-se parcialmente a hipótese lançada, uma vez que apesar de referida mobilidade, o Tombamento passou a localizar-se num ponto de interseção entre dos Direitos Culturais e o Direito Administrativo, aquele fornecendo o lastro substancial e este os elementos garantísticos da proteção do patrimônio cultural brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Tombamento. Patrimônio Cultural. Locus Jurídico. Mutação. Direitos Culturais. Direito Administrativo.

ABSTRACT: This study is motivated by the event celebrating in 2017 the 80th anniversary of Decree-Law nº 25, dated November 30, 1937, which corresponds to the Brazilian Law of Tombamento (designation of the oldest instrument for the protection of Brazil's cultural heritage). The research is done from the deductive method applied on specialized norms, doctrine and jurisprudence. The writing contains the hypothesis that the Tombamento goes through a process of mutation of legal locus, which moves it from Administrative Law to Cultural Rights. To find out if there is truthfulness in this initial premise, the elements characterizing the two disciplines mentioned above are remembered in very general terms. In addition, from an axiological comparison between the Decree-Law and the Constitution of 1988, eight evidences are presented that bring the Tombamento to the Cultural Rights. In conclusive terms, the hypothesis that was launched is partially confirmed, because despite this mobility, the Tombamento began to be located at a point of intersection between Cultural Rights and Administrative Law, the first providing the substance and the other giving the guarantees of protection of Brazil's cultural heritage.

KEYWORDS: Tombamento. Cultural Heritage. Legal Locus. Mutation. Cultural Rights. Administrative Law.

INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 25 de 1937 foi editado em um ambiente político da retomada da ideia de Estado forte e centralizador. Na verdade, dentro de uma onda ou movimento político universal que remetia à lembrança do estado leviatânico, de que falava Thomas Hobbes (1964). Pululavam regimes comunitaristas de distintos matizes, todos convergentes para o fortalecimento do poder público, tais como o comunismo, o nazismo, o socialismo e o fascismo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998). Até mesmo o capitalismo mais liberal endureceu na perseguição daqueles que eram tidos como afrontadores de seus dogmas (SAUNDERS, s/d).

Como sói acontecer, toda prática política baseia-se em doutrinas e ideias que a alimentam, bem como demanda que os comportamentos e os institutos jurídicos e sociais sejam adequados a confirmá-la. Não é à toa que na época enfocada destacam-se nomes como os de Carl Schmitt (2007), na Europa, e Francisco Campo (ON-LINE), no Brasil, intelectuais defensores de ideias como a da guarda da Constituição pelo Chefe de Estado e da correspondência entre os conceitos de Estado e de Nação.

Nesse período, correspondente ao Estado Novo, em que inexistiam cláusulas pétreas, com o propósito de que a Constituição fosse manuseada mais livremente (não é de se estranhar, portanto, o epíteto de polaca (COSTA PORTO, 1999)), reinava no âmbito público o Direito Administrativo, mais do que o direito constitucional, este quase um código para as relações externas, aquele com suas medidas e, para além, suas desmedidas, que respondiam por nomes como jus imperii e preponderância do interesse público, em sua compreensão mais tosca, ao ponto de ser confundida com o interesse da autoridade.

Nesse contexto histórico e ideológico foi editada a legislação instituidora do Tombamento que, após varar cinco constituições, em oitenta anos, de algum modo ainda é compreendido, se não exclusivamente, de forma assaz considerável, no exclusivo quadro do Direito Administrativo, que, mesmo abrandado pela ideia de estado democrático de direito, persiste sendo o olhar do poder público sobre os bens, pessoas e relações.

Ocorre que a Carta Política de 1988, relativamente à intervenção estatal para a proteção dos bens da cultura, migrou para fundamentos como o pluralismo e para princípios e regras valorizadores, em termos de processo, procedimento e finalidade, dos interesses dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Em outras palavras, remeteu a questão do patrimônio cultural preponderantemente para o âmbito dos Direitos Culturais, que ainda são pouco conhecidos e entendidos (PONTIER; RICCI; BOURDON, 1990).

Sob essas premissas, lança-se a hipótese a ser investigada neste artigo, a partir do método dedutivo de investigação na normatividade, doutrina e jurisprudência especializadas, de que o tombamento passa por um processo de mutação de locus jurídico, num progressivo e acelerado deslocamento do Direito Administrativo rumo ao encontro dos Direitos Culturais. As evidências da aludida migração, catalogadas adiante no número de oito, podem ser intuídas a partir de certa sensação de inadequação e ineficácia do instituto, decorrentes de uma pluralidade de fatores, como as renitentes falhas protetivas e a chamada inflação preservacionista.

Em se confirmando a mutação aqui aludida, ao menos em termos parciais, impactos consideráveis devem atingir o octogenário instituto, desde a parte conceitual, passando pelos procedimentos e chegando aos efeitos. Trata-se de possibilidades cuja investigação é, muito distante de um demérito, a homenagem científica que pode ser feita favoravelmente à eventual atualização legislativa do tombamento.

1 LOCUS JURÍDICO

Averiguar se o tombamento migra do Direito Administrativo para os Direitos Culturais, implica em saber o escopo de cada um deles, principalmente o ramo do direito a que se vinculam e as características principais.

1.1 DIREITO ADMINISTRATIVO

Embora administrativistas como Cretella Júnior (1986, p. 12) façam questão de salientar que a divisão do direito nos ramos público e privado possui, antes de tudo, valor didático, eles não têm dúvida de que o Direito Administrativo integra o primeiro, o qual se caracteriza pela preponderância do interesse geral sobre o particular, o que de pronto evidencia uma tutela estatal sob os bens que estão nesse espectro de regência.

Em termos existenciais, costuma-se dizer que o Direito Administrativo surge de forma sistematizada com a Revolução Francesa, movimento que produziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em cujo Art. 16 está assentada a ideia matricial do constitucionalismo: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, on-line). Assim, nessa dimensão positiva, os dois direitos referenciados – Constitucional e Administrativo – surgem simultaneamente, mesmo porque o segundo suporta estruturalmente o outro, a ponto de suscitar por parte de constitucionalista de escol a observação de que “os laços são

tão íntimos que alguns tratadistas se confessam em dificuldades para estabelecer distinção clara e válida entre as duas matérias” (BONAVIDES, 1994, p. 29).

Porém, se observado em termos de práxis, desde os seus antecedentes e das suas manifestações precursoras, o Direito Administrativo pode ser vislumbrado toda vez que há disciplina da atuação do Estado (ou das figuras políticas que vieram antes dele, como a família, o clã, a tribo, a polis (ARISTÓTELES, 2006)), quer seja intestinamente, quer seja com os seus administrados, mediante alguns princípios gerais reiteradores do jus imperii, os quais, na visão de um doutrinador de antes da Constituição de 1988, seriam aproximadamente os seguintes: legalidade, hierarquia, autoexecutoriedade, continuidade, presunção da verdade, indisponibilidade, especialidade, poder-dever, igualdade dos administrados, tutela administrativa e autotutela (CRETELLA JÚNIOR, 1986, p. 15-17); tais princípios permanecem com o advento da Constituição Cidadã, mas em face dos valores do estado democrático de direito, outros são agregados, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, supremacia do interesse público, motivação, segurança jurídica, controle ou autotutela (DI PRIETO, 2005, p. 63-86). Mesmo assim, os novos princípios apenas agregam cautela no proceder dos entes estatais, mas não tiram a posição de mando, de preponderância, ao menos, do interesse público sobre o que não tem essa natureza.

1.2 DIREITOS CULTURAIS

Definir os Direitos Culturais não é tarefa simples e as dificuldades para isso se mostram desde a designação do campo e vão até à delimitação do conteúdo. Quanto à designação, o fato de serem conhecidos por uma expressão grafada no plural, tal qual ocorre com Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais, fornece o indicativo de que não possuem conteúdo preciso, como crimes e penas (Direito Penal) ou contribuições e benefícios (Direito Previdenciário); o foco, portanto, é um bem jurídico maior, que, a exemplo da dignidade humana ou do pleno exercício da cidadania, usufrui de benefícios específicos, de distintas maneiras e, potencialmente, em todos os campos jurídicos. Por isso, podem se situar, conforme cada direito cultural específico, no campo público ou no privado e, ainda, com mais frequência, em pontos de interseção de ambos.

No caso dos Direitos Culturais, esse bem jurídico é a cultura, que, todavia, não pode ser compreendida, ao menos para fins operacionais no âmbito jurídico, com o dimensionamento da Sociologia ou da Antropologia

(CUCHE, 2010), nos quais se chega ao extremo de dizer que tudo o que o ser humano faz é cultura, incluindo práticas recriminadas pelo direito, como o machismo e a desonestidade, frequentemente vistos como traços culturais de dado povo que, por isso, à evidência, não podem ser protegidas como Direitos Culturais. Vê-se, assim, que tal dimensionamento não se compatibiliza com o direito que, por natureza, envolve valores e finalidades. Impõe-se, portanto, ter a compreensão jurídica do que o direito vigente alberga como cultura e como Direitos Culturais. A partir do processo de inferência feito na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, on-line), nas práticas administrativas dos órgãos públicos de cultura, e na própria Constituição Federal, chegou-se à definição de que os direitos culturais são os atinentes às artes, às memórias coletivas e aos fluxos de saberes, que possibilitam às pessoas situarem-se no tempo e no espaço, com os objetivos de incrementar o desenvolvimento e favorecer a dignidade humana (CUNHA FILHO, 2004).

Artes, memórias coletivas e fluxo de saberes são, portanto, os três âmbitos conteudísticos dos Direitos Culturais, que se interpenetram muito frequentemente, sendo que algum deles costuma preponderar em situações específicas. No caso da proteção do patrimônio cultural, o foco principal é direcionado às memórias coletivas, pois a conservação de bens (materiais ou imateriais) é feita em função da lembrança do que se fez no passado (inclusive em termos de artes, saberes, fazeres e viveres), que continua a existir no presente e que se almeja projetar para o porvir.

2 EVIDÊNCIAS DA MUTAÇÃO DO LOCUS JURÍDICO

Com esse lastro referencial, procede-se, doravante, o cotejo da Lei do Tombamento com o que a atual Constituição do Brasil prescreve sobre como deve ser feita a proteção do patrimônio cultural, partindo-se da hipótese de que a norma legal de 1937 dá um trato à questão pela ótica do Direito Administrativo e a Carta de 1988 o faz a partir da premissa dos Direitos Culturais.

2.1 PRIMEIRA EVIDÊNCIA: DECRETO-LEI X CONSTITUIÇÃO

Uma primeira evidência pode ser vista na simples observação das normas ora em contraste, porque a espécie Decreto-Lei somente foi utilizada nos períodos ditatoriais da nossa história – Vargas (Art. 14 da Constituição de 1937) e Militar (Art. 58 da Constituição de 1967 e Art. 55 da Constituição de 1969)– precisamente quando o império estatal se mostrou em potências elevadíssimas, sobremodo da estrutura executiva,

que manuseou intensa e ininterruptamente o Direito Administrativo para as suas finalidades. A esse respeito são esclarecedoras, suficientes e coerentes com a ambiência de força as palavras do teórico do Estado Novo, Francisco Campos:

Quanto aos decretos-lei, previstos no art. 14 da Constituição, acham-se, também, em absoluta conformidade com as atribuições conferidas ao chefe da Nação, e não infringem as que são dadas ao Parlamento, tanto mais quanto, neles, conforme o texto do citado art. 14, o Presidente é obrigado a cingir-se aos dispositivos constitucionais e aos limites das dotações orçamentarias (CAMPOS, ON-LINE, 174).

Essas palavras teriam alguma credibilidade, se a história não as desmentisse, quer pelo não funcionamento das casas parlamentares, no período de Getúlio, como pelo desempenho controlado, que transformou o Congresso Nacional em títere, durante o regime militar (MOTA; LOPEZ, 2016).

Muito diferente, portanto, de uma Constituição elaborada com alguns dos maiores índices de participação averiguáveis no mundo e que de tão ambiciosa em termos democráticos foi alcunhada de Constituição Cidadã, por ter provocado “uma revolução que mudou a corrente do tempo, a saber, o semblante individualista do passado, e que projetou a principiologia por coroamento necessário à era social” (BONAVIDES, 2013, p. 59) e que por isso “é justo considerá-la como a mais avançada dentre as muito que tivemos ao longo de nossa experiência constitucional, nada ficando a dever às leis fundamentais dos chamados povos cultos” (COELHO, 2013, p. 65), encômios esses aplicáveis ao regramento de relações atinentes à cultura, o que permite que se agregue também à Carta Política de 1988 a evocação de Constituição Cultural (HÄBERLE, 2006).

2.2 SEGUNDA EVIDÊNCIA: PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL X PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Outra nota que aponta para radicais afetações da Constituição de 1988 sobre o DL nº 25/1937 está na abrangência do espectro de proteção. A norma getulista alberga apenas o “patrimônio histórico e artístico nacional” enquanto a Constituição se refere ao “patrimônio cultural brasileiro”, compreensão muito mais abrangente, numa dimensão tal que transforma o conteúdo da primeira expressão em uma pequena parcela do segundo, ao ponto de no texto constitucional precisar ser destacado, conforme pode ser visto na transcrição adiante feita:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. [Grifou-se]

Todavia, a diferença mais substancial não está na transformação do que era o continente em parte do conteúdo, mas nos adjetivos “nacional” (presente no DL) e “brasileiro” (usado pela CF), representativos de um debate mais amplo que contrasta homogeneização com pluralismo cultural e jurídico, o qual terá outras referências diretas e indiretas neste texto.

O patrimônio histórico e artístico “nacional” é aquele que fortalece a unidade da nação, que é a congregação sócio-política percebida por elementos de unidade; já o patrimônio cultural “brasileiro”, é o do Brasil, de interesse de todo o país ou de apenas uma parte dele, daí a possibilidade de os Estados e os Municípios também poderem tomar bens (CASTRO, 1991), o que é confirmado pelo reconhecimento constitucional às edididades para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (Art. 30, IX).

2.3 TERCEIRA EVIDÊNCIA: INTERESSE PÚBLICO X INTERESSE SOCIAL

Ao determinar a abrangência da norma, o legislador que outorgou o Decreto-Lei nº 25/1937 estabeleceu que o patrimônio histórico e artístico nacional é constituído pelo conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de “interesse público”, especificando, na sequência, elementos de delimitação que serão oportunamente enfocados, porque nesse instante, convém explicitar a expressão acima destacada.

Historicamente o interesse público é mais conhecido por sua contraposição ao interesse privado, havendo, para a perspectiva administrativista, necessária prevalência do primeiro, que se caracteriza pela indisponibilidade, salvo previsão legal (DI PRIETO, 2005, p. 68-71). É considerado interesse privado, não apenas o de cada pessoa, mas até mesmo aquele que, sendo de uma coletividade, supostamente contrarie, no entendimento das autoridades constituídas, ao interpretarem a legislação e os fatos, a ideia de universalização que permeia seu antípoda.

Nesse ponto, a Constituição também inova, ao estabelecer que o patrimônio cultural brasileiro, no qual, como visto, se insere o histórico e artístico, é constituído pelos bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória “dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. A expressão destacada pelas aspas é eloquente quanto à aludida inovação: a proteção não é mais devida a um suposto interesse público universal; por outro lado, também não é deferida ao indivíduo em sentido estrito, mas a grupos que formam a sociedade brasileira, sem qualquer referência direta a vinculação com o Estado. Assim, o sentido constitucional da proteção, agora, lastreia-se na ideia de interesse social.

2.4 QUARTA EVIDÊNCIA: EXCEPCIONALIDADE X REFERENCIALIDADE

Segundo o Decreto-Lei nº 25/37, o interesse público determinante para a proteção de bens integrantes do patrimônio histórico e artístico seria averiguado naqueles com vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu “excepcional” valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. Deste modo, a excepcionalidade, que significa a fuga do comum, é, na norma legal, o grande critério para a proteção. Difere muito, portanto, da Constituição, alicerçada, como já pôde ser evidenciado, na ideia de “referência” à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

No âmbito da prática administrativa esse contraste já repercute no IPHAN, como evidencia Maria Cecília Londres Fonseca (2009, p. 196), ao noticiar que “as noções de representatividade, de exemplaridade, e não a noção mais corrente de fora do comum, que são invocadas pela instituição para justificar tombamentos nas duas últimas décadas”.

Isso mostra que a defasagem da literalidade normativa nem sempre é um obstáculo à atualização encetada pelo órgão administrador do Tombamento, que, aliás, de 1937 a 1988, quando era o único instrumento de proteção, foi utilizado para atender a todo tipo de necessidade, incluindo o resguardo de bens imateriais, hoje protegíveis por instrumentos como o Registro, que é disciplinado pelo Decreto nº 3.551/2000. A maleabilidade do Tombamento foi tanta que, numa comparação com outra seara jurídica, só encontra paralelo com a doutrina brasileira do habeas corpus, que durante décadas a foi a única garantia utilizada para resguardo de todos os direitos constitucionais e não apenas, como hoje, o de locomoção.

Portanto, essa teoria brasileira do tombamento, mesmo aceleradamente minguate, por causa do disciplinamento de outros instrumentos de proteção, depõe contra a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental nº 206, proposta pela Procuradoria-Geral da República, pela qual, a PGR formula o seguinte pedido principal:

[...] interpretação conforme a Constituição do [art.] 1º do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, no sentido de incluir no âmbito semântico do enunciado (da norma) o conceito amplo de bem cultural, para fins do art. 216, CF/88, vale dizer, referido à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ON-LINE)

De fato, a possibilidade de amplo espectro que o Supremo Tribunal Federal – STF pode dar à sua decisão abre o risco de piorar a situação, que de algum modo a prática administrativa resolve a contento. Porém, mesmo que nada de pior ocorra, a ADPF constitui-se em inadequado estímulo para substituição de uma tarefa que é nitidamente do âmbito do parlamento, por uma decisão judicial, o que afronta a separação dos poderes.

A despeito de tais observações, reitera-se que se deve migrar do critério da excepcionalidade para a da referencialidade, consubstanciada na “necessidade de proteger e preservar os bens culturais que são referência para a comunidade, em suas práticas cotidianas, de acordo com seus valores culturais” (SOARES, 2009, p. 59), mas, isso, pela regular via legislativa.

2.5 QUINTA EVIDÊNCIA: RECONHECIMENTO EX-NUNC (NATUREZA CONSTITUTIVA) X RECONHECIMENTO EX-TUNC (NATUREZA DECLARATÓRIA)

Outra evidência do deslocar do Tombamento em direção ao campo dos Direitos Culturais pode ser inferida do momento em que as normas consideram um bem integrante do patrimônio cultural. Para o Decreto-Lei nº 25/1937, isso acontece “depois de inscritos” em um dos Livros do Tombo, o que representa um efeito ex-nunc, ou seja, o patrimônio somente fica ampliado com o novo bem, a partir do ato formal de reconhecimento em diante; o instituto teria, portanto, efeito constitutivo.

Com a Constituição, as coisas se passam em sentido oposto: ela de pronto declara que “constituem” patrimônio cultural brasileiro os bens já especificados em tópicos anteriores. É como se adotasse uma cautela geral e preliminar aos instrumentos de promoção e proteção que especifica (inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação), fazendo ela própria uso da cláusula aberta para “outras formas de acautelamento e preservação”.

Certamente, essa mens legislatoris confirma a preponderância social sobre a estatal, nesta seara, ou, como diriam os franceses, “le rôle de l’Etat est modeste, tuot em étant essentiel” (PONTIER; RICCI; BOURDON, 1990, p.66), para se referir ao comedimento e importância do Estado, que dispõe a qualquer tempo de instrumentos ágeis de intervenção, como o poder geral de cautela, inclusive administrativa, conforme prescreve a lei federal do procedimento administrativo (art. 45), o qual não está disponível à sociedade, ao menos no nível da autotutela.

Com o reconhecimento ex-tunc de qualquer bem como potencialmente importante para, pelo menos, um dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira, a Constituição os habilita a postular providências estatais protetivas e acautelatórias, mesmo antes da formalização de qualquer instrumento que, vindo a ocorrer, configura-se como importante reforço para tais finalidades. Neste caso, o Tombamento teria efeito preponderantemente declaratório quanto à proteção patrimonial.

2.6 SEXTA EVIDÊNCIA: RELAÇÃO LIVRESCA X LIVRE RELAÇÃO

Pelo Decreto-Lei nº 25/37, os bens tombados devem ser inscritos em quatro livros, os quais poderão ter vários volumes, a saber: 1) Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, para as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim os monumentos naturais e os sítios e paisagens notáveis; 2) Livro do Tombo Histórico, para as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica; 3) Livro do Tombo das Belas Artes, para as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira; e 4) Livro do Tombo das Artes Aplicadas, para as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

Há, portanto, molduras predefinidas nas quais devem se encaixar os bens a serem tombados; tanto é assim que o mesmo Decreto-Lei determina que “os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei”.

Com o critério constitucional da referencialidade, contudo, essas bitolas se tornam excessivamente limitadoras, porque um dado bem pode não se enquadrar em qualquer dos compêndios ou, ao contrário, ter potencial para inscrição em mais de um deles. Ainda poderá, com a passagem do tempo e a mudança de valores ou técnicas, conceitualmente demandar a migração de um para outro, num fluxo desse campo patrimonial analogicamente “caracterizado pela circularidade e pela reversibilidade”, como diria Pierre Bourdieu (2007, p. 113), ao se ocupar de analisar o mercado dos bens simbólicos.

No âmbito da proteção do patrimônio cultural imaterial, que possui a mesma estrutura livresca de inscrição, esse problema já começa a ter enfrentamento, por causa da “dificuldade de enquadramento nos livros de registro e sobre quais os impactos desse enquadramento; sobre a validade de registros duplos, como se deu com a capoeira” (GUANAIS E QUEIROZ. 2016, p. 114)

Mostra-se, portanto, mais compatível com a ampliação conceitual de patrimônio cultural um livre rol, com as características que o bem efetivamente tenha, sem a necessidade de ocultar ou destacar artificialmente algumas, tudo em função do enquadramento legal, evitando-se, assim, uma odiosa inversão em que o instrumento (tombamento) teria mais valor que o objeto protegido (o bem cultural).

2.7 SÉTIMA EVIDÊNCIA: EXTINÇÃO LEGAL X MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL (DO TOMBAMENTO DE OFÍCIO)

O Decreto-Lei getulista instituiu um tombamento de ofício sobre os “bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios”, a ser feito a partir de procedimento sumaríssimo, “por ordem” do gestor da atual autarquia patrimonial, o IPHAN, e simples notificação “à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos”. Isso, porque se partia do entendimento de que o ato somente era contestável pelos particulares, tanto que consta a prescrição de que “o tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente”, conforme, respectivamente, sua aceitação ou rejeição do gravame proposto.

É muito questionável que tal procedimento e entendimento tenham sobrevivido à Constituição Cidadã de 1988, por, pelo menos, dois motivos remarcáveis. O primeiro deles é que Estados e Municípios adquiriram autonomia política (Art. 18), status de entes federados (Art. 1º) e, por conseguinte, propriedade e disposição sobre seus próprios bens (Art. 26 e 30, IX). Assim, também para eles são aplicáveis as garantias constitucionais asseguradoras de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Art. 5º, LIV e LV).

Poder-se-ia, assim, apressadamente imaginar que o tombamento de ofício da norma de 1937 remanesceria ainda para os bens da própria União (no caso federal) e, simetricamente, dos Estados e Municípios sobre seus próprios bens. Mas tal é igualmente enganoso, em face do segundo motivo, pelo qual o valor cultural nunca pode ser reconhecido monocraticamente,

mas sempre com a “colaboração da comunidade” (Art. 216), tradicionalmente representada pelo inadequadamente denominado Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, que, não obstante as reflexões adiante feitas sobre ele, deve, no direito positivo vigente, atestar o valor cultural do bem.

Assim, entende-se que ocorreu uma verdadeira extinção do tombamento de ofício no âmbito legal; os efeitos que com ele se almeja obter correspondem, no máximo, a uma providência cautelar e preparatória ao devido processo de tombamento, que deve ser levado a efeito com observância de todas as garantias constitucionais.

De fato, a Constituição de 1988, ela sim, em prescrição originária, com a força do poder constituinte dessa natureza, criou uma norma que pode ser compreendida como o atual tombamento de ofício, precisamente a portadora da determinação de que “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (Art. 216, § 5º). Por ela se compreende que a simples identificação de referidos documentos e sítios opera de imediato o respectivo tombamento de forma definitiva. Eventuais discordâncias na identificação decorrem do direito de fiscalizar a licitude dos atos públicos, que possibilita a revogação ou nulidade dos equivocados ou viciados, mas não se trata de uma fase processual propriamente dita.

2.8 OITAVA EVIDÊNCIA: ÚNICO CONSELHO X MÚLTIPLAS FONTES (PARA O RECONHECIMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL)

A Lei do Tombamento determina que fica “a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” averiguar se os bens submetidos a esse tipo de proteção se revestem “dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional”.

Referido Conselho, atualmente regido pelo Art. 7º do Anexo I ao Decreto nº 6.844, de 7 de maio de 2009, tem a seguinte composição: o Presidente do IPHAN, que o integra como membro nato; um representante, e respectivo suplente, de cada uma das seguintes entidades e órgãos, que serão indicados pelos respectivos dirigentes: Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB; Conselho Internacional de Monumentos e Sítios - ICOMOS/BRASIL; Sociedade de Arqueologia Brasileira - SAB; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; Ministério da Educação; Ministério das Cidades; Ministério do Turismo; Instituto Brasileiro dos Museus - IBRAM; e Associação Brasileira de Antropologia – ABA. Também o compõem, treze representantes da sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN, que são indicados pelo Presidente da mencionada

autarquia e designados pelo Ministro de Estado da Cultura, para mandato de quatro anos, permitida a recondução.

Nota-se que o Conselho, no que concerne à representação institucional, é majoritariamente composto por representantes de órgãos da União, cujos labores podem ser afetados pelo tombamento. No que atine às entidades da sociedade civil, percebe-se uma sub-representação dos setores interessados, o que se pode afirmar, com base na coerência, que seria devida aos próprios termos do Decreto-Lei nº 25/1937, mas que fica maculada, se, por exemplo, observarem-se os livros do tomo, para o conteúdo dos quais só se vê representação relativa aos bens de valor arquitetônico, antropológico e monumental, constatando-se omissões, para os demais, como os relativos à história e às artes.

Quanto à representação da sociedade, é eminentemente técnica e ou científica, a tirar pelo critério de possuírem “especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN”. Porém, não se exigem outras qualificações, que deveriam partir dos indicativos constitucionais, como proximidade com os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, problema que, por sinal, é acentuado no método de indicação (pelo Presidente do IPHAN) e de designação (pelo Ministro da Cultura).

Na verdade, no que concerne às instâncias de deliberação sobre o que deve ser considerado patrimônio cultural, a Constituição aponta para outra realidade, que ainda não foi adequadamente percebida, e que se vincula às ideias de pluralismo jurídico e cultural. Ao prescrever que o patrimônio cultural é formado pelos bens “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, quer dizer que cada grupo desses adquiriu um poder de reconhecimento formal dos bens para si importantes, porque não seria razoável que uma coletividade entendesse assim e o conselho dissesse o oposto. O grande desafio está em delimitar tais grupos, os procedimentos e os efeitos do reconhecimento plural, mas uma coisa é certa: a Constituição aboliu o monopólio do Estado para dizer o que é patrimônio cultural, o que certamente produz reflexo em todos os instrumentos, inclusive no tombamento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano do octogésimo aniversário do Decreto-Lei nº 25/1937, abre-se, naturalmente, espaço para reflexões sobre o longo Tombamento, como se intentou fazer a partir deste artigo, alicerçado na hipótese inicial e que o referido instrumento passa por um processo de mudança de localização no que concerne ao mundo do direito, migrando do Direito Administrativo para os Direitos Culturais.

Muitas são as evidências desse deslocamento; neste breve estudo foram identificadas oito delas, a começar do cotejo histórico-axiológico entre o Decreto-Lei varguista e a Constituição Cidadã e Cultural de 1988, o que levou inexoravelmente a impactos perceptíveis em decorrência dos seguintes contrastes: patrimônio histórico e artístico nacional x patrimônio cultural brasileiro; interesse público x interesse social; excepcionalidade x referencialidade; reconhecimento ex-nunc (natureza constitutiva) x reconhecimento ex-tunc (natureza declaratória); relação livresca x livre relação; tombamento de ofício - extinção legal x mutação constitucional; e instância de reconhecimento – único conselho x múltiplas fontes.

Essas comparações binárias e contrapostas, apesar de serem as mais simples que se pode ter, quando menos ressaltam o encorpamento dos Direitos Culturais na atual realidade jurídica e social; é fato que esses direitos são protagonizados essencialmente pela sociedade, mas que não dispensam o aparato estatal para a sua efetivação, inclusive no que concerne ao equilíbrio garantidor do pluralismo das manifestações e do respeito aos valores humanitários constitucionalmente eleitos.

Isso significa que o Tombamento se desloca, sim, do Direito Administrativo para os Direitos Culturais, mas não pode nem deve desprezar-se totalmente do primeiro; situa-se, portanto, numa zona de interseção, em que as duas disciplinas jurídicas devem se complementar constante e respeitosamente, considerando que a segunda oferece a substância e a outra oferta algumas das importantes garantias necessárias à proteção do patrimônio cultural.

O fato é que essa nova percepção da relação entre os mundos jurídicos da Administração e da Cultura coloca na pauta das ações necessárias à renovação do direito, a obrigação de se pensar um novo modelo para o Tombamento, o qual tem que ser disciplinado e operado a partir da concepção de que as memórias coletivas estão no grupo dos direitos que a cada instante lembram que o Estado justifica sua existência na contemporaneidade por ser um instrumento a serviço da cidadania, e não o contrário, como alguns saudosistas e avessos à democracia pluralista continuam a defender.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOURDIEU, P. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BONAVIDES, P. A. Constituinte de 1987-1988 e a Restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, J. J. G. [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. *Portal da Legislação. On-line*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Consulta em: 3 set. 2017.

BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF – *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206/Distrito Federal*. Disponível em: <<https://www.encurtador.com.br/dgnsB>>. Acesso em: 3 set. 2017.

CASTRO, S. R. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

COELHO, I. M. Evolução do Constitucionalismo Brasileiro Pós-88. In: CANOTILHO, J. J. G. [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COSTA PORTO, W. *Constituições Brasileira: 1937*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

CAMPOS, F. *O Estado Nacional*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2017

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CUCHE, D. *La Notion de Culture dans les Sciences Sociales*. Paris: La Découverte, 2010.

CUNHA FILHO, F. H.: *Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

DI PRIETO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

FONSECA, M. C. L. *O Patrimônio em Processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789). Disponível em: <<https://goo.gl/d576n>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

GUANAIS E QUEIROZ, H. F. O. O Registro dos Bens Culturais Imateriais como Instrumento Constitucional Garantidor dos Direitos Culturais. *Revista do IPAC/Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia*, Salvador: Secretaria de Cultura: IPAC; [Brasília]: IPHAN, ano 1, n. 1. 2016. V.: il.

HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 2006.

HOBBS, T. *O Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1964.

MOTA, C. G.; LOPEZ, A. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Editora 34, 2016.

PONTIER, J-M; RICCI, J-C; BOURDON, J. *Droit de la Culture*. Paris: Daloz, 1990.

SAUNDERS: F. S., *The Cultural Cold War: The CIA and the World of Arts and Letters*. Londres: The New Press, s/d.

SCHMITT, C. *O Guardiã da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOARES, I.V.P. *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



CATEDRAL DE BRASÍLIA - ACERVO DO IPHAN-ISABELLA ATAYDE

Catedral Metropolitana de Nossa Senhora Aparecida, mais conhecida como Catedral de Brasília, projetada pelo arquiteto Oscar Niemeyer.

ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE
DO PROCEDIMENTO ADOTADO
PARA O TOMBAMENTO, PREVISTO
NO DECRETO-LEI Nº 25/37, COM
A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

*ANALYSIS OF THE COMPATIBILITY OF THE PROCEDURE
ADOPTED FOR TIPPING, PROVIDED FOR IN DECREE-LAW
Nº 25/37, WITH THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE
REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988*

Genésia Marta Alves Camelo

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procuradora Federal em exercício na
Procuradoria Federal junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
- PF/IPHAN). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido
Mendes (UCAM)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Decreto-lei nº 25/37 – autoritarismo e vanguarda; 2 Da nova ordem constitucional – Da necessidade de se proceder à interpretação Conforme à Constituição; 3 Análise dos arts. 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37 face ao princípio federativo e aos princípios constitucionais democráticos; 3.1 Do princípio federativo; 3.2 Do princípio da igualdade jurídica. 3.3. Dos princípios do devido processo legal e do contraditório; 3.4 Do princípio da participação da comunidade para a proteção do patrimônio cultural brasileiro. 4 Casos práticos de aplicação da interpretação dos artigos 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37 conforme à Constituição; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho trata da necessidade de realização de interpretação conforme dos arts. 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37 com a Carta Magna de 1988, para que o procedimento adotado para todos os tipos de tombamento observe a autonomia dos entes federados e os princípios democráticos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento. Tipos de Tombamento. Decreto-lei nº 25/37. Interpretação Conforme à Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

ABSTRACT: This work deals with the need to perform interpretation according to arts. 5º, 7º and 9º of Decree-Law nº 25/37 with the Constitution of 1988, so that the procedure adopted for all types of tipping observes the autonomy of the federated entities and the constitutional democratic principles.

KEYWORDS: Procedure. Kind of Tipping. Decree-Law nº 25/37. Interpretation According to the Constitution. Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988.

INTRODUÇÃO

O Decreto-lei nº 25/37 foi promulgado durante a vigência da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. A referida norma por ter sido outorgada no Estado Novo, período em que predominava o autoritarismo, possui dispositivos que requerem a realização de interpretação conforme a constituição, conforme será explicitado mais adiante.

Cumpra ressaltar que a proteção do patrimônio cultural brasileiro é ampliada com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Não há dúvida de que a Carta Magna procedeu à ampliação do conceito de patrimônio cultural, antes restrito ao art.1º do Decreto-lei nº 25/37.

Acrescente-se que a nova ordem constitucional procedeu ao fortalecimento da federação brasileira. Desse modo, um ente federativo passa a estar obrigado a respeitar a autonomia do outro ente. Nessa senda, faz-se necessário aferir qual é a melhor interpretação a ser conferida ao art.5º do Decreto-lei nº 25 que trata do procedimento do tombamento de ofício.

Outro ponto a considerar consiste no fato da Constituição de 1988 estabelecer um Estado Democrático de Direito. Deve consignar-se que o Estado Democrático de Direito é permeado por princípios democráticos que pautam as atividades da Administração Pública. No que se refere ao procedimento adotado para a efetivação do tombamento em qualquer de suas espécies – tombamento de ofício, tombamento voluntário e tombamento compulsório – deve-se verificar estreita observância dos princípios da igualdade jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa e, ainda, o princípio participativo.

Vê-se, pois, que a instituição dos princípios democráticos constitucionais irão impactar especialmente o tombamento de ofício e o tombamento voluntário.

Nessa linha, busca-se neste trabalho estabelecer a melhor interpretação a ser conferida aos arts. 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37, visando adotar o significado que melhor se amolda à Carta Magna de 1988.

1 DO DECRETO-LEI Nº 25/37 – AUTORITARISMO E VANGUARDA

Mister se faz consignar que o Decreto-Lei nº 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, foi promulgado em 30 de novembro de 1937. Percebe-se, pois, que o referido diploma legal foi promulgado sob a égide da ditadura do Estado Novo, tendo em vista que a Constituição Brasileira de 1937 foi outorgada em 10 de novembro de 1937.

Cabe salientar que a Constituição de 1937 era autoritária, sendo uma de suas principais características a concentração de poder nas mãos do chefe do Poder Executivo, o qual possuía o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias conferidas ao poder legislativo da União.

Nesse sentido, embora o art.3º da Constituição de 1937 estabeleça que o Brasil é um Estado Federal, salta aos olhos que o federalismo preconizado pela Constituição de 1937 não possui os contornos do federalismo disciplinado no ordenamento jurídico vigente, uma vez que imperava a centralidade do poder político, jurídico e econômico, reduzindo a autonomia dos Estados e especialmente dos Municípios.

Depreende-se, pois, que a Constituição de 1937 era essencialmente centralizadora. Note-se que cabia ao Presidente da República a nomeação dos interventores, no âmbito estadual, cabendo a esses proceder à nomeação das autoridades municipais, nos termos dos arts. 8º,9º e 27º do texto constitucional.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes pronuncia que:

Como, ao longo da ditadura Vargas, o Congresso Nacional permaneceu fechado e, nesse período, o Presidente da República, usurpando-lhe as funções, editou milhares de decretos-leis, o que se teve de fato foi a mais completa permissividade jurídica, porque nenhum decreto-lei, eventualmente contrário à Constituição, seria passível de impugnação eficaz, dada a concentração, na pessoa do Chefe do Governo, do poder de legislar e da prerrogativa de acionar, em causa própria, o mecanismo de anticontrol de constitucionalidade engendrado pelos autores da nova Carta Política. (MENDES, 2007, p. 159-160)

Com efeito, o Decreto-lei nº 25/37 foi promulgado em pleno regime ditatorial, o que certamente repercutiu em alguns de seus dispositivos, em especial no art.5º, que dispõe sobre o tombamento de ofício.

Contudo, não se pode deixar de realçar o caráter inovador e vanguardista do Decreto-lei nº 25/37 como importante instrumento de proteção do direito difuso pertinente ao patrimônio cultural brasileiro, com fulcro na função social da propriedade. Registre-se que o Decreto-lei nº 25/37, apesar de se constituir em um ato unilateral, foi precedido de amplo debate no Congresso Nacional.

Convém colacionar os ensinamentos de Mário Ferreira de Pragmácio Telles que enaltece o Decreto-lei nº 25/37 como instrumento de proteção de direitos difusos.

A Constituição de 1891 reconhecia a plenitude do direito de propriedade, ressaltando, apenas, os casos em que houvesse desapropriação por

interesse público, não permitindo, por conseguinte, avanços na criação de novos instrumentos jurídicos que protegessem o interesse coletivo. Com a instalação de uma nova ordem jurídica, através do advento da Constituição de 1934 vislumbrou-se finalmente assento constitucional para se criar instrumentos jurídicos capazes de proteger o patrimônio cultural brasileiro sem, necessariamente, se utilizar o instituto da desapropriação, uma vez que, pela primeira vez, previu-se a função social da propriedade (art. 113, §177).

Nesse novo contexto criado pela previsão constitucional da função social da propriedade, marco legal indispensável na proteção dos interesses difusos, é que foi possível criar o DL 25/37, repita-se, pioneiro instrumento de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Como se tratava de um instrumento jurídico ousado para a época, não foram poucas as tentativas de expurgá-lo do ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de declará-lo inconstitucional. (TELES, 2017)

Portanto, o Decreto-lei nº 25/37 possui a peculiaridade de se constituir em um instrumento pioneiro, por interferir na propriedade privada em prol da proteção do interesse da coletividade, em pleno período ditatorial.

2 DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL –DA NECESSIDADE DE SE PROCEDER À INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, institui quais bens constituem o patrimônio cultural brasileiro e exemplifica várias formas de acautelamento, mencionando dentre elas o instituto do tombamento.

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

[...]

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

Convém anotar, que a Carta Magna, ainda no art.3º, inova ao estabelecer os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, com fins à efetivação da democracia tanto no âmbito econômico quanto social e cultural, além de conferir especial destaque à dignidade da pessoa humana.

É fato que o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 gerou impacto no ordenamento jurídico brasileiro, nele incluída a lei federal que dispõe sobre o tombamento – Decreto-lei nº 25/37.

Há de se asseverar que o Decreto-lei nº 25/37, promulgado no regime ditatorial, foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo entendimento pacífico nos tribunais.

TOMBAMENTO. DECRETO-LEI 25/37. RECEPÇÃO PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO (ART. 216). CONJUNTO ARQUITETÔNICO TOMBADO. REFORMA DE IMÓVEL DELE INTEGRANTE. 1. O Decreto-Lei 25/37 foi recepcionado pela atual Constituição, a qual, no parágrafo 1º do artigo 216, é expressa ao estabelecer que a proteção ao patrimônio cultural brasileiro far-se-á “por meio de inventários, registros, vigilância, *tombamento* e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”. 2. Estando comprovado que o imóvel tombado em causa foi objeto de modificação, sem autorização da autoridade administrativa competente, restou violado o comando previsto no artigo 17 do Decreto-Lei 25, de 30.11.1937. 3. A ausência do embargo da obra não obsta à incidência da necessidade de prévia autorização. Precedente desta Corte. 4. A ausência de averbação não constitui fundamento jurídico suficiente para afastar a obrigatoriedade da autorização administrativa para a realização de reforma no imóvel tombado, ou seja, a eficácia da limitação administrativa. Precedente desta Corte. 5. Apelação e remessa, tida por interposta, não providas. (TRF 1ª Região - AC 1998.01.00.093579-2/MT; APELAÇÃO CÍVEL; Relator: JUIZ LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.); Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR; Publicação: 05/09/2002 DJ p.128; Data da decisão: 08/08/2002) [Grifou-se]

No entanto, não obstante o diploma normativo em comento tenha sido recepcionado pela Carta Magna de 1988, faz-se necessário recorrermos à técnica da interpretação conforme, visando à concretização dos novos valores constitucionais.

Importa colacionar as lições de José Adércio Leite Sampaio a respeito da interpretação conforme a Constituição.

A técnica de “interpretação conforme” importa a exclusão de interpretações inconstitucionais da norma impugnada e a sua redução

ao único significado conforme a Constituição. Exige-se primeiramente que “os meios tradicionais” ou outros instrumentos de concretização revelem ou explicitem os vários sentidos da disposição, para, em seguida, haver a opção pela interpretação conforme. (SAMPAIO, 2002, p. 208-209)

Destarte, no presente trabalho, verificaremos qual é a melhor interpretação a ser conferida quanto ao procedimento a ser adotado com relação aos tipos de tombamento previstos no Decreto-lei nº 25/37, em face da nova ordem constitucional vigente. Para tanto, se procederá à análise dos arts. 5º, 7º e 9º do referido diploma normativo, a seguir transcritos.

Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que

houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

Nesse contexto, confrontaremos os citados preceitos normativos com alguns dos princípios consagrados na Constituição de 1988, com fins a explicitar a interpretação consonante com a ordem constitucional vigente.

3 ANÁLISE DOS ARTS. 5º, 7º E 9º DO DECRETO-LEI Nº 25/37 EM FACE AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS

3.1 DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

Conforme exposto acima, por ocasião da edição do Decreto-lei nº 25/37 existia no país um federalismo que pode ser qualificado como “ficto”, face a concentração de poder com o Presidente da República.

Note-se que o art.5º do Decreto-lei nº 25/37 é resultante desse federalismo excessivamente limitado, uma vez que o federalismo efetivo exige autonomia política e administrativa dos entes que compõem a federação.

Cumprе ressaltar que a Constituição de 1988 amplia a autonomia dos Estados e institui um novo modelo de federação ao proceder à inserção do Município na organização político-administrativa.

Alexandre de Moraes, assim, sintetiza a federação na Carta Magna de 1988:

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais. Essa decisão está consubstanciada nos arts. 1º e 18 da Constituição de 1988.

Além disso, a Constituição deve estabelecer os seguintes princípios:

- Os cidadãos dos diversos Estados-membros aderentes à Federação devem possuir a nacionalidade única dessa;

- Repartição constitucional de competência entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e município;
- Necessidade de que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria;
- Poder de auto-organização dos Estados-membros, Distritos Federal e municípios, atribuindo-lhes autonomia constitucional;
- Possibilidade constitucional excepcional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo;
- Participação dos Estados no Poder Legislativo Federal, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal;
- Possibilidade de criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado;
- A existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da Constituição Federal. (MORAES, 2006, p. 246)

Nessa seara, depreende-se que a realização de tombamento de ofício de bens pertencentes ao Estado e ao município, previsto no art.5º do Decreto-lei nº 25/37, não se coaduna com o princípio federativo, uma vez que a autonomia conferida a Estados e Municípios pela Carta Magna impede que ente federal, de ofício, restrinja o direito de propriedade dos demais entes federativos. Assim, a interpretação constitucionalmente possível para o referido artigo exige que esse seja restringido ao âmbito federal, a fim de contemplar a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Registre-se que foi adotada, em caso similar, a interpretação conforme pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3, ao examinar pedido liminar, conferindo aplicabilidade do art.17, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.666/93 apenas no âmbito da União, deferindo “*em parte a medida cautelar, para suspender, até decisão final da ação, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a eficácia da expressão ‘permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo’, contida na letra b do inciso I do art. 17, da Lei Federal nº 8.666, de 21.6.93*”.

Oportuno transcrever trecho do voto do Ministro Relator Carlos Velloso:

O *caput* do art. 17 veicula, sem dúvida, norma geral, [...] O inciso I do mesmo artigo contém, também, norma geral, [...] Não veicularia norma geral, na alínea b, que cuida da doação de imóveis, [...] No ponto,

a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a adoção a não ser para outro órgão, ou entidade da administração pública. Uma tal interpretação, constituiria vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens, a impedir, por exemplo, a realização de programas de interesse público...

[...]

Empresto, pois, interpretação conforme a Constituição ao citado dispositivo – art. 17, I, b: a expressão – ‘permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo’ – somente tem aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal.

Portanto, deve ser conferida interpretação conforme ao art.5º do Decreto-lei nº 25/37, a fim de não admitir face ao princípio federativo a instituição de tombamento de ofício perante os Estados e Municípios. Portanto, em princípio, seria admissível apenas no âmbito da União.

A menção no art. 5º do referido diploma normativo à União, aos Estados e aos Municípios suscita dúvida no que se refere à aplicabilidade do citado dispositivo às autarquias e fundações públicas. Observe-se que o art.2º do Decreto-lei nº 25/37 dispõe que “a presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.” Logo, considerando que o art.41 do Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – estabelece que são pessoas de direito público interno a União, Estados, Distrito Federal e Territórios, além das autarquias, associações públicas e demais entidades de caráter público criadas por lei, não pairam dúvidas quanto à abrangência do art. 5º do Decreto-lei nº 25/37 às autarquias e fundações públicas.

Esse é o sentido do art.5º do Decreto-lei nº 25/37, quando confrontado apenas com o princípio federativo da Carta Magna de 1988: é possível o tombamento de ofício no âmbito federal em relação a bens da União e de suas autarquias e fundações públicas, sendo que Estados, Distrito-Federal e Municípios, no exercício de sua autonomia administrativa poderão instituir tombamento de ofício de seus próprios bens, bem como as respectivas autarquias e fundações públicas.

3.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA

Como dito, o Decreto-lei nº 25/37 expressamente dispõe, em seu art.2º, que este se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

No entanto, o referido diploma normativo optou por estabelecer procedimento distinto para a efetivação do tombamento de bem público e privado.

Há de se asseverar que eventual diferença de tratamento deve estar respaldada na identificação de razão que a justifique, a fim de se observar o princípio da isonomia, previsto no art.5º da Carta Constitucional.

Celso Antônio Bandeira de Mello com maestria preconiza que:

43. Ao fim e ao cabo desta exposição teórica têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita. (MELLO, 2008, p. 47-48)

Importa destacar que não há um *discrimen* a autorizar a adoção de procedimentos distintos para o tombamento de bens privados e públicos. No primeiro momento, poder-se-ia cogitar que a intervenção na propriedade privada configuraria o referido *discrimen*. No entanto, o citado argumento não subsiste diante do fato dos efeitos do tombamento atingirem tanto o proprietário privado quanto o público.

Com efeito. Na hipótese de se concretizar o tombamento do bem, o proprietário de bem particular e o proprietário de bem público possuirão, dentre outros, o dever de conservação do bem.

Recorramos aos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro com relação às restrições impostas pelo instituto do tombamento.

O proprietário do bem tombado fica sujeito às seguintes obrigações:

1. positivas: fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa (art. 19); em caso de alienação onerosa do bem, deverá assegurar o direito de preferência da União, Estados e Municípios, nessa ordem, sob pena de nulidade do ato, sequestro do bem por qualquer dos titulares do direito de preferência e multa de 20% do valor do bem a que ficam sujeitos o transmitente e o adquirente; as punições serão determinadas pelo Judiciário (art. 22). Se o bem tombado for público, será inalienável, ressalvada a possibilidade de transferência entre a União, Estados e Municípios (art. 11).

2. negativas: o proprietário não pode destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas nem, sem prévia autorização do IPHAN, repará-las, pintá-las ou restaurá-las, sob pena de multa de 50% do dano causado (art. 17); também não pode, em se tratando de bens móveis, retirá-los do país, senão por curto prazo, para fins de intercâmbio cultural, a juízo do IPHAN (art. 14); tentada a sua exportação, a coisa fica sujeita a sequestro e o seu proprietário, às penas cominadas para o crime de contrabando e multa (art. 15);

3. Obrigação de suportar: o proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância. (DI PIETRO, 2006, p. 155-156)

Por outro lado, poder-se-ia pensar que o poder público possui melhores condições para proceder à conservação do bem tombado e, ainda, que este possui o dever de dar concretude ao interesse público concernente à proteção do patrimônio cultural. No entanto, verifica-se que são inúmeros os interesses públicos a serem resguardados e finitos os recursos públicos, de modo que pode haver interesse a justificar a apresentação de impugnação por qualquer ente público. De mais a mais, pode-se insurgir com relação a alguns aspectos do tombamento, como por exemplo, a sua extensão e o valor cultural que se pretende reconhecer.

Pois bem. Verifica-se limitação do direito de propriedade com relação a bens privados, bem como no que se refere a bens públicos. Logo, ambos possuem interesses a defender, devendo observar o mesmo procedimento, uma vez que não é legítimo interferir no direito de propriedade de qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, simplesmente procedendo-se à expedição de notificação em momento posterior à prática do ato.

Nesse contexto, não há razão plausível a justificar a adoção de procedimento distinto para bens públicos e privados.

3.3 DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Importa ressaltar a relevância da adoção do processo democrático em um Estado Democrático de Direito, uma vez que é através dele que se afere a legitimidade dos atos praticados, uma vez que este exige a explicitação da motivação das decisões e garante a participação dos interessados.

Consagrando o Estado Democrático de Direito, o art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Política de 1988 traz em seu bojo o princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha com propriedade discorre sobre os princípios constitucionais do processo administrativo:

A concepção de que o exercício da competência administrativa faz-se mediante processo, com natureza, fins e forma próprios, transferiu o pólo principal da doutrina jusadministrativa. Esta, antes centrada na tensão da produção do ato administrativo unilateral, impessoal e editado no desempenho de poder incontestável, passa a ser concebida e explicada como uma relação, que é formalizada para cumprir um fim exterior e superior ao seu autor. A vocação pública da atividade administrativa compreende, então, um contraditório formalizado, o que vem a dar num processo, caracterizado segundo essa condição de sua essência. Essa vocação administrativa como a sua forma de realização transformaram-se segundo a concepção de Estado dominante praticada. O Estado Democrático de Direito pressupõe uma Administração Pública e põe um direito administrativo compreendidos, explicados e vividos segundo os princípios que o norteiam, dos quais releva o da participação livre do cidadão no exercício do poder, aí inserida a fase de controle da competência desempenhada. Pelo que o contraditório livremente posto e impessoal, pública e eticamente considerado e resolvido faz parte da dinâmica administrativa. Logo, o processo administrativo passou a ser um instrumento da Administração Pública Democrática

buscada num Estado no qual esse regime político seja adotado. Assim considerada, o processo administrativo passou a ser considerado matéria constitucional, pois a sua garantia é fundamental como o é o processo judicial. A necessidade de se transportá-lo para a sede constitucional impôs-se, então, em razão das transformações tanto do Estado quanto dos princípios que o regime político democrático ostentam.

B.1.[...] Coube à Constituição da República de 1988, inserir, no elenco dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado, o do devido processo legal, com amplitude ineditamente concebida no direito brasileiro, ali se abrindo não mais apenas a garantia do processo penal e civil e da instrução crimina no caso do contraditório, mas também o processo administrativo. (ROCHA, 1997, p. 189-222)

É verdade, que após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não há mais espaço para uma Administração Pública autoritária, como podia se verificar por ocasião do Estado Novo.

Domina o entendimento de que o tombamento é um ato administrativo, o qual deve ser precedido de processo administrativo, observadas as garantias constitucionais.

Nesse sentido, citamos as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

[...] O tombamento é ato tipicamente administrativo, através do qual o Poder Público, depois de concluir formalmente no sentido de que o bem integra o patrimônio público nacional, intervém na propriedade para protegê-lo de mutilações e destruições. Trata-se de atividade administrativa, e não legislativa. Além do mais, o tombamento só é definido após processo administrativo no qual, frequentemente, há conflitos de interesses entre o Estado e o particular. Resulta aí que o ato de tombamento é passível de exame quanto à legalidade de seus vários elementos, como o motivo, a finalidade e a forma, etc. Ora, a lei que decreta um tombamento não pressupõe qualquer procedimento prévio, de modo que fica trancada para o proprietário qualquer possibilidade de controle desse ato, o que seria absurdo mesmo diante da circunstância de ser a lei, nesse caso, qualificada como lei de efeitos concretos, ou seja, a lei que, embora tenha forma de lei, representa materialmente um mero ato administrativo. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 764)

Assim sendo, diante dos princípios constitucionais democráticos, não há como se legitimar o tombamento de bens públicos ou privados sem que seja oportunizada a apresentação de impugnação pelos interessados.

Logo, a interpretação do art. 5º do Decreto-lei nº 25/37 conforme a Carta Magna vigente conduz à necessidade de se proceder à notificação prévia da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como respectivas autarquias e fundações públicas ofertando prazo para a apresentação de impugnação ao tombamento do respectivo bem público.

No que concerne ao tombamento voluntário, tanto o tombamento a pedido quanto o proveniente de anuência do interessado, previsto no art.7º do Decreto-lei nº 25/37, requer a expedição de notificação prévia para efetivação do tombamento. É imperioso perceber que após à apresentação do pedido de tombamento pelo interessado, a Administração irá proceder à realização de estudos técnicos, os quais irão determinar o objeto do tombamento e o reconhecimento dos valores que se visa a preservar. Segue-se que após a elaboração desses atos preparatórios, bem como do parecer técnico, se mostra necessário notificar, mesmo no tombamento voluntário a pedido, o proprietário para, querendo, apresentar impugnação ao tombamento do bem. Portanto, uma vez que se trata de restrição ao direito de propriedade, deve-se também no tombamento voluntário ser oportunizado ao proprietário o oferecimento de impugnação.

Nesse passo, reafirmamos o que já foi dito anteriormente. Deverá ser oportunizada a apresentação de impugnação a qualquer proprietário de bem público ou privado, independentemente do tipo de tombamento.

3.4 DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

A despeito do Decreto-lei nº 25/37 prevê, em seu artigo 9º, a figura do Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o referido conselho passa a ter maior relevância com a promulgação do novo texto constitucional, uma vez que o §1º do art.216 estabelece como instrumento da democracia participativa a colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro.

A propósito, o art.7º do anexo do Decreto nº 6844, de 07 de maio de 2009, dispõe sobre a composição do citado conselho, contemplando treze representantes da sociedade civil com conhecimento nos campos de atuação do Iphan, além de representantes de diversas entidades e órgãos.

É oportuno assinalar, nos termos do Decreto-lei nº 25/37, que cabe ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural proceder à valoração do bem que se pretende tomar, a fim de se aferir se este constitui parte integrante do patrimônio cultural.

Verifica-se, pois, que o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural representa uma forma de participação ativa da comunidade na proteção do patrimônio cultural, ainda que embrionária.

Desse modo, não obstante não haja previsão expressa nos arts. 5º e 7º do Decreto-lei nº 25/37 da participação do Conselho Consultivo, tanto o tombamento de bens públicos, quanto o tombamento voluntário, abrangida a hipótese de anuência, deverão ser apreciados pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Merece comentar que a Lei nº 6292, de 15 de dezembro de 1975, dispõe que o tombamento de bens no Iphan dependerá de homologação do Ministro da Cultura, após parecer do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Realmente, qualquer tombamento no âmbito do Iphan deve ser levado à apreciação do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

4 CASOS PRÁTICOS DE APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, 7º E 9º DO DECRETO-LEI Nº 25/37 CONFORME À CONSTITUIÇÃO

É importante frisar que de fato os órgãos e entidades públicas possuem interesse em participar de processo administrativo em que se pretende proceder ao tombamento de seus bens, observados os princípios processuais constitucionais.

Há de se asseverar que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, no âmbito do processo administrativo que se pretende proceder ao tombamento de bens públicos, expede para os órgãos e entidades públicas proprietárias de tais bens, a devida notificação, oportunizando a apresentação de impugnação.

Nesse contexto, elenca-se a seguir alguns casos de processos de tombamento de bens públicos em que se verificou a apresentação de impugnação por órgãos e entidades públicas.

- Processo de Tombamento nº 1.609-T-10 (processo administrativo nº 01508.000492/2010-75) - Tombamento do Conjunto Histórico e Paisagístico do Município de Antonina, no Estado do Paraná: Município de Antonina apresentou impugnação ao tombamento, alegando que este interfere no desenvolvimento econômico do município, em especial no Plano de Negócio-Antonina, Porto Público Organizado – Programa de arrendamentos de áreas e Instalações Portuárias do Porto de Antonina e Plano de Desenvolvimento e zoneamento portuário.

- Processo de Tombamento nº 0943-T-76 (processo administrativo nº 01510.000482/2009-57) - Tombamento do Forte de Araçatuba, Município

de Florianópolis, Estado de Santa Catarina - Fortaleza de N.Sa. da Conceição da Ilha de Araçatuba: a Secretaria do Patrimônio da União apresentou impugnação alegando, em síntese, que: as Leis nº 6.421/77 e 9.537/97, bem como a NORMAM-17 atribuem à autoridade marítima a competência para proteção e utilização de faróis; que os faróis se constituem em um dos meios utilizados para resguardar a segurança da navegação e, finalmente, que a instalação de equipamentos visando aprimorar a eficiência da sinalização náutica não pode ficar sujeita às restrições de uma coisa tombada.

- Processo de Tombamento nº 1598-T-10 (processo administrativo nº 01516.000022/2007-15) – Tombamento da Ponte Pênsil Afonso Pena, inclusive os pilares remanescentes da construção original, situada no Município de Itumbiara, Estado de Goiás e no Município de Araporã, Estado de Minas Gerais: o Município de Araporã apresentou manifestação de anuência ao tombamento da Ponte Pênsil Afonso Pena, inclusive os pilares remanescentes da construção original, situada no Município de Itumbiara, Estado de Goiás e no Município de Araporã, Estado de Minas Gerais, condicionada à concessão de autorização para a edificação de uma réplica da ponte original, atual Ponte Afonso Pena, utilizando-se os pilares remanescentes da construção original.

- Processo de Tombamento nº 1.384-T-97 (processo administrativo nº 01450.001272/2007-76) - Tombamento da Ilha de Trindade: a Marinha do Brasil, alega, em síntese, que a Ilha da Trindade possui importância científico-ambiental, além de se constituir em ponto de apoio importante para as forças navais em um conflito armado que envolva o Atlântico Sul, impugnando o tombamento do bem por razões de valor estratégico, científico e militar.

- Processo de Tombamento nº 1614-T-10 (processo administrativo nº 01450.012718/2010-93) - Tombamento do Centro Histórico de Manaus, Estado do Amazonas: o Estado do Amazonas em sua impugnação aduz que a notificação não veio acompanhada dos estudos técnicos justificadores do tombamento, inviabilizando a defesa judicial, em afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa; que precisa ser discutido se os imóveis tombados estão vinculados a fatos memoráveis da história nacional de modo a se justificar a intervenção do IPHAN e se a área pretendida não se encontra exageradamente delimitada; que os imóveis de valor histórico e artístico já foram tombados individualmente pelo Estado do Amazonas; que o IPHAN busca firmar a sua competência para o licenciamento de todas as atividades inseridas na área provisoriamente tombada; que o tombamento imposto pelo IPHAN, sem a colaboração da comunidade, agride o art. 216, §1º, da

Constituição Federal; que mesmo correndo o prazo para impugnação do tombamento pelo Estado do Amazonas, já se encontra agendada reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para o próximo dia 10 de dezembro; que a Lei 9784/99 estabelece a possibilidade de audiências e consultas públicas, na fase de instrução dos processos administrativos, tendo em vista a complexidade do tema e a extensão da área a ser tombada; que a matéria tratada no processo de tombamento é de interesse geral, especialmente da parcela da população que tem propriedades e desenvolve atividades econômicas no interior da área definida pelo IPHAN; que nos termos do art. 38 da Lei Nº 9.784/99, o Estado do Amazonas tem o direito de produzir provas visando infirmar os supostos documentos técnicos produzidos pelo IPHAN; que por força do art. 3º, III, da Lei Nº 9.784/99, o Estado do Amazonas tem o direito de elaborar alegações finais; que não é razoável que o IPHAN conduza o processo de tombamento de forma tão apressada, afinal nem o Centro Histórico de Manaus e tampouco os prédios históricos irão mudar de lugar.

- Processo de Tombamento nº 1071-T-82 (processo administrativo nº 01458.002987/2010-71) - Tombamento do Conjunto Arquitetônico, Urbanístico e Paisagístico dos bairros da Cidade Velha e Campina – Belém/PA: o Estado do Pará, após tecer considerações em sua impugnação a respeito da importância da proteção da Cidade Velha e Campina, aduz a necessidade de se proceder à individualização dos bens, uma vez que se trata de limitação administrativa. Por fim, salienta a necessidade de se proceder à consulta a todos os órgãos estaduais dos bens afetados, uma vez que cada órgão é quem conduz as decisões quanto aos projetos de construção, reforma e ampliação e a área a ser tombada é extremamente grande e importante, o que não foi possível no prazo constante na notificação.

- Processo de Tombamento nº 0526-T-55 (processo administrativo nº 01450.011183/2006-57) - extensão do polígono de tombamento do Conjunto Arquitetônico e Paisagístico do Santuário de Nossa Senhora da Piedade – Tombamento do Conjunto Histórico e Paisagístico da Serra da Piedade, localizada nos Municípios de Caeté e Sabará, Estado de Minas Gerais: Município de Caeté impugna a retificação do polígono de tombamento em decorrência da não apresentação dos mapas correspondentes à área em questão, o que inviabilizaria qualquer anuência em decorrência do desconhecimento quanto às efetivas modificações. Ressalta a extensão da área objeto de análise, destacando a possibilidade de se destinar aos mais devidos fins, sendo de extremo interesse do Município, seja econômico, cultural ou social.

Registre-se, por oportuno, que os bens públicos também podem ser objeto de tombamento voluntário a pedido, como por exemplo, o verificado no tombamento da Antiga Sede da Fazenda Valparaíso, hoje denominada Burundanga, bairro Mangabinha, conhecida como Casarão do Coronel Tertuliano Guedes de Pinho, Município de Itabuna, Estado da Bahia, de propriedade do Município, cujo pedido de tombamento foi formulado pelo prefeito do referido município. Nessa senda, no âmbito do Processo de Tombamento nº 1.604-T-10 (Processo Administrativo nº 01502.003508/2009-18) procedeu-se à expedição da devida notificação de tombamento oportunizando a apresentação de impugnação.

5 CONCLUSÃO

O tombamento tem por objeto tanto bens particulares quanto bens públicos, não havendo razão – *discrimen* – a justificar a adoção de procedimentos distintos para o tombamento dos mencionados bens.

Logo, deve-se adotar *procedimento único* para o tombamento de bens públicos ou privados, independentemente da iniciativa do tombamento ter ocorrido de forma voluntária ou compulsória.

Conclui-se, portanto, que a interpretação conforme a Carta Magna de 1988 a ser conferida aos arts. 5º, 7º e 9º do Decreto-lei nº 25/37 requer a expedição de notificação a todos os proprietários dos bens que se pretende tomar, oportunizando a apresentação de impugnação, em consonância com os princípios federativo, da igualdade jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa. Outrossim, o processo de tombamento, em todos os casos, deverá ser submetido à apreciação do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, a fim de dar concretude ao princípio da participação da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Por fim, importa relevar que esta é a única interpretação possível a conferir legitimidade à atuação estatal em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975*. Dispõe sobre o tombamento de bens no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *Decreto nº 6844, de 07 de maio de 2009*. A prova a estrutura regimental do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.344-360.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 758-772.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47051/46036>>. Acesso em: 28 ago.2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. *O revés da proteção*: apontamentos sobre o instituto do cancelamento de tombamento e suas implicações nas políticas de preservação do patrimônio cultural. Disponível em: <<http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2014/06/M%C3%A1rio-Ferreira-de-Pragm%C3%A1cio-Telles-et-alli.pdf>>. Acesso em: 30 ago.2017.



A Festa do Senhor do Bonfim - Acervo
IPHAN - Marcelo Reis.

A NECESSIDADE DE CRIAR MECANISMOS EFICIENTES DE FINANCIAMENTO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS COMO MEDIDA PARA DEMOCRATIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA

THE NEED TO CREATE EFFICIENT FINANCING MECHANISMS FOR CULTURAL PUBLIC POLICIES AS A MEASURE TO DEMOCRATIZE THE FUNDAMENTAL RIGHT TO CULTURE

Ivan Santos Nunes

Membro da Advocacia-Geral da União (Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Cultural). Especialista e Mestre em Direito Público. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Professor da Fundação

Getúlio Vargas

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Direito Fundamental à Cultura e sua consolidação por meio do Plano Nacional de Cultura, do Fundo Nacional de Cultura e do Sistema Nacional de Cultura; 2 A forma atual de financiamento das ações culturais pelo Fundo Nacional de Cultura; 3 Proposta de uma nova modelagem de financiamento para as políticas culturais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo detalha o contexto no qual está inserido o direito fundamental à cultura no Brasil, bem como a atual forma, absolutamente ineficiente, de financiamento pela União das ações e políticas públicas culturais nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios com recursos do Fundo Nacional de Cultura. Propõe uma modelagem mais dinâmica de financiamento das políticas públicas culturais, calcada em uma sistemática de transferência fundo a fundo e conclui que a forma de financiamento proposta garantirá o acesso pleno à cultura nas comunidades mais longínquas e fora dos grandes centros econômicos do país.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Fundamental à Cultura. Formas De Financiamento. Políticas Públicas Culturais. Modelagem Atual. Ineficiência. Proposta de Novo Paradigma. Máxima Efetividade ao Direito Constitucional de Acesso Pleno à Cultura.

ABSTRACT: This article explains the context of the fundamental right to culture in Brazil and discusses the absolutely inefficient current modelling of financing culture actions and public policies in Brazilian provinces with funds from the National Fund for Culture. It proposes a dynamic modelling to finance culture public policies, based on a systematic transfer from fund to fund, and concludes that the proposed paradigm of financing will ensure the full access to culture in the most remote places and outside of the great economic centers of the country.

KEYWORDS: Fundamental Right to Culture. Financing Mechanisms. Culture Public Policies. Current Modeling. Inefficiency. Proposal of Another Paradigm. Maximum Effectiveness of the Constitutional Right of Full Access to Culture.

INTRODUÇÃO

De início, é importante registrar que não é possível tratar dos mecanismos de financiamento das políticas públicas culturais, sem compreender os desafios impostos a todos os entes federados e à sociedade brasileira pelo Plano Nacional de Cultura - PNC.

Previsto no artigo 215 da Constituição Federal, o PNC foi instituído pela Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010, e se consolidou como um conjunto de princípios, objetivos, diretrizes, estratégias e metas, tendo por escopo precípuo orientar o poder público na formulação das ações e políticas culturais.

Seus objetivos institucionais estão traçados na citada Lei, os quais deixam claro, de antemão, as seguintes missões: a) reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira; b) proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial; c) valorizar e difundir as criações artísticas e os bens culturais; d) promover o direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções; e) universalizar o acesso à arte e à cultura; f) estimular a presença da arte e da cultura no ambiente educacional; g) estimular o pensamento crítico e reflexivo em torno dos valores simbólicos; h) estimular a sustentabilidade socioambiental; i) desenvolver a economia da cultura, o mercado interno, o consumo cultural e a exportação de bens, serviços e conteúdos culturais; j) reconhecer os saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores; l) qualificar a gestão na área cultural nos setores público e privado; m) profissionalizar e especializar os agentes e gestores culturais; n) descentralizar a implementação das políticas públicas de cultura; o) consolidar processos de consulta e participação da sociedade na formulação das políticas culturais; p) ampliar a presença e o intercâmbio da cultura brasileira no mundo contemporâneo; q) articular e integrar sistemas de gestão cultural.

Nesse sentido, para concretizar todos os objetivos e desafios acima citados, a Lei do PNC traçou diretrizes claras para o financiamento das ações e políticas culturais, determinando que o Fundo Nacional de Cultura - FNC, por meio de seus fundos setoriais, seja o principal mecanismo de fomento às políticas públicas da área.

Decidiu o legislador, com assertividade, que a alocação de recursos públicos federais destinados às mencionadas políticas nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios deveria ser efetivada por meio de fundos de cultura, devidamente acompanhados e fiscalizados pelos Conselhos Estaduais e Municipais de Cultura.

Em verdade, a legislação reconheceu a importância de instituir uma modalidade de financiamento mais dinâmica, menos burocrática e mais

transparente, com o escopo de que o direito fundamental de acesso à cultura pudesse ser efetivamente usufruído por todos os cidadãos brasileiros, em todos os entes da Federação.

Entretanto, mesmo diante do reconhecimento constitucional do direito à cultura, passaram-se quase 07 (sete) anos da edição da Lei do Plano Nacional e a sistemática de financiamento das ações e políticas culturais ainda não foi regulamentada pelo Poder Executivo Federal, conforme determinou o artigo 6º, parágrafo único da Lei nº 12.343, de 2010.

É imperioso ressaltar que uma nova modelagem de financiamento tem sido almejada nos mais diversos fóruns por gestores públicos das três esferas governamentais, bem como por integrantes dos vários segmentos culturais e sociais de todas as regiões do país. Acredita-se firmemente que o acesso pleno à cultura nas comunidades mais longínquas e fora dos grandes centros econômicos do Brasil dependerá de um novo paradigma de financiamento.

Até porque, pragmaticamente, o que se observa hoje é um Fundo Nacional altamente contingenciado por falta de mecanismos efetivos, flexíveis e transparentes para alocar recursos públicos federais nas ações culturais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Posto o cerne do presente estudo, faz-se mister detalhar o contexto em que está inserido o direito fundamental à cultura, bem como a atual forma de financiamento das ações culturais, além de propor uma nova modelagem de financiamento para as políticas públicas de cultura. Passemos aos temas relacionados.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA E SUA CONSOLIDAÇÃO POR MEIO DO PLANO NACIONAL DE CULTURA, DO FUNDO NACIONAL DE CULTURA E DO SISTEMA NACIONAL DE CULTURA

Com efeito, a Cultura é um direito humano de 2ª geração, presente em quase todas as constituições democráticas do mundo e que foi recepcionado pelos ordenamentos jurídicos dos estados democráticos de direito no contexto da internacionalização dos direitos humanos, no qual mencionados estados, além de expressamente incorporar aos seus ordenamentos, se obrigaram a promover tais direitos.

São esclarecedoras as lições do eminente professor André de Carvalho Ramos (2012, p. 18), no que se refere ao processo de internacionalização dos direitos humanos. É válido transcrevê-las.

Já o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui características singulares: 1) trata de direitos de todos, não importando a nacionalidade, credo, opção política, entre outras singularidades; 2) os Estados assumem

deveres em prol dos indivíduos, sem a lógica da reciprocidade dos tratados tradicionais; 3) os indivíduos têm acesso a instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo criado um conjunto de sofisticados processos internacionais de direitos humanos.

O passo decisivo para a internacionalização da temática dos direitos humanos foi a edição da Carta de São Francisco em 1945, que, além de mencionar expressamente o dever de promoção de direitos humanos por parte dos Estados signatários, estabeleceu ser tal promoção um dos pilares da Organização das Nações Unidas (ONU), então criada. No preâmbulo da Carta, reafirma-se a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres. Os artigos 55 e 56, por seu turno, explicitam o dever de todos os Estados de promover os direitos humanos. É a Carta de São Francisco, sem dúvida, o primeiro tratado de alcance universal que reconhece os direitos fundamentais dos seres humanos, impondo o dever dos Estados de assegurar a dignidade e o valor de todos. Pela primeira vez, o Estado era obrigado a garantir direitos básicos a todos sob sua jurisdição, quer nacional ou estrangeiro.

Nesse contexto, os direitos culturais, além de serem direitos humanos previstos expressamente na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, encontram-se devidamente normatizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, indubitavelmente, devido a sua relevância como elemento dinamizador do desenvolvimento social da Nação.

Nas palavras do ilustre doutrinador Guilherme Varella (2014, p. 53), “os direitos culturais cumprem todos os requisitos para serem considerados direitos fundamentais” e permitem o respeito à dignidade, a partir do reconhecimento da identidade do indivíduo e do aproveitamento de suas qualidades. Além disso, “são considerados essenciais para preservar alguns pilares da dignidade humana, como igualdade, integridade física, moral e social, liberdade e solidariedade”.

Não foi por outra razão que o artigo 215 da Magna Carta garantiu a todos os cidadãos brasileiros o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da Cultura Nacional, protegendo integralmente todas as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. *Litteris:*

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

É certo que a Cultura reflete o modo de vida de uma sociedade, além de interferir em seu modo de pensar e agir, sendo fator de fortalecimento da identidade de um povo e, indubitavelmente, uma das molas propulsoras do desenvolvimento social e econômico de qualquer país.

Vale à pena citar as premissas do renomado professor José Márcio Barros (BARROS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2011, p. 28).

A cultura refere-se tanto ao modo de vida total de um povo – isso inclui tudo aquilo que é socialmente aprendido e transmitido, quanto ao processo de cultivo e desenvolvimento mental, subjetivo e espiritual, através de práticas e subjetividades específicas, comumente chamadas de manifestações artísticas.

Nesse cenário, o reconhecimento constitucional do direito de acesso pleno à cultura abriu espaço para a edição da Lei do PNC, na qual foi definida uma sistemática especial de financiamento das diversas ações e políticas culturais previstas em seu corpo. Importante transcrever abaixo os artigos 5º e 6º da Lei nº 12.343, de 2010, para uma melhor compreensão do tema.

Art. 5º O Fundo Nacional de Cultura, por meio de seus fundos setoriais, será o principal mecanismo de fomento às políticas culturais.

Art. 6º A alocação de recursos públicos federais destinados às ações culturais nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios deverá observar as diretrizes e metas estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Os recursos federais transferidos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios deverão ser aplicados prioritariamente por meio de Fundo de Cultura, que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Cultura, na forma do regulamento.

Resta nítido que para atingir todas as metas delineadas no Plano Nacional, seria absolutamente imprescindível estipular uma nova forma de financiamento e de alocação de recursos, diferente do que já existe para

outras searas. As políticas públicas culturais exigem um maior dinamismo por conta de sua própria natureza, a qual não se encaixa em modelos pré-definidos de projetos. Tais políticas devem estar em sintonia com as demandas da sociedade, sem que todas as suas fases sejam executadas apenas pelo Estado, mas sim mediante uma parceria plena e viva com a comunidade.

Lamentavelmente, essa nova forma de financiamento não saiu do papel. Na atualidade, a alocação de recursos do Fundo Nacional para Estados, Distrito Federal e Municípios é efetivada mediante convênios, previstos no artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentados pelo Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 e pela Portaria Interministerial nº 424, de 30 de dezembro de 2016, dos Ministérios da Fazenda, do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, e da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

Dessa feita, em que pese a autorização legal para criar uma sistemática própria e mais eficiente de financiamento público, a transferência de recursos do FNC se utiliza de regras altamente burocráticas e contraproducentes.

Não é por outra razão que a regulamentação dos artigos 5º e 6º da Lei nº 12.343, de 2010, é uma medida estratégica e urgente para estruturar e qualificar a gestão cultural, sendo absolutamente necessária para democratizar o direito constitucional de acesso à cultura, o qual, certamente, é essencial para o desenvolvimento socioeconômico brasileiro. Até porque, em um cenário de recursos escassos e contingenciamentos rotineiros por conta da crise fiscal, o FNC tem uma missão relevantíssima para desenvolvimento de ações culturais nos demais entes federados.

É forte a concepção de que em virtude da falta de mecanismos de financiamento eficazes e transparentes, não se alcançou uma consolidação do Sistema Nacional de Cultura - SNC, também previsto na Lei nº 12.343, de 2010, que tem por objetivo maior fortalecer a gestão das políticas públicas para a cultura, por meio das seguintes ações: a) ampliação das capacidades de planejamento e execução de metas; b) articulação das esferas dos poderes públicos; e c) estabelecimento de redes institucionais das três esferas de governo e da articulação com instituições e empresas do setor privado e organizações da sociedade civil.

Como é cediço, uma das metas mais relevante do Plano Nacional é consolidar a implantação do SNC, como instrumento de articulação, gestão, informação, formação, fomento e promoção de políticas públicas de cultura com participação e controle da sociedade civil e envolvendo todos os entes federados.

Por imposição legal, a implementação do SNC deve promover a constituição e/ou fortalecimento de órgãos gestores da cultura, dos conselhos

de política cultural, das conferências de cultura, dos sistemas setoriais de cultura, das comissões intergestoras, dos sistemas de financiamento à cultura, dos planos e orçamentos participativos para a cultura e dos programas de formação na área da cultura.

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que um dos pilares estruturantes para cumprir as ambiciosas metas do Plano Nacional é justamente consolidar o SNC, por meio do fortalecimento dos sistemas de financiamento à cultura, o que ensejará, por via de consequência, um maior dinamismo e transparência na alocação de recursos do FNC.

Sem esse arranjo devidamente engrenado, o acesso e a democratização dos direitos culturais restarão prejudicados, havendo uma excessiva concentração de recursos do FNC nos grandes centros econômicos do Brasil e sempre para os grandes produtores culturais.

2 A FORMA ATUAL DE FINANCIAMENTO DAS AÇÕES CULTURAIS PELO FUNDO NACIONAL DE CULTURA

A alocação de recursos do FNC para Estados e Municípios é efetivada mediante convênios. Como se sabe, conceitualmente, convênio é um instrumento de transferência de recursos financeiros de órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, para órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual, Distrital ou Municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos vinculadas ao Sistema Único de Saúde, visando à execução de projeto ou atividade de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação¹.

Com todo respeito ao instituto dos convênios, é certo que ele é inservível para as políticas públicas culturais, que necessitam de um maior dinamismo por conta de sua própria natureza, a qual não se encaixa em modelos pré-estabelecidos de projetos, como já mencionado anteriormente.

Marcelo Gruman expressa com maestria esse dinamismo. *Verbis*:

Podemos dizer que “cultura” refere-se ao significado que um grupo social dá à sua experiência, incluindo aqui ideias, crenças, costumes, artes, linguagem, moral, direito, culinária, etc. A cultura é dinâmica, se recicla incessantemente incorporando novos elementos, abandonando antigos, mesclando os dois, transformando-os num terceiro com novo sentido. Tratamos, portanto, do mundo das representações, incorporadas simbolicamente na complexidade das manifestações

¹ Conceito extraído da Portaria Interministerial nº 424, de 2016, devidamente ajustado à Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que instituiu o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC).

culturais. Cultura não é acessório da condição humana, é sim seu substrato. (RENNÓ, 2011, p. 23).

Forte nessa ideia, quando se exige para firmar um convênio inúmeros requisitos e um sofisticado planejamento desde o seu plano de trabalho, cria-se uma modelagem altamente burocrática e dificultosa, a qual, por vezes, não será atendida por entes federados que estão fora dos grandes centros econômicos do Brasil.

Para se ter noção da complexidade do processo para conveniar, é imperioso transcrever algumas competências e responsabilidades dos convenentes, previstas no artigo 7º da mencionada Portaria Interministerial nº 424, de 2016.

Art. 7º São competências e responsabilidades dos proponentes ou convenentes:

I - encaminhar ao concedente ou à mandatária suas propostas ou planos de trabalhos, na forma e prazos estabelecidos;

II - definir por etapa ou fase a forma de execução, direta ou indireta, do objeto ajustado;

III - elaborar os projetos técnicos relacionados ao objeto pactuado, reunir toda documentação jurídica e institucional necessária à celebração do instrumento, de acordo com os normativos do programa, bem como apresentar documentos de titularidade dominial da área de intervenção, licenças e aprovações de projetos emitidos pelo órgão ambiental competente, órgão ou entidade da esfera municipal, estadual, distrital ou federal e concessionárias de serviços públicos, conforme o caso, e nos termos da legislação aplicável;

IV - executar e fiscalizar os trabalhos necessários à consecução do objeto pactuado no instrumento, observando prazos e custos, designando profissional habilitado no local da intervenção com a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica - ART;

V - assegurar, na sua integralidade, a qualidade técnica dos projetos e da execução dos produtos e serviços estabelecidos nos instrumentos, em conformidade com as normas brasileiras e os normativos dos programas, ações e atividades, determinando a correção de vícios que possam comprometer a fruição do benefício pela população beneficiária, quando detectados pelo concedente, mandatária ou pelos órgãos de controle;

VI - selecionar as áreas de intervenção e os beneficiários finais em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo concedente ou mandatária, podendo estabelecer outras que busquem refletir situações de vulnerabilidade econômica e social, informando ao concedente ou a mandatária sempre que houver alterações;

VII - realizar, sob sua inteira responsabilidade, sempre que optar pela execução indireta de obras e serviços, o processo licitatório nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, e demais normas pertinentes à matéria, assegurando a correção dos procedimentos legais, a suficiência do projeto básico, da planilha orçamentária discriminativa do percentual de Encargos Sociais e de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI utilizados, cada qual com o respectivo detalhamento de sua composição, por item de orçamento ou conjunto deles, além da disponibilização da contrapartida, quando for o caso;

VIII - apresentar declaração expressa firmada por representante legal do órgão ou entidade convenente, ou registro no SICONV que a substitua, atestando o atendimento às disposições legais aplicáveis ao procedimento licitatório, observado o disposto no art. 49 desta Portaria;

IX - exercer, na qualidade de contratante, a fiscalização sobre o contrato administrativo de execução ou fornecimento - CTEF;

[...]

Além dessas inúmeras exigências, tem-se todas as dificuldades operacionais impostas pelo Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV. Trata-se de um sistema obrigatório na modelagem dos convênios, altamente burocrático e sem nenhuma interatividade com o usuário. Para se ter em conta a dimensão do problema, o sistema é gerido por uma Comissão de 06 órgãos públicos Federais, que precisam ser consultados para implementar qualquer melhoria ou ajuste operacional no SICONV.

Não é à toa que há um movimento crescente em se criar modelos específicos de transferência de recursos, nos quais sempre se deixa claro que não se utilizará convênio. Cite-se, como exemplo, o Plano de Ações Articuladas para as Políticas Públicas Educacionais - PAR, instituído pela Lei nº 12.695, de 25 de julho de 2012, que em seu artigo 4º, deixa claro que a União, por meio do Ministério da Educação, fica autorizada a transferir recursos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios,

com a finalidade de prestar apoio financeiro à execução das ações do PAR, sem a necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato.

Trilharam o mesmo caminho, o novo Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação, inaugurado pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016 e o atual Marco Legal das Fundações de Apoio às Instituições Superiores de Ensino, instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação (Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, alterada pela Lei nº 12.863, de 24 de setembro de 2013).

Uma outra modelagem específica que foge do sistema de convênios é a Política Nacional de Cultura Viva. Gestada no âmbito do Ministério da Cultura e instituída pela Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014, as ações da mencionada política, as quais também podem ser custeadas pelo FNC, passaram a ser viabilizadas por meio de termo de compromisso cultural, no qual se transfere de forma direta os recursos às entidades culturais integrantes do Cadastro Nacional de Pontos e Pontões de Cultura, com a finalidade de prestar apoio financeiro à execução das ações da política em comento.

Para um maior detalhamento, vale citar os objetivos estratégicos da Política de Cultura Viva, que inaugurou no Ministério da Cultura uma sistemática de repasse de recursos bem mais simplificada. São eles: a) garantir o pleno exercício dos direitos culturais aos cidadãos brasileiros, dispondo-lhes os meios e insumos necessários para produzir, registrar, gerir e difundir iniciativas culturais; b) estimular o protagonismo social na elaboração e na gestão das políticas públicas da cultura; c) promover uma gestão pública compartilhada e participativa, amparada em mecanismos democráticos de diálogo com a sociedade civil; d) consolidar os princípios da participação social nas políticas culturais; e) garantir o respeito à cultura como direito de cidadania e à diversidade cultural como expressão simbólica e como atividade econômica; f) estimular iniciativas culturais já existentes, por meio de apoio e fomento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; g) promover o acesso aos meios de fruição, produção e difusão cultural; h) potencializar iniciativas culturais, visando à construção de novos valores de cooperação e solidariedade, e ampliar instrumentos de educação com educação; i) estimular a exploração, o uso e a apropriação dos códigos, linguagens artísticas e espaços públicos e privados disponibilizados para a ação cultural.

Em que pese a nova modelagem de alocação de recursos ser mais simplificada e dinâmica, é digno de nota que a Política de Cultura Viva ainda não apresentou resultados expressivos. Acredita-se que por falta de interação efetiva entre o Ministério da Cultura e os Pontos e Pontões de

Cultura, bem como pela ausência de treinamento específico e profissional dos dirigentes das comunidades locais.

Ademais, tentou-se avançar muito na temática de prestação de contas, tendo por objetivo um controle por resultado. Ocorre que esse modelo de controle exige uma preparação do proponente e um planejamento eficaz das ações culturais pactuadas nos termos de compromisso cultural, o que, pragmaticamente, não se constata.

Por derradeiro, a última sistemática de repasse de recursos do FNC é a que se apoia no Marco Legal das Parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, também conhecido como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC.

Criado pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia.

Em verdade, buscou a legislação em análise assegurar, essencialmente: a) o reconhecimento da participação social como direito do cidadão; b) a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva; c) a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável; d) o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas; e) a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social; f) a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa; g) a promoção e a defesa dos direitos humanos; h) a preservação, a conservação e a proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente; i) a valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais; j) a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial.

Nesse sentido, o MROSC inaugurou um sistema próprio de parcerias, fulcrado nos termos de fomento e de colaboração, trazendo medidas desburocratizantes, que se materializaram em grandes avanços diante do modelo de convênios, até então, majoritariamente, utilizado para a relação com as organizações da sociedade civil. Abriu-se espaço para se prestigiar o cumprimento do objeto, em detrimento dos formalismos exagerados dos convênios.

Importante transcrever as lúcidas e consistentes palavras do colega Procurador Federal, Roberto Vilas-Boas Monte, na obra Marco Regulatórios das Organizações da Sociedade Civil (MENDES, 2017, p. 211).

O MROSC prima, no processo de prestação de contas, por uma política de controle de resultados, com ênfase na verificação do alcance das metas

previstas e do cumprimento do objeto pactuado, com análise sempre guiada pela busca da verdade real. Há uma clara opção legal por um modelo de controle finalístico, em que amiúdes financeiras mostram-se exigíveis apenas nos casos de descumprimento das obrigações de resultados assumidas na assinatura do ajuste.

Por oportuno, é essencial trazer a lume as lições de quem conduziu a elaboração do MROSC na Secretaria de Governo da Presidência da República, que sintetizaram os avanços trazidos pelo novo marco legal. As autoras Laís de Figueirêdo Lopes, Bianca dos Santos e Viviane Brochardt utilizaram-se das seguintes diretrizes:

A aprovação da Lei 13.019/2014, conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, representa uma grande conquista. Com sua entrada em vigor em 23 de janeiro de 2016 na União, Estados e Distrito Federal, e nos Municípios em 1º de janeiro de 2017, passa a ser estabelecido um novo regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações por meio de novos instrumentos jurídicos: os termos de Fomento e de Colaboração, no caso de parcerias com recursos financeiros, e o Acordo de Cooperação, no caso de parcerias sem recursos financeiros.

A nova lei vai impactar as relações entre poder público e OSCs em todo o País. A sua implementação estimula a gestão pública democrática nas diferentes esferas de governo e valoriza as organizações da sociedade civil como parceiras do Estado na garantia e efetivação de direitos.

As parcerias entre o Estado e as organizações da sociedade civil qualificam as políticas públicas, aproximando-as das pessoas e das realidades locais e possibilitando a solução de problemas sociais específicos de forma criativa e inovadora.

Com a nova lei, as OSCs podem ampliar suas capacidades de atuação e incorporar muitas de suas pautas à agenda pública. Além disso, as parcerias com o poder público estão agora amparadas em regras claras e válidas em todo o País, com foco no controle de resultados das parcerias.

Com um marco legal próprio e práticas institucionais que valorizem as OSCs, é possível responder adequadamente às necessidades de uma sociedade civil atuante, que se expandiu e diversificou nas últimas

décadas e que tem muito a contribuir com a democracia brasileira. (BROCHARDT; DOS SANTOS; LOPES, 2016, p.11).

Ocorre que mesmo diante dos ganhos e avanços trazidos pela legislação em comento, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão determinou a utilização do SICONV para as mencionadas parcerias. Ou seja, se obteve apenas um ganho formal, haja vista que, pragmaticamente, continuam sendo utilizadas ferramentas arcaicas e altamente burocráticas.

Desse contexto, tem-se que a falência dos modelos atualmente existentes enseja a necessidade de inaugurar um novo paradigma de financiamento e alocação de recursos do FNC. Partamos para concretizar uma proposta.

3 PROPOSTA DE UMA NOVA MODELAGEM DE FINANCIAMENTO PARA AS POLÍTICAS CULTURAIS

Como mencionado, o FNC é o principal mecanismo de fomento às políticas culturais no Brasil. Nesse sentido, visando dar efetividade e possibilitar a real implementação dessas políticas, torna-se imperioso estabelecer as condições gerais para a transferência de recursos públicos federais destinados às ações de cultura a serem executadas nos Estados, Distrito Federal e nos Municípios.

Uma modelagem possível, que vem sendo debatida técnica e juridicamente pelo Ministério da Cultura e pela Casa Civil da Presidência da República é a instituição de uma sistemática de transferência de fundo a fundo. Explico melhor. Toda a transferência dos recursos do Fundo Nacional para os demais entes federados se efetivaria por meio da alocação de recursos nos fundos de cultura estaduais, distrital e municipais.

Propõe-se incorporar às políticas culturais modelagens de transferência que já existem hoje para parte das políticas educacionais. Seria, basicamente, utilizar os fundamentos da transferência do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, adotando-se uma sistemática de transferência voluntária para as ações culturais, tal como existe na Lei do PAR (Lei nº 12.695, de 2012).

É imperioso detalhar pormenorizadamente as políticas educacionais citadas para se chegar ao formato de financiamento que poderia ser adotado para as ações culturais.

Na atualidade, o FUNDEB, instituído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006, é a principal estratégia para equalização de oportunidades

educacionais no Brasil. Trata-se de fundo contábil destinado à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração.

Note-se que, à diferença do financiamento do Sistema Único de Saúde e do Sistema Único de Assistência Social, o FUNDEB é composto na verdade por vinte e sete fundos de âmbito estadual. Ou seja, existe uma pluralidade de fundos nos demais entes federados, que recebem recursos de acordo com critérios técnicos, objetivos e pré-estabelecidos em norma.

Dessa feita, utilizar os principais fundamentos das transferências de fundo a fundo já consolidados no âmbito do FUNDEB seria um grande avanço para a alocação de recursos do FNC nos demais entes da Federação.

Ademais, poderiam ser incorporados algumas diretrizes do PAR, programa que historicamente se configurou como um planejamento dinâmico da educação dos Municípios, Estados e Distrito Federal, sempre em caráter plurianual. Um aspecto interessante do PAR é o seu processo de elaboração, ou seja, um processo plural, democrático e participativo, que conta com gestores, representantes da sociedade civil e educadores locais.

Mencionada política educacional exige uma interação célere e eficiente entre os entes federados, que é materializada por um apoio técnico e financeiro prestado em caráter suplementar e voluntário pela União às redes públicas de educação básica dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante a pactuação de metas e ações a serem financiadas com recursos federais.

Como detalhado anteriormente, uma das causas do sucesso do PAR foi a autorização legal para que as transferências voluntárias decorrentes do Programa pudessem ser feitas de forma mais célere e menos burocrática por meio de termo de compromisso, sem a necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato. Isso flexibilizou sobremaneira a gestão escolar, além de colocar as transferências voluntárias sob um planejamento macro.

Dessa forma, o que se entende viável para a sistemática da cultura, seria uma transferência do FNC para os Fundos Estaduais e Municipais, com o fito de viabilizar um apoio técnico e financeiro, prestado em caráter suplementar e voluntário pela União às diversas ações e políticas públicas culturais, a serem desenvolvidas nos demais entes federados.

É relevante destacar que esse mecanismo de financiamento, caso seja viabilizado, teria uma estrutura democrática, descentralizada e transparente para os repasses do FNC.

Com o novo paradigma haveria o fortalecimento do SNC, uma vez que seria imprescindível aderir ao Sistema Nacional para fazer parte dessa nova modelagem. Isto porque a adesão ao SNC vincula o ente federado às diretrizes e metas do PNC. Ressalte-se que, atualmente, 2238 Municípios,

27 Estados e o Distrito Federal já formalizaram o acordo de cooperação federativo para desenvolvimento do SNC².

O modelo precisaria abarcar a sociedade civil na sua composição, que poderia se fazer representar por meio de conselhos de política cultural e demais órgãos colegiados nas diversas esferas de governo, com os seus sistemas e suas respectivas políticas e instituições culturais, incluindo os subsistemas setoriais já existentes, conforme preveem os artigos 215 e 216-A da Constituição Federal.

Uma atenção especial poderia ser dedicada aos municípios com população inferior a 50 mil habitantes, posto que deveria ser oferecida a possibilidade de acesso ao financiamento de políticas municipais de cultura dispensando a exigência de contrapartida para as transferências de recursos entre os entes, o que evitaria a exclusão daqueles municípios sem possibilidade econômica de oferecer contrapartida.

No que tange à gestão de políticas públicas culturais, a proposta da nova modelagem em questão teria como pressuposto básico garantir o acesso ao financiamento de políticas culturais em todas as regiões do Brasil. A descentralização certamente estimularia e contribuiria com a participação e controle social em todo o processo de execução das políticas.

Evidentemente, que o citado controle social não afasta o controle interno e externo dos órgãos estatais, os quais continuariam com competência plena para fiscalizar os repasses e a aplicação dos recursos públicos do FNC.

Nesse sentido, cabe destacar que as premissas estruturantes da proposta seriam organizar e estabelecer, no âmbito do financiamento de políticas culturais, os princípios, as diretrizes comuns, as atribuições, as responsabilidades e os instrumentos de controles entre os entes federativos em face das transferências de recursos entre os fundos dos entes federados.

Com isso, se chegaria a um modelo mais eficiente, menos burocrático e mais transparente, calcado em um controle social e nos resultados das ações e das políticas públicas, sem as amarras e exigências dificultosas atualmente existentes.

4 CONCLUSÃO

Sem sombra de dúvidas, o que perpassa a necessidade de instituir uma nova modelagem de financiamento das políticas públicas culturais é o objetivo maior de promover o acesso e a democratização dos direitos culturais.

2 Informação obtida no âmbito da Secretaria de Articulação e Desenvolvimento Institucional do Ministério da Cultura e disponível no bojo do Processo SEI nº 01400.225765/2016-86.

As inovações trazidas por uma sistemática efetiva de transferência de recursos do FNC para os fundos estaduais, distrital e municipais, poderia viabilizar um apoio técnico e financeiro eficaz, prestado em caráter voluntário, às diversas ações e políticas públicas culturais, buscando o cumprimento das metas traçadas no Plano Nacional.

Como defendido, acredita-se que com essa modalidade de financiamento se alcançará uma gestão mais democrática, mais descentralizada e muito mais transparente dos recursos públicos do Fundo Nacional.

Para tanto, torna-se imperiosa a regulamentação dos artigos 5º e 6º da Lei nº 12.343, de 2010, com o fito de democratizar o direito fundamental de acesso à cultura, consagrado em nossa norma de maior dignidade, a Constituição Federal.

Também se alcançará um descontingenciamento do FNC, medida que atualmente se impõe, com o objetivo de acabar com excessiva concentração de recursos para os grandes produtores culturais dos grandes centros econômicos do país.

Sem contar que com o fortalecimento das políticas públicas culturais nos Estados e nos Municípios, certamente haverá uma estruturação dos Pontos e Pontões de Cultura, ensejando uma maior efetividade da Política Nacional de Cultura Viva.

Contudo, é preciso romper com o paradigma jurídico-administrativo clássico, típico do Estado burocrático, baseado no controle prévio dos atos e negócios jurídicos, na excessiva burocracia e na execução apenas pelo Estado de todas as atividades que a sociedade demanda.

Hannerz (1997, p. 12) explica com maestria que para manter a cultura em movimento, “as pessoas, enquanto atores e redes de atores, tem de inventar cultura, refletir sobre ela, fazer experiências com ela, recordá-la (ou armazená-la de alguma outra maneira), discuti-la e transmiti-la”.

Por esta razão os institutos jurídico-administrativos clássicos do Estado burocrático não servem para atender às demandas da área cultural que precisam estar vivas e em movimento. É preciso um novo paradigma, novos conceitos de direito administrativo, novas formas de atuação do Estado em relação as suas parcerias. Foi esse o espírito da presente proposta de financiamento das políticas públicas culturais.

Forte na premissa de que a Cultura, por essência, é dinâmica e não se encaixa em modelos pré-definidos de projetos, os instrumentos de financiamento das ações culturais devem estar em sintonia com as demandas da sociedade, até porque seu êxito será um fator de fortalecimento da identidade de um povo e, indubitavelmente, uma das molas propulsoras para desenvolvimento social e econômico do Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROS, José Márcio; OLIVEIRA JÚNIOR, José (Org.). *Pensar e agir com a cultura: desafios da gestão cultural*. Belo Horizonte: Observatório da Diversidade Cultural, 2011.

BROCHARDT, Viviane; DOS SANTOS, Bianca; LOPES, Laís de Figueirêdo. *Entenda o MROSC: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*. Lei 13.019/2014. Brasília: Presidência da República, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HANNERZ, Ulf. Fluxos, fronteiras, híbridos: palavras-chave da antropologia transnacional. *Mana*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 7-39, abr. 1997.

MENDES, Michelle Diniz (Coord.). *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RENNÓ, Lúcio (Org.). *Coletânea de políticas públicas de cultura: práticas e reflexões*. Brasília: Ministério da Cultura, 2011.

VAITSMAN, Jeni et al. *O Sistema de Avaliação e Monitoramento das Políticas e Programas Sociais*. Brasília: Unesco, 2006.

VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014.



PATRIMONIO NAVAL E MERCADO VER O PESO EM BELÉM- ACERVO DO IPHAN
JOSÉ PAULO LACERDA

DIREITO À CULTURA E EDUCAÇÃO PATRIMONIAL: A EXPERIÊNCIA DOS ROTEIROS GEO-TURÍSTICOS EM BELÉM-PA

*RIGHT TO CULTURE AND HERITAGE EDUCATION: THE
EXPERIENCE OF GEOTOURISM ROUTES IN BELÉM-PA*

Lise Tupiassu

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procuradora Federal em exercício na
Procuradoria Federal no Estado do Pará). Doutora em Direito pela Université
Toulouse I - Capitole. Mestre em Direito pela Université Paris I – Panthéon-Sorbonne*

Maria Goretti Tavares

*Pós-Doutora pela Université Paris I – Panthéon-Sorbonne. Doutora e Mestre em
Geografia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bacharel em Direito
e Geografia pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora da Faculdade e do
Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal do Pará (UFPA)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A cultura como um feixe de direitos fundamentais; 2 A educação patrimonial para a promoção do direito à cultura; 3 O caso dos roteiros Geo-turísticos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho busca identificar em que medida a valorização de experiências práticas diferenciadas voltadas à ressignificação do turismo podem se constituir como instrumentos privilegiados para a implementação de direitos fundamentais e, em especial, do direito à cultura. A partir da análise do direito à cultura enquanto feixe de direitos fundamentais, pautando-se na concepção teórica de Robert Alexy, o trabalho discorre sobre a importância da educação patrimonial em sua implementação. Utilizando pesquisa bibliográfica, o trabalho identifica que esta estratégia de compreensão sócio-histórica das referências culturais pode funcionar como instrumento de concretização do aspecto substancial do direito à cultura, servindo como ferramenta de participação e integração da sociedade em seu processo construtivo e cognitivo. Por fim, ilustrando tal interrelação, o trabalho analisa a configuração e os resultados obtidos com os Roteiros Geo-Turísticos implementados em Belém do Pará, experiência reconhecida e premiada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Cultura. Educação Patrimonial. Ressignificação do Turismo.

ABSTRACT: This work seeks to identify how the valuation of differentiated practical experiences involving re-signification of tourism can be privileged instruments for the implementation of fundamental rights, and especially the right to culture. From the analysis of the right to culture as a bundle of fundamental rights, based on the theoretical conception of Robert Alexy, the paper discusses the importance of heritage education in its implementation. Using a bibliographical research, the work identifies that this strategy of socio-historical understanding of cultural references can act as an instrument to concretize the substantial aspect of the right to culture, serving as a tool for participation and integration of society in its constructive and cognitive process. Finally, illustrating this interrelationship, the work analyzes the configuration and the results obtained with Roteiros Geo-Turísticos implemented in Belém-Pará, an experience recognized and awarded by the Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

KEYWORDS: Right to Culture. Heritage Education. Tourism Resignification.

INTRODUÇÃO:

O Direito é o instrumento através do qual se gera e se gere a vida em sociedade. Concebido como responsável por sua criação, ou criado por ela para sua manutenção, resta inegável que o Direito é peça chave para o funcionamento da realidade social, alterando-a e sendo por ela alterado de acordo com o momento e a evolução histórica inerente a cada cultura.

O Direito tem, portanto, uma relação muito próxima com a cultura, sendo que a realidade cultural muda a norma, da mesma forma que a norma muda a realidade cultural.

A palavra cultura, porém, importa em um termo “guarda-chuva” que comporta os mais variados apelos, pressupondo, do direito à vida ao direito de criar novas referências (FARIA, 1997), como também o direito ao acesso e conhecimento da história e do patrimônio, capazes de proporcionar novos olhares sobre a memória e o passado.

Nesta perspectiva, diante de sua relevância ímpar, vem o direito à cultura sendo objeto de proteção pelas normas jurídicas. Em um movimento ondulatório (TUPIASSU-MERLIN, 2014) de contaminação entre diversas ordens normativas, o direito à cultura foi formalizado inicialmente em escritos internacionais e enfim positivou-se em normas constitucionais de diversos países, inclusive no Brasil, onde ganhou Seção própria na Carta Constitucional de 1988.

Enquanto direito fundamental constitucionalmente garantido, difuso e de terceira geração, a cultura constitui-se um verdadeiro feixe de direitos (ALEXY 2008) e necessita, para além de proteção formal, uma efetiva promoção por parte do Estado e da própria sociedade.

Nesta perspectiva ganha importância a educação patrimonial. Enquanto processo que busca a valorização da herança cultural, esta estratégia visa capacitar a sociedade para um melhor usufruto dos bens culturais, propiciando a geração e a produção de novos conhecimentos, num processo contínuo de criação cultural (HORTA; GRUNBERG; MONTEIRO, 1999).

A educação patrimonial pode se mostrar, portanto, como um instrumento de grande valia para a implementação do aspecto substancial do direito à cultura.

Nesse sentido, este texto buscará explicitar em que perspectiva se dá a ligação entre o direito à cultura e a educação patrimonial, analisando a promoção do aspecto substancial do direito fundamental a partir do exemplo dos Roteiros Geo-turísticos implementados em Belém, iniciativa premiada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) no ano de 2016.

Para tanto, em um primeiro momento, analisar-se-á a cultura como um feixe de direitos fundamentais, para identificar, em seguida, a educação patrimonial como instrumento de sua implementação. A terceira parte analisará a implementação dos Roteiros Geo-turísticos para a valorização do direito à cultura em Belém-PA.

1 A CULTURA COMO UM FEIXE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

“Direitos Humanos é a ideia de nosso tempo...” (HENKIN, Louis, 1990, p. ix). No mundo de hoje, o centro das discussões universais gira em torno dos Direitos do Homem, estando eles na fundamentação de inúmeras políticas internacionais e locais, tendendo a tornar-se, por todo o mundo, a base da sociedade (TRINDADE, 1993). No entanto, em que pese a difusão universal da ideia de Direitos Humanos, tal questão adquire incontáveis feições, adaptando-se à profunda diversidade cultural e ideológica de cada povo¹.

A cultura, então, ao mesmo tempo que condiciona a concepção de direitos humanos, vem sendo introduzida em instrumentos internacionais e constituições de muitos países enquanto direito fundamental².

Tradicionalmente os direitos fundamentais, em seu aspecto subjetivo, são classificados segundo o critério funcional em direitos de defesa (direitos de liberdade, negativos ou a omissões) e direitos a prestações (direitos positivos, sociais ou *droits-créances*) (GALDINO, 2005; SARLET, 2001). Tal classificação vem na esteira da concepção formulada por Vasak (1974) a respeito das gerações de direitos fundamentais – em que a primeira geração seria constituída pelos direitos de defesa, e a segunda pelos direitos prestacionais –, esta, por sua vez, inspirada da teoria dos *status* de George Jellinek (2005). Os direitos de liberdade exigiriam apenas abstenções da parte do Estado, enquanto que os direitos sociais exigiriam prestações positivas de caráter material.

O direito à cultura integra-se a uma terceira geração de direitos fundamentais, de caráter difuso, mas é igualmente classificado, na esteira do Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica, enquanto direito social.

1 Mesmo com o aumento da importância global da ideia de Direitos Humanos, a construção de uma concepção universal traz inúmeros problemas, identificados pelos mais renomados autores, tais como Bobbio (1992) e Alexy (1999).

2 A expressão Direitos Fundamentais é sinônimo normalmente utilizado pela doutrina alemã, tendo ingressado no ordenamento jurídico brasileiro encabeçando o Título II da Carta Constitucional de 1988. Já o emprego da expressão Direitos do Homem ou Direitos Humanos faz mais sucesso entre autores anglo-americanos e latinos, sendo sinônimo, ainda, de liberdades individuais ou públicas, e vinculado, algumas vezes, com a amplitude do direito natural. Neste artigo, as expressões serão usadas como sinônimas.

A normatividade do direito à cultura implica, pois, em princípio, em obrigações de prestação material por parte do Estado.

Entretanto, em uma concepção hoje em voga sobre os direitos fundamentais, considera-se que a dualidade existente entre direitos negativos e direitos positivos não tem condições de abranger a multiplicidade normativa de tais direitos (HOLMES; SUSTEIN, 1999). Consequentemente, seguindo essa concepção, descrever o direito à cultura simplesmente como um direito social a prestações positivas do Estado representa uma visão extremamente reducionista do conteúdo normativo que ele pode adquirir.

Note-se que a cultura e o patrimônio cultural têm como titular toda a coletividade, sobressaindo, a partir daí, a fundamental importância da preservação do conjunto de condições culturais que unem a história e a identidade dos seres e bens, garantido o entendimento futuro com base no passado, possibilitando ângulos plurais para o porvir da humanidade.

O direito à cultura não se resume, portanto, a ações para a proteção do passado. Ao contrário. A Constituição de 1988 foi pródiga ao estabelecer, em seu Título referente à ordem econômica e social, Seção específica para o tratamento da cultura e do patrimônio cultural. Complementada pelo Constituinte derivado, a Seção relativa à cultura pormenoriza as ações do Estado e da coletividade em relação à proteção, mas também à promoção da cultura, estabelecendo responsabilidades compartilhadas em vários aspectos.

Essa estruturação retrata, na prática, a estruturação teorizada por Robert Alexy (1997), ao tratar dos feixes de direitos subjetivos. Trata-se, pois, de um feixe de posições jurídicas reunidas em um único direito fundamental é caracterizado pelo fato de que do enunciado jurídico que trata do direito à cultura, pode-se extrair várias posições fundamentais definitivas ou *prima facie*.

O direito à cultura é, decerto, um direito de caráter social que requer prestações positivas da parte do Estado. Mas, na esteira do entendimento de Alexy (1997), não se pode limitar a compreensão da normatividade dos direitos fundamentais à dualidade negativo-positivo. Essa classificação (direitos negativos e direitos positivos) esconde, em verdade, uma estrutura muito mais complexa, comportando vários tipos de omissões e mesmo vários tipos de prestações positivas. Assim deve, portanto, ser considerado o direito à cultura.

Esse direito, como feixe, implicaria, primeiramente, em um direito de defesa. Os direitos de defesa são tipicamente aqueles que « protegem o indivíduo contra alguns atos ou comportamentos do Estado » (GAY, 2007, p. 16). Eles constituem, então, direitos a omissões por parte do Estado. Deve-se ter em mente, porém, que as omissões concernem uma

multiplicidade de aspectos jurídicos. De acordo com Robert Alexy (2008, p. 196), os direitos a ações negativas podem exigir que o Estado não *embarace o exercício de certas ações* pelos particulares, como também a que o Estado não *afete características ou situações* dos titulares do direito, em enfim que não se *eliminem posições jurídicas* de seus titulares.

A Constituição de 1988 traz, nessa perspectiva, a liberdade de exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional prevista no art. 215. No viés tríplice do direito a omissões mencionado por Alexy (1997, p. 427), o Estado deve restringir sua ação de modo a não interferir nas ações, posições e situações culturais dos particulares.

Mas ao lado do tríplice aspecto enquanto direito de defesa, o direito à cultura apresenta, ainda seguindo a teorização de Alexy (1997), um tríplice viés prestacional. A multiplicidade de ações positivas do Estado que podem constituir o objeto de um direito a prestações vai da proteção dos cidadãos face aos outros cidadãos através das normas de direito penal, passando pela edição de normas de organização e procedimento, até as prestações em forma de dinheiro ou de bens.

No primeiro sentido prestacional, a afirmação do direito à cultura implica, por exemplo, a obrigação de adotar uma regulamentação suscetível de prevenir as intervenções danosas de terceiros sobre o patrimônio e as manifestações culturais (GAY, 2007, p. 422), a exemplo do que se faz através das políticas de tombamento.

Em uma segunda perspectiva a respeito das ações positivas, o direito à cultura impõe que o Estado tome medidas de modo colocar à disposição do titular meios para que ele possa garantir seu direito. Trata-se de um direito instrumental à preservação da cultura que inclui a garantia de meios de informação, participação e acesso aos meios processuais de proteção do patrimônio cultural. Neste viés se insere bem claramente, o acesso ao judiciário para a defesa do patrimônio cultural (HENKES; GASTAL; MIELKE, 2014), como também a educação patrimonial.

A terceira dimensão de obrigações positivas que decorrem da consagração de um direito à cultura consiste na determinação para que o Estado adote medidas materiais destinadas à preservação e promoção da qualidade dos bens e valores culturais.

Para Robert Alexy (1997, p. 482), trata-se aqui do fornecimento de prestações materiais que o indivíduo poderia igualmente obter de particulares. Somente neste caso está-se diante de um direito a prestações positivas no sentido estrito do termo, ou seja, um direito positivo que exige unicamente prestações materiais.

Neste sentido a Constituição estipula uma série de mecanismos de ação estatal, como também de financiamento da ação de particulares,

valorizando o fomento às atividades de promoção e preservação da cultura e do patrimônio cultural. A efetivação de tais aspectos se dá, em muito, através dos gastos tributários e emprego de recursos orçamentários (SANTOS; PAULO, 2014).

No cenário aqui traçado, portanto se percebe a complexidade jusfundamental do direito à cultura e seus efeitos quanto às ações a serem evitadas e implementadas pelo Estado em conjunto com os particulares visando a efetiva promoção de um ambiente culturalmente rico. A educação patrimonial se enquadra nesse desiderato estando, pois, integrada no feixe de garantia do direito à cultura e como ela efetivamente intervém na implementação do direito à cultura.

2 A EDUCAÇÃO PATRIMONIAL PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO À CULTURA

Segundo publicação do Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional (FLORENCIA, 2014, p. 19), a educação patrimonial:

constitui-se de todos os processos educativos formais e não formais que têm como foco o Patrimônio Cultural, apropriado socialmente como recurso para a compreensão sócio-histórica das referências culturais em todas as suas manifestações, a fim de colaborar para seu reconhecimento, sua valorização e preservação.

Trata-se de noção de origem inglesa provinda de *Heritage Education*, introduzida no Brasil na década de 1980, a partir da utilização de museus e de monumentos históricos com fins educacionais. Conforme explicam Horta; Grunberg; Monteiro (1999, p. 06), a educação patrimonial é:

um processo permanente e sistemático de trabalho educacional centrado no Patrimônio Cultural como fonte primária de conhecimento e enriquecimento individual e coletivo. A partir da experiência e do contato direto com as evidências e manifestações da cultura, em todos os seus múltiplos aspectos, sentidos e significados, o trabalho da Educação Patrimonial busca levar as crianças e adultos a um processo ativo de conhecimento, apropriação e valorização de sua herança cultural, capacitando-os para um melhor usufruto destes bens, e propiciando a geração e a produção de novos conhecimentos, num processo contínuo de criação cultural.

Nesta perspectiva, a educação patrimonial “deve ser tratada como um conceito basilar para a valorização da diversidade cultural” (FLORÊNCIO, 2012, p.24), servindo para o “fortalecimento de identidades e de alteridades no mundo contemporâneo e como um recurso para a afirmação das diferentes maneiras de ser e de estar no mundo” (FLORÊNCIO, 2012, p.24).

Hoje em dia, a educação patrimonial tem lugar privilegiado nas ações da Nações Unidas, sendo objeto da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, firmada no âmbito da Conferência Geral da UNESCO, em 1972. Trata-se, portanto, de elemento chave para a proteção e promoção de típico direito difuso e de terceira geração, que possibilita a participação ativa da sociedade na conscientização quanto à importância da memória e de sua materialização através dos bens do patrimônio histórico (MIRANDA; MIRANDA, 2015).

Enquanto verdadeiro direito de participação e informação, no viés evidenciado pelo feixe anteriormente descrito, a educação patrimonial se insere enquanto direito a uma construção coletiva e democrática do conhecimento “por meio do diálogo permanente entre os agentes culturais e sociais e pela participação efetiva das comunidades detentoras e produtoras das referências culturais, onde convivem diversas noções de Patrimônio Cultural” (FLORÊNCIO at. al., 2014, p.19).

A educação patrimonial reveste-se, portanto, de um instrumento singular para a promoção do direito à cultura e cidadania, entendidos enquanto processos dinâmicos que refletem as mudanças sociais e políticas da sociedade.

Afirma-se uma concepção de educação orientada à percepção da processualidade da cultura e à sua dinamicidade, o que implica compreender o patrimônio em sua mutabilidade e movência. Uma segunda orientação advinda destas transformações diz respeito à necessária ampliação das dimensões sensíveis na abordagem educativa, com inclusão de percepções, sensações, e da capacidade imaginativa dos sujeitos na produção da cultura. Além disso, o processo educativo convoca, necessariamente, neste novo cenário, a face investigativa da cultura, com convocação de tradições, saberes, conhecimentos, festejos, celebrações, que são do universo cultural dos sujeitos participantes do ato educativo. (PEREIRA & ORIÁ, 2012, p. 169)

Mais recentemente, no Brasil as práticas de educação patrimonial vêm saindo dos muros dos museus para ganhar ações na cidade e segundo Scifone (2012, p. 30):

Ao focar as ações na cidade, é possível superar aquela visão de reificação dos objetos do passado, os monumentos e o patrimônio cultural. Reificação que retira estes objetos de seu contexto, o tecido social, isolando-os do conjunto dos processos sociais.

Nesse sentido, a educação patrimonial deve buscar um viés mais político e social, a partir de sua integração nos processos e contradições sociais e espaciais, combatendo a fetichização do patrimônio, uma vez que “Fetichizar o patrimônio significa vê-lo como coisa em si mesma, autônoma e independente dos processos que o constituíram” (SCIFONE, 2012, p.36). Segundo Scifone,

a Educação Patrimonial pode ser compreendida como um campo ampliado de atuação, que não se limita apenas às atividades de visitação nos museus ou em bens patrimoniais, incorporando, assim, outras ações educativas de caráter diversificado, principalmente aquelas de caráter participativo, que possam permitir a inserção da população local no desafio de pensar a proteção dos bens referenciais de sua memória coletiva. (SCIFONE, 2012, p.37).

Assim, além de contribuir para a ressignificação do patrimônio cultural urbano, as estratégias de educação patrimonial funcionam como verdadeiro instrumento de fomento da integração social e econômica, contribuindo para a implementação de várias perspectivas jusfundamentais.

Na esteira das reflexões de Paes (2009, p. 176), se pensarmos nas inúmeras possibilidades de inclusão social a partir da participação da população nos processos decisórios, na gestão do turismo, na educação patrimonial, na capacitação destas populações para ofícios ligados à preservação, restauração e inúmeras atividades associadas ao setor turístico e ao patrimônio cultural, teremos criado inúmeras alternativas, não só de geração de renda para estas populações, mas também uma nova dinâmica sócio-espacial para estas áreas. Mais dinâmica, mais diversificada, mais humana.

Partindo desta abordagem, observa-se a importância da participação da população popular neste processo, e seus efeitos benéficos para a concretização dos direitos sociais, vez que a educação patrimonial, enquanto instrumento de valorização do patrimônio histórico das cidades, funciona como ponto de partida para a formulação de políticas públicas de turismo que agreguem tanto os valores culturais como de reprodução econômica.

Nesta perspectiva se insere a experiência dos Roteiros Geo-turísticos implementados em Belém do Pará, a partir do qual o conhecimento científico se une à participação popular para a promoção dos valores substanciais do feixe de direitos que compõe o direito à cultura e demais direitos sociais

3 O CASO DOS ROTEIROS GEO-TURÍSTICOS

A cidade de Belém do Pará completou em 12 de janeiro de 2016 quatrocentos anos de fundação. O centro histórico da cidade possui espaços que receberam intervenções nos últimos anos, na lógica do processo de “revitalização” (TRINDADE JUNIOR e AMARAL, 2006), compondo os roteiros turísticos tradicionais que direcionam a visitação dos turistas na cidade.

Essa área, porém, apresenta ampla diversidade de vidas, que a produzem e compõem para além das poucas edificações reformadas. Estão presentes atividades comerciais (formais e informais), espaços em deterioração, lixo, festas, atividades portuárias, etc. Essa diversidade diz muito mais sobre o passado e o presente da cidade de Belém.

A formação do patrimônio da cidade revela-se, então, como síntese da história e geografia do lugar, mostrando diversas formas de apropriação do espaço. Por revelar uma oportunidade de se explorar as informações históricas por meio dos acontecimentos e edificações ao longo do tempo, a Universidade Federal do Pará, por meio da Faculdade de Geografia, especificamente, o Grupo de Estudos em Geografia do Turismo (GGEOTUR) lançou, em 12 de janeiro de 2011, o projeto “Roteiros Geoturísticos: conhecendo o patrimônio cultural em Belém do Pará”.

O projeto nasceu como uma atividade de extensão universitária, criada com o intuito de apresentar à comunidade científica, à sociedade local e aos turistas algo que difere de um roteiro turístico convencional, buscando aliar conhecimentos históricos, arquitetônicos, culturais e geográficos. Ele insere locais que não têm sido incluídos frequentemente nos passeios comercializados, espaços nos quais é nítida a carência de ações do poder público, principalmente no que se refere à limpeza e segurança, ao contrário do que ocorre em certos espaços restaurados e refuncionalizados (CIFELLI, 2010). A intenção é dotar a sociedade de conhecimento patrimonial acerca da cidade de Belém, pouco revelado em ações dos poderes públicos em geral.

Trata-se, hoje em dia, de verdadeiro instrumento de participação social na vida da cidade, contando com o auxílio da população local durante o seu processo de construção, baseado nos princípios do turismo de base comunitária³.

Um roteiro geo-turístico (por relacionar as análises geográficas sobre o espaço com as práticas turísticas) que procura evidenciar esse mosaico de agentes e de modos de vida que produzem o centro histórico

3 Apesar de observar-se que esta forma de turismo está sendo mais aplicada às comunidades não-urbanas.

da cidade contribui para a perspectiva pedagógica do turismo, já que “a viagem proporciona o conhecimento” (FIGUEREDO, 2010, p.29) e um real encontro do turista com a vida do lugar, o que vezes é impossibilitado em roteiros rápidos, pela rigidez no controle do pouco tempo e dos objetivos do “*fast tour*”, onde o turista tem que ver e fotografar mais em menos tempo.

Ressignificar o turismo, a partir da experiência do roteiro geoturístico, representa a demonstração de que o turismo pode ser essa arena onde para (e através de) a visita do outro, os agentes locais passam a (re)conhecer e (re)valorizar sua história e seu espaço, valorizando-se o aspecto substancial do direito à cultura.

Seguindo diretrizes de um tipo de turismo avesso à massificação das práticas consolidadas do turismo global – uma espécie de turismo alternativo – os roteiros se constituem como verdadeiras ferramentas de ensino sobre o patrimônio e instrumento da resignificação das práticas turísticas.

Como Belém passou por diversas fases da expansão do sítio urbano, determinadas frações da cidade resguardam momentos históricos importantes. Por sua vez, os roteiros retomam as explicações referentes à construção dos monumentos, das tradições e acontecimentos histórico-culturais que marcaram a formação da cidade. As questões tratadas tentam superar as informações típicas dos guias e manuais de turismo, no qual o conhecimento sobre o patrimônio e a valorização espacial que ele pode inferir sobre o lugar são pouco tratados. Em Belém, os roteiros se concentram – em boa parte – nos locais onde a história da cidade e, por conseguinte, da Amazônia, foram notórias e tributárias de seu valor patrimonial.

Como ação de educação patrimonial o roteiro tem inserido a sociedade local no conhecimento e problemas do patrimônio material e imaterial da cidade de Belém. A estatística do projeto, estima que do total de 6 mil participantes desde janeiro de 2011, 95% deste total são moradores da cidade de Belém, o que revela a importância da ação para a sociedade belenense e para a verdadeira valorização do acesso à cultura entre os próprios habitantes do local.

Diante de tudo isso, o IPHAN, em 2016, reconheceu a importância da ação, como um dos oito projetos laureados com o Prêmio Rodrigo Melo Franco, que anualmente condecora ações de educação e preservação do patrimônio.

O primeiro roteiro geo-turístico em Belém foi criado no bairro da Cidade Velha, o mais antigo da cidade e uma das portas de ocupação da região Amazônica pelos europeus, em processo que data do século XVII,

momento da instalação dos fortes militares pelos colonizadores, das missões religiosas e movimentos de revolta, como a Cabanagem, cercado, ainda, pela economia da borracha. O bairro possui, portanto, rugosidades espaciais (SANTOS, 2008), que podem ser compreendidas como formas resultantes de um determinado processo de ocupação. O roteiro tem como ideia central, tratar da fundação de Belém, mostrando como a relação com a natureza se tornou elemento fundamental na geopolítica de ocupação do território pelos colonizadores.

Há uma preocupação nos Roteiros Geo-turísticos em não explicar o significado de patrimônio sem dissociar os aspectos culturais e históricos que formam a geografia peculiar do local. No bojo desse processo, um dos locais escolhidos para o desenvolvimento do projeto e que marca a relação entre cultura, história e geografia, por exemplo, é o Mercado do Ver-o-Peso, que possui grande significado histórico, social, cultural e simbólico para a cidade e seus habitantes, por ser o local em que se estabelecem trocas de mercadorias, saberes, conexão entre a cidade e a floresta.

Outro roteiro trabalhado trata de uma importante fase da história de Belém e que deixou relevantes marcas espaciais (rugosidades) em forma de monumentos arquitetônicos, datados, principalmente, do século XIX é o Roteiro da *Belle Époque*, que possui significado singular em vários prédios que ainda hoje se fazem presentes em uma das porções mais antigas da cidade. Trata-se de apresentar o patrimônio material e imaterial do período da Belle Époque em Belém, (final do século XIX e início do século XX), com edificações e formas herdadas⁴, mas também as desaparecidas⁵, seguidas de novos processos de produção e transformação do espaço urbano, com a verticalização iniciada nesta região da cidade a partir das décadas de 40 e 50.

No ano de 2017, já são 08 roteiros formatados e oferecidos ao público de forma gratuita mensalmente e de forma intercalada, a saber:

1. Roteiro pelo Bairro da Cidade Velha (desde 12 janeiro de 2011);
2. Roteiro do Ver-o-Peso ao Porto de Belém (desde outubro de 2011);
3. Roteiro da Belle Époque (desde abril de 2012);
4. Roteiro Pelo interior do bairro da Campina (desde novembro de 2012);
5. Roteiro pelo Bairro do Reduto (desde 28 de agosto de 2013);
6. Roteiro pela Estrada de Nazaré (desde setembro de 2014);
7. Roteiro: O Arquiteto Antonio Landi e a Belém do século XVIII (desde outubro de 2015)
8. Roteiro: O Bairro de Batista Campos e suas transformações espaciais (desde 01 outubro de 2016)

4 Como do Teatro da Paz, do cinema Olímpia, do Palacete Bolonha, do Bar do Parque.

5 Como o Grande Hotel, o Café da Paz.

O projeto também acontece fora do centro de Belém, em experiências coordenadas por colaboradores, em locais como a cidade de Cametá, e a vila de Icoaraci, tendo ocorrido igualmente em locais mais afastados da capital paraense, como as cidades de Altamira, Marabá, Vigia e Ponta de Pedras, contando, inclusive, com a participação de estudantes do Ensino médio e de cursos de graduação universitária.

4 CONCLUSÃO

Considerando, a multipotencialidade do direito à cultura e a necessidade de implementar seu aspecto substancial, verifica-se que a ressignificação das práticas turísticas a partir da educação patrimonial em Belém, como ação estimuladora de resgate da memória social, histórica e geográfica a contribuir sobremaneira para a revalorização histórica patrimonial, cultural e turística da cidade (associações locais, população em geral e turistas).

A experiência de construção dos roteiros Geo-turísticos tem se mostrado bastante positiva, contando com a participação de vários profissionais (geógrafos, turismólogos, historiadores, museólogos e arquitetos), estudantes e sociedade.

Tais tipos de experiências contribuem, portanto, para a efetiva implementação da perspectiva positiva do direito à cultura, demonstrando a importância e necessidade de se conhecer e valorizar o patrimônio cultural, afirmando-se como instrumento imprescindível para viabilização da participação social e atuação conjunta entre população e poder público na valorização das cidades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul., 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CIFELLI, Gabrielle. A refuncionalização turística do patrimônio cultural: os novos usos do território apropriado pelo turismo em Ouro Preto – MG. In: PAES, Maria Tereza

Duarte; OLIVEIRA, Melissa Ramos da Silva (Orgs.). *Geografia, turismo e patrimônio cultural*. São Paulo: Annablume, 2010, p. 113-138.

FARIA, Hamilton; SOUZA, Valmir de (Org.). *Cidadania Cultural. Leituras de uma política pública*. São Paulo: Pólis, 1997.

FIGUEIREDO, Silvio. *Viagens e Viajantes*. São Paulo: Annablume, 2010.

FLORÊNCIO, Sônia Regina Rampim. “Educação Patrimonial: um processo de mediação”. In: TOLENTINO, Átila Bezerra (Org.). *Educação Patrimonial: reflexões e práticas*. João Pessoa: IPHAN, 2012. (Caderno Temático 2).

FLORÊNCIO, Sônia Regina Rampim; CLEROT, Pedro; BEZERRA, Juliana; RAMASSOTE, Rodrigo. *Educação Patrimonial: histórico, conceitos e processos*. Brasília: IPHAN/DAF/COGEDIP/CEDUC, 2014. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=4240>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

GALDINO, F. *Introdução à teoria dos custos dos direitos - Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAY, L. *Les “droits-créances” constitutionnels*. Bruxelles: Bruyillant, 2007.

HENKES, Silvana Lucia; GASTAL, Alexandre Fernandes; MIELKE, Priscila. O Direito-Dever à Cultura e à Preservação do Patrimônio Cultural. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 231, abr. 2014.

HENKIN, Louis. *The Age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

HORTA, Maria de Lourdes P.; GRUMBERG, Evelina; MONTEIRO, Adriane Q. *Guia Básico de Educação Patrimonial*. Brasília: IPHAN, 1999.

JELLINEK, G. *L'Etat moderne et son droit: Théorie juridique de l'Etat*. Paris: Panthéon-Assas, 2005.

MIRANDA, D.; MIRANDA, D. *Cultura e Direitos Humanos: A educação patrimonial como instrumento em favor da cidadania*. II Congresso Nacional de Educação. Campina Grande, 2015.

PAES, M.T.D. Patrimônio cultural, turismo e identidades territoriais - um olhar geográfico. In: Bartholo, Roberto; Sansolo, Davis Gruber; Bursztyn, Ivan. (Org.). *Turismo de Base Comunitária - diversidade de olhares e experiências brasileiras*. Rio de Janeiro: Letra e imagem, 2009, p. 162-174.

PEREIRA, Júnia Sales & ORIÁ, Ricardo. Desafios teórico-metodológicos da relação Educação e Patrimônio. *Resgate*. v. XX, n. 23 - jan./jun. 2012 p. 161-171.

SANTOS, Eduardo Gomor dos; PAULO, Carla Beatriz de. Gastos tributários e recursos orçamentários nas políticas culturais. *Revista de Políticas Públicas*, v. 18, p. 111-124, 2014.

SANTOS, Milton. *A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção*. São Paulo: Hucitec, 2008.

SARLET, I. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCIFONI, Simone. Educação e Patrimônio Cultural: reflexões sobre o tema In: TOLENTINO, Átila Bezerra (Org.) *Educação patrimonial: reflexões e práticas*. João Pessoa: IPHAN, 2012.

TOLENTINO, Átila Bezerra (Org.) *Educação Patrimonial: reflexões e práticas*. Caderno Temático 2. João Pessoa: Superintendência do IPHAN na Paraíba, 2012.

TOLENTINO, Átila Bezerra et al (Org.) *Educação patrimonial: diálogos entre escola, museu e cidade*. João Pessoa: IPHAN, 2014.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

TRINDADE JUNIOR, Saint-Clair; AMARAL, Márcio Douglas. Reabilitação Urbana na Área Central de Belém-Pará: concepções e tendências de políticas urbanas emergentes. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, n.111, p.73-103, jul./dez. 2006.

TUPIASSU-MERLIN, Lise. A 'dinâmica ondulatória' de posituação do Direito ao Meio Ambiente In: *Direito internacional dos direitos humanos*. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v.I, p. 7-36.

VASAK, K. Le droit international des droits de l'homme. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, v. 140, n. 4, p. 334-415, 1974.



A Feira de Caruaru é um importante mercado ao ar livre da cidade brasileira de Caruaru em Pernambuco.

A PROTEÇÃO EFETIVA AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE CULTURAL E À MEMÓRIA COLETIVA

*THE EFFECTIVE PROTECTION OF THE BRAZILIAN
CULTURAL PATRIMONY AS A FUNDAMENTAL RIGHT TO
THE CULTURAL IDENTITY AND COLLECTIVE MEMORY*

Luciano Martins de Oliveira

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal). Ex-Coordenador do
Núcleo de Matéria Finalística e Atuação Prioritária da Procuradoria Federal no
Estado do Espírito Santo (2007 a 2017)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Proteção do Patrimônio Cultural como Direito fundamental à Memória Coletiva e à Identidade Cultural; 2 Patrimônio Cultural - Proteção Efetiva e Busca de Mecanismos para Fortalecimento da Memória Coletiva e da Identidade Cultural; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A proteção do patrimônio cultural revela-se como mecanismo de valorização e resguardo do direito fundamental da coletividade à identidade cultural e à memória coletiva e, por conseguinte, temos que reinterpretar as normas surgidas, na regência das constituições anteriores, levando em conta a noção de patrimônio por meio de sua importância histórica, bem como inserindo a proteção ao patrimônio cultural imaterial.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Cultural. Identidade Cultural. Memória Coletiva. Proteção ao Patrimônio Cultural. Patrimônio Cultural Imaterial.

ABSTRACT: The protection of the cultural patrimony reveals itself as a mechanism for valuing and safeguarding the fundamental right of the collectivity to the cultural identity and collective memory, and consequently we have to reinterpret the emerged laws in the regency of former constitutions, bearing in mind the notion of patrimony through its historical importance, as well as inserting the protection to the intangible cultural heritage.

KEYWORDS: Cultural Patrimony. Cultural Identity. Collective Memory. Protection to The Cultural Patrimony. Intangible Cultural Heritage.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo trazer a lume um importante debate a respeito da categorização do patrimônio cultural como sendo um direito fundamental da coletividade, resplandecendo um direito geracional, produzindo um sentido identitário que diferencia as comunidades e ratifica suas especificidades.

Discorreremos a respeito da proteção do patrimônio cultural como direito fundamental à memória coletiva e à identidade cultural, sendo que a proteção ineficiente revela mácula ao direito fundamental da coletividade.

Faremos uma breve abordagem sobre a necessidade de plena convivência entre o desenvolvimento e a preservação do patrimônio cultural. Ademais, abordaremos que a proteção do patrimônio cultural tem forte relação com a multiculturalidade e, como se trata de mecanismos de efetivação do direito fundamental à identidade cultural e à memória coletiva, possíveis colisões entre princípios devem ser constatados e suprimidos com a técnica de ponderação de acordo com o caso concreto apresentado.

Outrossim, não custa alertar os leitores que o artigo contém uma carga valorativa enviesada nas atuações perfilhadas no bojo de demandas judiciais na defesa das Autarquias Federais, ao qual destaco o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, a Fundação Cultural Palmares – FCP e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

Não temos a pretensão de explorar, a fundo, as minúcias advindas da contextualização do debate das repercussões do desenvolvimento sobre os tidos bens culturais, nem esmiuçar o que seriam os direitos fundamentais, foge do escopo do presente artigo.

1 A PROTEÇÃO DO PATRIMONIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA COLETIVA E À IDENTIDADE CULTURAL

Consoante se abstrai da manifestação de *LEUZINGER, CUREAU, 2008*, a noção de patrimônio como algo a ser preservado surgiu apenas no século XVIII, durante a Revolução Francesa, quando um decreto da Assembléia Nacional criou uma comissão encarregada de arrolar e selecionar os bens confiscados à nobreza e ao clero.

É sabido que, durante a Revolução Francesa, várias igrejas foram incendiadas, monumentos destruídos e castelos foram saqueados; as destruições e degradações acabaram por gerar a reação dos intelectuais e eruditos no sentido de identificar, reconhecer e inscrever obras de arte e monumentos que nunca haviam sido objeto de nenhum recenseamento

anterior. Pode-se dizer que, a partir daí, através da preocupação moral e pedagógica, começou a surgir a moderna noção de patrimônio¹. (CUREAU, 2015, p. 107)

De ver-se, assim, o anseio dos intelectuais envolvidos na Revolução Francesa de identificar, reconhecer e inscrever obras de artes e monumentos, alguns inclusive destruídos no decorrer da revolução, a fim de tornar os monumentos históricos propriedade do povo francês, preconizando o imenso desejo de preservar a memória.

Evidencia-se, nas bem alinhavadas palavras do Historiador Paulo César Tomaz, a importância da contemplação de certos espaços de relevância histórica (TOMAZ, 2010, p.2):

Ao se contemplar um espaço de relevância histórica, esse espaço evoca lembranças de um passado que, mesmo remoto, é capaz de produzir sentimentos e sensações que parecem fazer reviver momentos e fatos ali vividos que fundamentam e explicam a realidade presente. *Essa memória pode ser despertada através de lugares e edificações, e de monumentos que, em sua materialidade, são capazes de fazer rememorar a forma de vida daqueles que no passado deles se utilizaram.* Cada edificação, portanto, carrega em si não apenas o material de que é composto, mas toda uma gama de significados e vivências ali experimentados. [Grifou-se]

Percebe-se que a noção de patrimônio deve ser realizada levando em conta não apenas o aspecto físico, mas deve ser embasada na verificação de sua importância histórica, utilizando também de processos sociais e antropológicos.

Outro fator irradiante da necessidade de plena proteção do patrimônio cultural, como afirmado por Paulo César Tomaz, seria a tendência natural do homem moderno em olhar com desprezo as construções antigas, os quais devem ser “modernizadas”, impactando na efetiva proteção dos bens culturais. Ora, a proteção do patrimônio cultural visa a resguardar a memória coletiva, inexistindo, assim, possibilidade de preservar a memória sem que, ao mesmo tempo, preserve os espaços por ele utilizados e que refletem a sua identidade.

Logo, realizar a proteção de forma ineficiente atenta contra o direito fundamental da coletividade à memória coletiva, mais ainda, a preservação do patrimônio cultural apenas de bens imóveis (que, em certa monta, resplandece a cultura “dominante”) sem que sejam valorizados outros aspectos sociais e antropológicos (proteção ao meio ambiente, pluralidade cultural, por exemplo) revela mácula ao direito fundamental da coletividade

1 CUREAU, Sandra. Dimensões das Práticas Culturais e Direitos Humanos. In: Sandra Cureau; Inês Virgínia Prado Soares. (Org.). *Bens Culturais e Direitos Humanos*. 1 ed. São Paulo: Sesc, 2015, v. 1, p. 107.

quer seja afetada a memória nacional quer seja a de grupos ou comunidades tradicionais.

O art. 216 da Carta Política de 1988 realça que o patrimônio cultural brasileiro é constituído pelos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Importante realçar que a Constituição Federal incorpora na definição de patrimônio cultural a identidade cultural e a memória coletiva em plena consonância com a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da UNESCO.

A preservação da memória tem intrínseca relação com a vida em comunidade e objetiva guardar os acontecimentos, suas origens e explicar o ser, reforça o sentido de pertencimento (identidade), portanto o direito à própria identidade, em uma visão de interculturalidade, perpassa pela proteção da memória atrelada a um grupo ou comunidade.

Nesse passo, a Declaração Universal sobre a diversidade cultural de 2001 no seu art. 5º prepondera que:

Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, os quais são universais, indivisíveis e interdependentes. O florescimento da diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais conforme definidos no artigo 27.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos artigos 13.º e 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Todas as pessoas devem assim ter a possibilidade de se exprimir e de criar e divulgar o seu trabalho numa língua da sua escolha, e particularmente na sua língua materna; todas as pessoas devem ter direito a uma educação e a uma formação de qualidade, que respeitem plenamente a sua identidade cultural; e todas as pessoas têm o direito de participar na vida cultural da sua escolha e de realizar as suas próprias práticas culturais, sem prejuízo do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Vê-se, assim, mister a aplicação imediata e imperativa dos Direitos Fundamentais vinculados ao patrimônio cultural, em especial, realizações de políticas públicas com fulcro na proteção de sítios arqueológicos resplandecentes da identidade de minorias (indígenas, quilombolas, por exemplo) não podendo utilizar da retórica que o desenvolvimento a ser alcançado justifica a interferência e, certos casos, a destruição da memória de certos grupos, à luz da força normativa dos preceitos constitucionais.

O choque entre o desenvolvimento e a preservação do patrimônio cultural vem de longe, as mudanças nas aparências das cidades tinham

pouca repercussão, em nome do progresso, desmatamentos eram realizados sem a comoção da população, não comum temos até a presente data a remoção compulsória de populações tradicionais, em decorrência de grandes empreendimentos perfilhados pelo Poder Público, acarretando uma perda da identidade cultural das comunidades atingidas (quando se fala em grandes empreendimentos como, por exemplo, construção de hidrelétricas a dissensão entre a preservação do patrimônio cultural e o “interesse público” revela comum).

2 PATRIMONIO CULTURAL – PROTEÇÃO EFETIVA E BUSCA DE MECANISMOS PARA FORTALECIMENTO DA MEMÓRIA COLETIVA E DA IDENTIDADE CULTURAL

A dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado democrático brasileiro, consoante se abstrai do art. 1º, III, da Carta Política de 1988; assim a efetividade na proteção dos valores emanados na defesa do patrimônio cultural não reside apenas em normas meramente programáticas.

Nessa esteira, cumpre ressaltar que a proteção do patrimônio cultural está intrinsecamente ligada, quando em discussão direitos de comunidades tradicionais, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, VII, da CRFB/88), reforçando a necessidade de diálogo entre os princípios-valores insculpidos na Constituição.

A efetividade da proteção do patrimônio cultural passa pelo fortalecimento de órgãos (no âmbito federal, cito o IPHAN como exemplo) mediante qualificação dos servidores, a fim de possibilitar lidar com os questionamentos administrativos peculiares ao setor, aperfeiçoando o tratamento específico necessário nas demandas administrativas envolvendo tema tão complexo. Ou seja, os quadros dos entes responsáveis pela análise e emissão de pareceres técnicos devem restar compostos de servidores especializados em História, Antropologia, Arquitetura, Sociologia, devidamente valorizados e com estrutura material para realizar o trabalho a contento.

Infelizmente o tratamento às carreiras ligadas à proteção do patrimônio cultural revela a ineficiência no cuidado com a memória coletiva e afirmam a necessidade de conagração das autoridades públicas ao tema; não basta tombar um imóvel se a fiscalização, por conta do número reduzido de servidores, não exerce o poder de polícia apto a debelar a agressão ao patrimônio cultural².

² <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2014/05/servidores-do-iphan-protestam-por-falta-de-atencao-para-cultura-no-para.html>> <<http://www.diarioonline.com.br/entretenimento/cultura/noticia-340913->

No que concerne aos preceitos normativos, patente a evolução **NORMATIVA** da proteção no âmbito de nossas Constituições, seguindo, com isso, a tendência universal, conforme manifestação de SANDRA CUREAU (2003, p. 189-196):

Ainda que as Cartas anteriores à atual não se limitassem à proteção dos monumentos de valor histórico e artístico, o certo é que esta última, expressamente, consagra a responsabilidade do Estado na preservação das manifestações culturais resultantes das formas de expressão e dos modos de criar, fazer e viver, ou seja, das formas populares de manifestação de cultura. A Constituição de 1988 protege os bens integrantes do patrimônio cultural não porque são portadores de beleza artística, arquitetônica ou paisagística, mas por serem detentores de “referência à identidade, à ação, à memória” dos grupos que formaram a sociedade brasileira. Ou seja: o interesse artístico pode estar presente, mas não é ele que dita a necessidade de proteção especial, já que tais bens não constituem o fim da ação de tutela do patrimônio cultural, mas o pressuposto dessa ação. Têm uma utilidade imaterial, um valor cultural, porque são instrumentos de cultura e, por isso, devem ser objeto de uma proteção especial. Além disso, embora a Constituição de 1988, como as anteriores, estabeleça norma programática de proteção aos bens culturais, “cria, desde logo, direitos subjetivos públicos, na medida em que prevê o tombamento dos documentos e sítios de quilombos, o qual tem como fonte imediata o texto constitucional”, como observa Maria Coeli Simões Pires. No que diz respeito aos bens remanescentes de quilombos, a Carta atual, no § 5º do art. 216, optou pela “proteção ex vi legis, embora a sua eficácia esteja vinculada à existência de ato administrativo individualizador, de identificação”

O direito ao patrimônio cultural pauta-se nas concepções de solidariedade e fraternidade (com fulcro na tradicional classificação geracional, trata-se de direito fundamental de terceira geração, de titularidade difusa e transindividual).

Pois bem, o art. 215 da Constituição Federal de 1988 dispõe que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Já no parágrafo primeiro assegura a proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Por sua vez, cabe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, a tarefa de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro (parágrafo 1º do art. 216 da Constituição Federal).

Frise-se que o §1º, do art. 216 da CRFB/88, denota um rol exemplificativo de instrumentos de defesa do patrimônio cultural brasileiro: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

No tocante ao patrimônio cultural imaterial, o registro, no âmbito nacional, é realizado pelo IPHAN, autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura e criada pela Lei nº 8.029/1990, com isso, é possível elaborar projetos e políticas públicas a fim de envolver ações necessárias à preservação da identidade cultural manifestada³.

Nas profícuas palavras de SANDRA CUREAU, evidente a conexão entre o patrimônio cultural e a identidade cultural (2005, p. 728-752):

Portanto, a Constituição brasileira atual atribui ao Estado a tarefa fundamental de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura; prescreve o dever fundamental de proteger as manifestações das culturas populares e o patrimônio cultural brasileiro; assegura a colaboração da comunidade na atividade de promoção e proteção dos bens culturais e dispõe sobre o estabelecimento, por lei, de incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Estabelece, ainda, de forma expressa, no caput do art.216, a conexão entre patrimônio cultural e identidade cultural.

Do dever fundamental de preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural, como aponta Jorge Miranda, “decorrem ou podem decorrer consequências várias, desde o dever de conservação de bens culturais de que se seja proprietário até sanções adequadas no âmbito da responsabilidade civil, [...] ou mesmo de responsabilidade criminal.”

É importante observar que a Constituição Federal, a princípio, não faz qualquer tipo de restrição a este ou a aquele bem.

No caput do art. 216, a Carta de 1988 elenca, como integrantes do patrimônio cultural brasileiro, as formas de expressão; os modos de

3 Segundo informação extraída no site do IPHAN (www.iphan.gov.br), são quatro os Livros de Registro: Livro de Registro de Saberes, Livro de Registro das Celebrações, Livro de Registro das Formas de Expressão e Livro de Registro dos Lugares, recomendamos a leitura, em especial, os pareceres técnicos que esmiúçam a identidade cultural e a memória coletiva a serem resguardadas.

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

É preciso, entretanto, que tais bens tenham relação com a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e, parece-me que, para tanto, não seja possível prescindir da intervenção humana. Paisagens, parques, espaços verdes, que não revelem, de alguma forma, a combinação da ação do ser humano com a natureza, são bens naturais, que como tal podem ser protegidos, mas não são bens culturais.

Consoante já explicitado, o art. 216 da Carta Cidadã realçou que o patrimônio cultural brasileiro é constituído pelos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e, por conseguinte, impõe mister ampliar o conceito de bem cultural ao art. 1º do Decreto-Lei nº 25/1937⁴.

Há de se reconhecer que o Decreto-Lei nº 25/1937 foi um marco legal ao instituir o tombamento como mecanismo de defesa do patrimônio cultural, no entanto, corroboro o entendimento de que o art. 1º deva ser interpretado sob a nova perspectiva identitária, ampliando o contexto de proteção para o patrimônio cultural IMATERIAL.

Neste sentido, vale observar a notícia do ajuizamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental extraída do site do STF (ADPF 206)⁵:

Por entender que a interpretação jurisprudencial do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937 – que organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – está em desconformidade com a Constituição Federal de 1988, a procuradora-geral da República em exercício, Sandra Cureau, ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 206. Com a ação, a PGR busca nova interpretação do dispositivo, no sentido de incluir no enunciado da norma o conceito amplo de bem cultural, conforme os artigos 215 e 216 da Carta Magna vigente.

4 Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

5 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118450>>

Apesar de reconhecer o Decreto-Lei nº 25/1937 como um “marco legal que instituiu o tombamento no contexto brasileiro, dando início aos trabalhos de preservação em âmbito nacional”, a autora entende que a interpretação que ainda se faz do artigo 1º da norma deve ser superada. Segundo a PGR, não cabe mais o entendimento jurisprudencial de que somente merecem proteção patrimonial os sítios ou paisagens de feição notável e os bens vinculados a fatos memoráveis da história brasileira que tenham excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Conforme argumenta a autora, desde a década de 1980, e especialmente com o texto constitucional de 1988, houve significativa mudança de perspectivas no que se refere à proteção patrimonial no país, a qual se converteu em direito fundamental de dimensão coletiva e expressão de fraternidade. Também cita, na ação, fundamentos internacionais que vêm agregar esse novo posicionamento, tais como a Convenção Europeia para a Proteção do Patrimônio Arqueológico, o Conselho da Convenção Europeia sobre o Valor do Patrimônio para a Sociedade e a Convenção de Nairóbi, realizada pela Unesco em 1976.

Além disso, na visão da PGR, a Constituição de 1988 ampliou a ideia de patrimônio cultural, que “começou a ser formulada como fator, produto ou imagem de constituição e identidade dos povos, vinculada ao sentido de pertença e multiplicidade de elementos formadores da sociedade humana e à preservação de sua memória”. A interpretação do conceito, previsto no artigo 1º do Decreto-Lei 25/1937 continua, no entanto, englobando apenas o tratamento excepcional do valor do bem cultural.

Para a procuradora-geral em exercício, “o que importa, agora, é a atenção especial que se dá à cultura material e imaterial dos grupos sociais formadores da sociedade”, valorizando não mais somente o fundamento estético, mas o conceito de patrimônio relacionado à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, isto é, levando em consideração os bens culturais e históricos, como um reflexo dos valores, das crenças, dos conhecimentos e das tradições.

A Emenda à Constituição nº 48/2005 previu o Plano Nacional de Cultura (art. 215, §3º, da CRFB/88), a ser instituído por lei, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro, produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de

pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens de cultura e valorização da diversidade étnica e regional.

Conforme perfilhado por FREDERICO AMADO (2017, p.458):

Deverão ser formuladas e desenvolvidas políticas públicas para a efetivação do Plano Nacional de Cultura, fomentando a cultura de forma ampla, protegendo e promovendo a diversidade cultural, a criação artística e suas manifestações e as expressões culturais, individuais e coletivas, de todos os grupos étnicos e suas derivações sociais, reconhecendo a abrangência da noção de cultura em todo o território nacional e *garantindo a multiplicidade de seus valores e formações*. (Grifo nosso)

Mais ainda, a Lei nº 12.343/2010 instituiu o Plano Nacional de Cultura e a sua implementação (art. 1º) observará como princípio, dentre outros, a diversidade cultural, o respeito aos direitos humanos, o direito à memória e às tradições, a valorização da cultura como vetor do desenvolvimento sustentável.

Por outro lado, o Plano Nacional de Cultura tem como objetivos reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira; proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial; promover o direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções; reconhecer os saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores, dentre outros (art. 2º da Lei nº 12.343/2010).

Outrossim, foi previsto, por implemento da Emenda à constituição nº 71/2012⁶, o Sistema Nacional de Cultura, a ser disciplinado por lei federal, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, instituindo um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

Portanto, as inovações legislativas traçam diretrizes na consecução dos direitos ligados ao patrimônio cultural, revelando uma evolução normativa e, por se tratar de direitos fundamentais, resta vedado o retrocesso. Ou seja, as políticas públicas que afetem direitos ligados ao

6 Art. 216-A da CRFB/88 - O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

patrimônio cultural devem ser plenamente discutidas e realizadas as devidas ponderações (utilização do método da ponderação de valores – juízo de ponderação – no caso de conflito de princípios constitucionais), evitando-se a total mitigação do aludido direito fundamental (direito à identidade cultural e à memória coletiva).

Com isso, por mais que aspectos ligados ao desenvolvimento e um inicial interesse coletivo, por exemplo, ampliar uma avenida em face do aumento do fluxo de veículos, passagem de rodovia na área indígena, autorização de um grande empreendimento (gerador de emprego em uma região) afetando o meio ambiente cultural, a verificação técnica dos impactos (manifestação de especialistas, por exemplo, FUNAI, IPHAN, órgãos ambientais e por diante), aliados à necessidade de participação das comunidades envolvidas (audiência pública), devem ser primaciais. No mais a mais, a discussão envolvendo patrimônio cultural imaterial, principalmente no casos em que ocorra

O sistema de proteção do patrimônio cultural, conforme vaticinado anteriormente, visa salvaguardar o direito fundamental à identidade cultural e à memória coletiva, realizada a ponderação entre o desenvolvimento (quando outras possibilidades de políticas públicas podem ser utilizadas, por exemplo, ao invés de ampliar a avenida, implementar melhorias nos transportes públicos) e o direito fundamental da coletividade, inexistindo possibilidade de supressão deste, ainda mais em se tratando de políticas públicas que contêm alternativas (a verificação da colisão, em geral, é constatada in concreto e a utilização da técnica de ponderação deve ser implementada de acordo com a realidade e não a priori.)

4 CONCLUSÃO

A proteção do patrimônio público decorre do fato de serem valores de interesse público, institucionalmente destinados à fruição por parte da coletividade.

O art. 216 da Carta Política de 1988 realça que o patrimônio cultural brasileiro é constituído pelos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

A preservação da memória tem intrínseca relação com a vida em comunidade e objetiva guardar os acontecimentos, suas origens e explicar o ser, reforça o sentido de pertencimento (identidade), portanto o direito à própria identidade, em uma visão de interculturalidade, perpassa pela proteção da memória atrelada a um grupo ou comunidade.

Evidente que o patrimônio cultural e o desenvolvimento não são conceitos contrários, contudo temos consciência de que as melhorias tecnológicas são necessárias.

A proteção efetiva dos bens culturais (preservar, defender e valorizar) é dever fundamental, pois a deterioração do patrimônio cultural acarreta a perda da identidade cultural e da memória dos grupos que formaram a sociedade brasileira, seus modos de viver, de fazer, de criar, de viver e suas formas de expressão.

Por isso, a proteção do patrimônio cultural tem forte relação com a multiculturalidade e, como se trata de mecanismos de efetivação do direito fundamental à identidade cultural e à memória coletiva, possíveis colisões entre princípios devem ser constatados e suprimidos com a técnica de ponderação de acordo com o caso concreto apresentado.

Insta ressaltar que os grandes empreendimentos, por si só, não podem ser justificativas para sufragar o patrimônio cultural, até porque, o desenvolvimento deve ser sustentado e resguardado, sempre, o meio ambiente sadio.

Entendemos, ainda, que a utilização de mecanismos extrajudiciais (conciliação, mediação, ajustes de conduta) torna-se um instrumento mais eficiente para a proteção do patrimônio cultural, em especial, quando ocorrer envolvimento de entes públicos.

Por fim, a efetividade da proteção do patrimônio cultural passa pelo fortalecimento de órgãos de atuação específica (no âmbito federal, cito o IPHAN como exemplo), mediante qualificação dos servidores e melhorias estruturais, passando pela valorização remuneratória dos respectivos cargos, a fim de tomar atraente a permanência de pessoal qualificado nos respectivos quadros.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental*. 8. ed. Revista atualizada e ampliada. Salvador: JUSPODIVM, 2017.

CUREAU, Sandra. Dimensões das práticas culturais e direitos humanos. In: Sandra Cureau; Inês Virgínia Prado Soares. (Org.). *Bens Culturais e Direitos Humanos*. São Paulo: Sesc, 2015, v. 1.

_____. CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 9, p. 189-196, 2003.

_____. CUREAU, Sandra. Patrimônio, uma noção complexa, identitária e cultural. In: Sandra Akemi Shimada Kishi, Solange Teles da Silva, Inês Virgínia Prado Soares. (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEME MACHADO, Paulo Affonso, *Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. revista ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOMAZ, Paulo Cesar. *A preservação do patrimônio cultural e sua trajetória no Brasil*. Fênix (UFU. Online), v. 07, 2010.



SOCIEDADE, ESTADO E AS POLÍTICAS PATRIMONIAIS: POR UM NECESSÁRIO DIÁLOGO

SOCIETY, STATE AND PUBLIC POLICIES ON CULTURAL HERITAGE: IN FAVOR OF A NECESSARY DIALOGUE

Paulo Fernando Soares Pereira

Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal). Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima (UFRR)

Ana Cláudia Farranha

Artigo sob a supervisão e orientação da Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Mestrado em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Velhos Problemas Para Novos Direitos: por uma eficiente gestão da política patrimonial; 2 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O artigo tem por objetivo analisar algumas das razões de insucesso de parcela das políticas patrimoniais brasileiras, inclusive abordando as razões pelas quais tais políticas públicas têm sido objeto de judicialização. O artigo aborda a necessidade de se efetuar uma gestão eficiente da questão patrimonial, articulando-se, de forma mútua, o Poder Público e a sociedade civil, como forma de superar o modelo implementado pelo Estado Novo, no qual, em regra, apenas os intelectuais (experts) estavam autorizados a tratar da questão, deixando a sociedade civil totalmente alheia ao processo decisório. A metodologia consistiu na revisão crítica de literatura.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Patrimônio Cultural. Diálogo. Efetividade.

ABSTRACT: The object of analysis of the present article are the reasons of failure of a parcel of the Brazilian public policies on cultural heritage, included the reasons why some of these public policies have been subject to judicialization. This article approaches the necessity of an efficient governance of the cultural heritage issue, articulated mutually with the Public Authorities and with Civil Society as a means of overcoming the model implemented by the Estado Novo, according to which, as a rule, only experts were able to approach the matter; thus alienating the civil society from the decision-making process. Methodology consisted of the critical revision of relevant literature.

KEYWORDS: Public Policy. Cultural Heritage. Dialogue. Effectivity.

INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é discutir por quais razões a política patrimonial brasileira, às vezes, mostra-se deficitária, indo parar no banco dos réus, em linguagem metafórica.

Assim, neste texto, partiu-se da premissa do burocratismo excessivo entre os três entes federados¹, como um dos graves problemas que comprometem a política patrimonial, já que os mesmos não conseguem dialogar entre si, muito menos ouvir os anseios da sociedade civil, levando-a a uma postura apática e desinteressada sobre os rumos da formulação e da execução daquela.

Para entender as razões de insucesso de uma política patrimonial é necessário compreender quem a elabora e por quais razões quem deveria ser atingido por ela não considera legítima as suas regras, já que não as obedece.

O trabalho possui aspecto multidisciplinar, indo além da questão meramente jurídica, ao dialogar com a história e a sociologia, por entender que o diálogo em ciências humanas é uma das maiores fontes de aprimoramento do conhecimento e por entender que nenhuma ciência social aplicada, como o direito, constrói seus alicerces de forma isolada.

1 VELHOS PROBLEMAS PARA NOVOS DIREITOS: POR UMA EFICIENTE GESTÃO DA POLÍTICA PATRIMONIAL

Não se pode ser radical ao ponto de afirmar de forma generalista que a política patrimonial esteja em crise, até porque em determinados lugares a mesma poderá se mostrar eficiente, enquanto, por outro lado, em outros lugares se pode constatar a positividade das ações patrimoniais. No entanto, se houver crise, com certeza, pode-se afirmar que a mesma será um bom momento para rever posturas, já que as crises são importantes por evidenciarem outros modelos de ação e outros tipos de relações interpessoais e relações de grupos (CROZIER, 1981).

Durante as crises, certas iniciativas pessoais poderão prevalecer, e todos os participantes deverão submeter-se ao arbítrio de certos indivíduos

1 Raymundo Faoro (2001, p. 171) já falava da precariedade institucional dos municípios brasileiros nos tempos coloniais "o município, com sua autonomia tolerada e medida, estimulada para cumprir desígnios do soberano, transformava, com simplicidade, as rendas e tributos em moeda, ou em valores redutíveis contabilmente à moeda. A economia natural, sempre possível de se fixar na empresa agrária, seria, desta sorte triturada. As receitas públicas valiam bem algumas migalhas de liberdade. Os interesses régios tinham, desde logo, defensores institucionais, para resguardá-los contra o indígena, o estrangeiro e o fazendeiro que, com base na sesmaria, pretendesse ares de potentado".

estrategicamente situados. Relações de dependência já esquecidas e geradoras de tensões irão reaparecer. As regras serão substituídas pela autoridade pessoal. Essas exceções, cuja origem se encontra mais uma vez nas deficiências de um sistema rotineiro excessivamente perfeito, serão toleradas na medida em que não irão durar muito tempo e se mostrarão indispensáveis para a solução do problema provocado pela crise (CROZIER, 1981, p. 286).

O discurso patrimonial geralmente é um discurso regionalista,² o qual é um discurso performativo, que tem em vista impor como legítima uma nova definição das fronteiras e dar a conhecer e fazer reconhecer a região assim delimitada e desconhecida contra a definição dominante, reconhecida e legítima, que a ignora, pois o mundo social é também representação e vontade e existir socialmente é também ser percebido e distinto (BOURDIEU, 2010).

Nessa perspectiva, com a Constituição de 1988, a questão cultural mereceu destaque porque a sociedade brasileira já não reconhecia sua identidade em torno de uma base social e cultural única e homogênea, forjada pelos idealizadores do patrimônio do início do século XX; a questão do patrimônio e da memória passam a ser ideais defendidos por movimentos sociais objetivando à afirmação das novas identidades coletivas³ (MENDONÇA, 2012).

O patrimônio, atualmente, está marcado pelo duplo abandono do arrimo patriótico e da exclusividade da alta cultura. De fato, sua definição, por um lado, deixou de ser estreitamente nacional, tendendo a identificar-se com um espaço cultural amplamente fracionado – até a terra inteira. Por outro lado, daqui em diante, ele engloba, para além da herança monumental *stricto sensu*, um conjunto de figuras e de atividades da civilização e da humanidade consideradas como significativas [...]. A fórmula remete ao importante fenômeno da evolução atual do patrimônio, ou seja, a substituição do patrimônio da civilização, no sentido das Luzes, por um patrimônio mundial das

2 Quando se vive um modelo cultural que não condiz com a realidade local, diz-se que os destinatários desse modelo são transformados em consumidores dependentes, que vivem 'por delegação' situações virtuais que nunca terão possibilidade de experimentar realmente, mas das quais não podem prescindir, por não conseguir imaginar ainda um modelo de existência mais de acordo com o que realmente são (HERMET, 2002, p. 174).

3 Sobre o reconhecimento de novos patrimônios, por exemplo, Marcos Montysuma (2012, p. 400) diz que a questão do patrimônio amazônico, tido como bem da humanidade, não poderá corromper o princípio de interação dos povos que vivem na região, com culturas operadas por uma lógica ou lógicas que fogem ao resto do que o mundo pensa.

culturas. A crise de uma representação da universalidade identificada com a história nacional, ou europeia, traduziu-se pela impossibilidade de manter a imagem tradicional de um patrimônio normativo [...] Ainda neste aspecto, o paralelo é evidente com a elaboração jurídica do ‘patrimônio comum’, que revela uma abstração quase completa, ‘visto que desapareceu o suporte material da propriedade, seja ela privada ou pública’. Em suas representações banais, e ao mesmo tempo, científicas, o patrimônio já não evoca a inscrição vigorosa dos antepassados na memória coletiva, nem os monumentos a transmitir à posteridade, mas os materiais de uma ancestralidade, frequentemente privada de datas ou de nomes, além de todos os recursos do imaterial (POLOUT, 2009, p. 224-227).

Com a nova ordem constitucional, a questão da burocracia patrimonial ganhou alguns contornos; a competência legislativa para a proteção dos bens culturais excluiu os Municípios, deixando a mesma concorrentemente em mãos da União, dos Estados e do Distrito Federal, restando àqueles a promoção da proteção do patrimônio-histórico cultural local, desde que observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (SILVA, 2012; COSTA, 2011).

Além disso, a restrição à competência municipal para legislar sobre a proteção do patrimônio cultural e, conseqüentemente, sobre o tombamento não obstará uma ação conjunta de todos os entes federados (SILVA, 2012). Obter essa cumplicidade federativa tem sido um dos problemas da política patrimonial. Somem-se à questão os assédios da indústria patrimonial.

A indústria patrimonial desenvolveu recursos de embalagem que também permitem oferecer os centros e os bairros antigos como produtos para o consumo cultural. Estados e municípios a eles recorrem, de forma reservada e discreta ou abertamente, em razão de suas opções sociais e políticas, mas sobretudo de acordo com a natureza (dimensões, caráter, recursos) do produto a ser lançado segundo a importância relativa da renda que se espera obter. Um arsenal de dispositivos consagrados pela prática permite atrair e fazer que permaneçam os amantes da arte, organizar o uso do seu tempo, de desambientá-los mantendo-se a familiaridade e o conforto: sistemas gráficos de sinalização e de orientação; estereótipos do pitoresco urbano: alamedas, praças, ruas, galerias para pedestres, pavimentação ou lajeados à antiga, guarnecidos de mobiliário industrializado *standard* (candelabros, bancos, cestos de lixo, telefones públicos) de estilo

antigo ou não, alegrados, de acordo com o espaço disponível, com esculturas contemporâneas, chafarizes, vasos rústicos de flores e arbustos internacionais; estereótipos do lazer urbano – cafés ao ar livre com mobiliário adequado, barracas de artesãos, galerias de arte, lojas de objetos usados e ainda, sempre, por toda parte, sob todas as suas formas (regional, exótica, industrial), o restaurante (CHOAY, 2006, p. 224-225).

Françoise Choay (2006), ao comentar os efeitos perversos da questão patrimonial, recorda que o patrimônio histórico arquitetônico se enriquece continuamente com novos tesouros que não param de ser valorizados e explorados; a indústria patrimonial, enxertada em práticas com vocação pedagógica e democrática não lucrativa, teria sido lançada inicialmente a fundo perdido, na perspectiva e na hipótese do desenvolvimento e do turismo; no entanto, ela representaria atualmente uma parte crescente do orçamento e da renda das nações, significando para muitos estados, regiões e municípios a sobrevivência e o futuro econômico.

É preciso também ter em conta que os movimentos turísticos, alimentados pela febre patrimonial, atraem pessoas que se deslocam de seus domicílios habituais, cabendo ao Estado a adoção de medidas administrativas que objetivem controlar os fluxos de viajantes e as condições dos estabelecimentos de acolhida (pousadas, albergues etc.), tanto para garantir a segurança física e patrimonial do turismo, como por razões arrecadatórias (MARTÍN, 2005).

Considerar as políticas patrimoniais como mero produto a ser embalado e disponibilizado à indústria cultural, como alvo do mercado imobiliário de prestígio, acaba excluindo dele as populações locais ou não privilegiadas e, com elas, suas atividades tradicionais e seu modesto cotidiano, pois nem sempre os processos de patrimonialização visam fins que tenham relação com a preservação de uma identidade, podendo ter como propósitos o disciplinamento social dos espaços públicos, o branqueamento de determinadas características identitárias ou a higienização dos hábitos de classes populares (CHOAY, 2006; TAMASO, 2012).

É preciso bastante prudência das políticas patrimoniais para não se transformar simplesmente um espaço cultural autêntico em mera mercadoria, já que o turismo, para se reproduzir, segue a lógica do capital, no qual poucos se apropriam dos espaços e recursos nele contidos, apresentando os mesmos como atrativos que são transformados em mercadorias (CORIOLANO, 2006).

Reconhecer isso parece ser um ponto importante para o êxito da política patrimonial, como forma de desenvolvimento cultural. Aos

indivíduos que experimentarão as consequências da política patrimonial, é preciso dar oportunidade de serem ouvidos, assim como é preciso dar-lhes oportunidade de capacitação e emancipação⁴.

Por sua vez, esses arranjos institucionais são determinados pela liberdade de participação de escolha e tomada de decisões, daí um primeiro argumento (neste caso, política), como promotora do desenvolvimento. Uma sociedade desenvolvida não é a que apresenta altos índices de renda e de riqueza, e sim aquela em que as oportunidades são maximizadas em razão das capacidades de cada indivíduo, que deve ter liberdade para escolher suas opções de satisfação pessoal e bem-estar. O bem-estar individual não é tão somente um princípio garantido pela ordem social, mas acima de tudo um direito considerado a partir da liberdade de cada um em identificá-lo e realizá-lo (SOUSA, 2011, p. 91).

Outro ponto que merece destaque são os investimentos em educação patrimonial. Em Centros Históricos que ficaram à margem dos processos de desenvolvimento econômico, os habitantes desses locais são geralmente os únicos que se dispuseram a nele habitar, em virtude das limitações econômicas. Essa população costuma ser bastante carente de políticas sociais, inclusive de educação, o que compromete o êxito das políticas patrimoniais.

Nesse sentido, a educação patrimonial seria um processo permanente e sistemático de trabalho educacional centrado no patrimônio cultural como fonte primária de conhecimento e enriquecimento individual e coletivo, significando a tomada dos objetos e expressões de patrimônio cultural como ponto de partida para a atividade pedagógica, com observação, questionamento e exploração de todos os seus aspectos, que poderão ser traduzidos em conceitos e conhecimentos (MEDEIROS; SURYA, 2012).

A educação patrimonial pode ser conceituada como um instrumento de 'alfabetização cultural', possibilitando ao indivíduo fazer a leitura do mundo em que está inserido, levando-o à compreensão do universo sociocultural e da trajetória histórico-temporal em que está imerso, sendo fruto desse processo o desenvolvimento da autoestima dos indivíduos interessados e da comunidade, com a conseqüente valorização de sua cultura (MEDEIROS; SURYA, 2012, p. 299).

4 "A cultura já não é mais um luxo inútil reservado a uma minoria de aristocratas privilegiados e a alguns criadores marginais. Torna-se cada vez mais um instrumento essencial de ação num mundo racionalizado que só pode ser dominado através da utilização de modos de pensar que dependem de um aprendizado cultural" (CROZIER, 1983, p. 125).

O turismo é, na atualidade, um dos eixos desencadeadores dessa espacialização, age desterritorializando e produzindo novas configurações geográficas. Assim é que regiões litorâneas originalmente ocupadas pelos indígenas, pescadores, comunidades tradicionais, os chamados ‘povos do mar’ são expropriadas para dar lugar às segundas residências, aos grandes resorts, às cadeias hoteleiras, aos restaurantes e demais equipamentos turísticos, como parques temáticos, por exemplo. Nessa produção espacial, faz-se necessário considerar a luta dos diferentes atores locais: os nativos usuários do espaço litorâneo que tentam defender suas propriedades, ou bens de usos, contrapondo-se aos interesses dos empresários, dos agentes imobiliários e do próprio Estado, estes que se interessam pelo valor de troca do espaço, pois o transformaram em mercadoria (CORIOLANO, 2006, p. 32).

Desconsiderar o fator acima trará repercussões negativas na execução da política patrimonial. Posteriormente, em vão o Estado gastará energia burocrática, na esfera administrativa, e judiciária, através das Instituições do Sistema de Justiça, caso queira obrigar a população a conservar o patrimônio.

Se as pessoas não participam da elaboração das regras e da execução da política que afeta diretamente um patrimônio privado, sob sua guarda, dificilmente tais regras se mostrarão eficazes, pois falta legitimidade democrática à norma. Daí a importância da construção de uma política patrimonial que esteja pautada na participação dos sujeitos interessados a se desenvolver, já que uma participação ativa daqueles resulta em uma distribuição mais equilibrada da concepção e controle das ações de desenvolvimento (HERMET, 2002), e que se utilize da denominada educação patrimonial, que reforçará a legitimidade firmada no processo de participação.

A educação patrimonial é ação fundamental para a preservação do patrimônio. A não realização repercute de forma negativa, pois se torna difícil obter o apoio da sociedade para a preservação desses bens, uma vez que ela, por desconhecimento quanto à importância deles para a manutenção da memória coletiva, não valoriza e, principalmente, rejeita as medidas de preservação impostas pelo poder público.

Quando a população se apropria e se reconhece nos bens culturais eleitos como representativos da nação, torna-se mais fácil atuar com políticas de preservação. Portanto, trabalhos de educação patrimonial que atuem na conscientização da população para a proteção do patrimônio são essenciais nas políticas de preservação (MEDEIROS; SURYA, 2012, p. 300).

O consumismo cultural não pode ser o único objetivo das políticas patrimoniais. O turismo, evidentemente, traz rendas (desenvolvimento econômico), mas não pressupõe que as populações locais terão acesso aos benefícios que uma distribuição de renda proporcionaria (acesso à educação, saúde, trabalho etc., como forma de desenvolvimento social).

Para Clerton Martins (2006), o turismo tendo adquirido um significado de reencontro dos indivíduos consigo na busca do que se perdeu, pois, em dados momentos e de acordo com o que se pode pagar, os indivíduos saem das cidades em busca de paraísos utópicos (lugar de reencontro, de fantasia, descanso, felicidade), sonhando com o exotismo do paraíso e de um reencontro consigo (construção de um tempo próprio, construído pelo próprio indivíduo), o que decorreria da perda por parte do homem da possibilidade de construir seu próprio tempo e de estar na maior parte de sua existência em ambientes artificializados (espaço e tempo no qual o indivíduo está obrigado a suportar e o qual não foi o mesmo quem construiu).

Não é demasiado lembrar que Pierre Bourdieu (2013) já havia analisado como o acúmulo de bens simbólicos é constitutivo dos hábitos através dos quais os indivíduos procurarão se diferenciar dos demais e assegurar a reprodução social, ou seja, a manutenção de determinado classicismo social⁵.

Os bens culturais possuem, também, uma economia, cuja lógica específica tem de ser bem identificada para escapar ao ‘economicismo’. [...] A definição de nobreza cultural é o pretexto para uma luta que, desde o século XVII até nossos dias, não deixou de opor, de maneira mais ou menos declarada, grupos separados em sua ideia sobre a cultura, sobre a relação legítima com a cultura e com as obras de arte, portanto, sobre as condições de aquisição, cujo produto é precisamente estas disposições: a definição dominante do modo de apropriação legítima da cultura e da obra de arte favorece, inclusive, no campo escolar, aqueles que, bem cedo, tiveram acesso à cultura legítima, em uma família culta, fora das disciplinas escolares; de fato, ela desvaloriza o saber e a interpretação erudita, marcada como ‘escolar’, até mesmo ‘pedante’, em proveito da experiência direta e do simples deleite (BOURDIEU, 2013, p. 9-10).

5 Pierre Bourdieu (2013, p. 56) diz que a disposição (senso) estética “como toda a espécie de gosto, ela une e separa: sendo o produto de condicionamentos associados a uma classe particular de condições de existência, ela une todos aqueles que são o produto de condições semelhantes, mas distinguindo-os de todos os outros e a partir daquilo que têm de essencial, já que o gosto é o princípio de tudo o que se tem, pessoas e coisas, e de tudo o que se é para os outros, daquilo que serve para se classificar a si mesmo e pelo qual se é classificado”.

Dessa maneira, o turismo cultural, realizado na cidade patrimonial, como nova forma de distinção àqueles que podem pagar, acaba se tornando um produto cultural (*mercancia*), sujeito às intempéries da indústria patrimonial, devendo a sociedade interessada ser esclarecida a respeito de suas falhas e o Estado agir para combatê-las ou deixá-la em níveis aceitáveis, sob pena de se comprometer o direito ao desenvolvimento cultural⁶.

Ora a cidade histórica, assim como o monumento individual, é transformada em produto de consumo cultural – reutilização ambígua, no melhor dos casos lúdica, e que dissimula sua natureza museal – ora, pode ser destinada a fins econômicos que se beneficiam simbolicamente de seu *status* histórico e patrimonial, mas que a ela não se subordinam.

O primeiro caso vê, pois, a cidade patrimonial posta em cena e convertida em cena: de um lado, iluminada, maquiada, paramentada para fins de embelezamento e midiáticos; de outro, palco de festivais, festas, comemorações, congressos, verdadeiros e falsos *happenings* que multiplicam o número dos visitantes em função da engenhosidade dos animadores culturais (CHOAY, 2006, p. 224).

Sob esse viés, a mera aplicação de políticas patrimoniais não pressupõe a existência de desenvolvimento cultural. Este só parece possível caso possibilite liberdade e capacitação à sociedade diretamente envolvida, buscando o comprometimento dos grupos afetados num projeto de gerencia e decisão dos assuntos de seu interesse (MARTINS, 2006, p. 44)⁷.

O acúmulo de capital cultural pode constituir um forte trunfo para se vencer as lutas simbólicas que são travadas na sociedade. Em anexo do livro *A dominação masculina*, Pierre Bourdieu (2014), ao analisar algumas questões sobre o movimento gay, diz que tal movimento, apesar de reunir indivíduos estigmatizados, reúne pessoas relativamente privilegiadas sob o ponto de vista do capital cultural, o que constitui um trunfo considerável nas lutas simbólicas, o que acabou os distinguindo dos demais grupos estigmatizados⁸.

6 “Atualmente, nas nossas sociedades de consumo e de cultura de massa, o uso do patrimônio, sua interpretação, até mesmo sua simulação – daqui em diante, por dispositivos virtuais –, passam por ser o instrumento de um desenvolvimento local ou nacional, em função do turismo e das práticas mercantis do saber e do lazer” (POLOUT, 2009, p. 200).

7 Clérton Martins (2006, p. 44) lembra que “a participação popular pode, muitas vezes, parecer não ser muito eficiente, porque demanda tempo, aumentando os custos e a complexidade do processo decisório. Entretanto, os benefícios do desenvolvimento não podem ser medidos exclusivamente pelos custos financeiros. A participação popular traz outros benefícios à comunidade e ao país”.

8 “Ora, o objetivo de todo movimento de subversão simbólica é operar um trabalho de destruição e de construção simbólicas visando a impor novas categorias de percepção e de avaliação, de modo a construir um grupo, ou, mais radicalmente, a destruir o princípio mesmo de divisão segundo o qual são produzidos

Dessa maneira, aos grupos estigmatizados que vivem em locais de forte apelo cultural, mas que não desfrutam das benesses desse capital contido, necessitam de autonomia e liberdade que proporcione a emancipação dos mesmos; tal emancipação, advirá com a remoção das principais fontes de privação das liberdades, como a pobreza, que não é apenas a mera ausência de renda, a carência de serviços públicos de qualidade, uma Administração repressiva e autoritária e limitações de oportunidades econômicas, já que o que os indivíduos conseguem alcançar está diretamente influenciado pelas liberdades políticas, econômicas e pelas condições emancipadoras como saúde e educação (SOUSA, 2011).

O desenvolvimento em suas diversas facetas (econômica, social, política e cultural) deve estar ligado diretamente às potencialidades do homem, devendo ter uma mensagem no sentido positivo, ou seja, comportando um elemento de intencionalidade, pois o desenvolvimento é invenção; as sociedades serão consideradas desenvolvidas na medida em que nelas o homem for capaz de lograr satisfazer as suas necessidades, de manifestar suas aspirações e exercer seu gênio criador, no qual a invenção e a implementação de novas estruturas sociais oportuniza o processo de desenvolvimento (FURTADO, 1984), sendo um processo de mudança em virtude do qual uma coletividade tem acesso a um melhor bem-estar, chegando a extrair do próprio meio, à custa de uma abertura ao exterior, os recursos que contém e que permaneciam até então pouco utilizados ou sem explorar (HERMET, 2002), o que representa um despertar ou uma redescoberta de uma riqueza cultural.

Outro empecilho ao êxito da política patrimonial parece estar na intransigência das regras que são postas pelos órgãos de gestão. Uma postura intransigente dos órgãos técnicos não é adequada porque vão na contramão da história das cidades. As arquiteturas e espaços não devem ser fixados por uma ideia intransigente de conservação, sendo preciso haver certa dinâmica, como aconteceu com a pirâmide do Museu do Louvre, em Paris (CHOAY, 2006). A estrutura burocrática patrimonial deve estar permeável aos anseios da sociedade interessada, podendo-se valer dos órgãos colegiados, com participação popular, para decidir questões mais sensíveis.

O princípio colegiado provou ser um poderoso meio educacional para fazer valer o ‘realismo’ na administração. Também tem possibilitado a inclusão de particulares socialmente influentes e, por conseguinte,

não só o grupo estigmatizante, como também o grupo estigmatizado. Este trabalho os homossexuais estão particularmente armados para realizar: eles podem pôr a serviço do universalismo, sobretudo nas lutas subversivas, as vantagens ligadas ao particularismo” (BOURDIEU, 2014, p. 171).

permitiu conciliar, em certa medida, o prestígio de notáveis e a prática dos empresários privados com a técnica especializada dos burocratas profissionais. Os corpos colegiados foram um dos primeiros órgãos que facilitaram a expansão do moderno conceito de ‘instituições públicas’ no sentido de entidades duradouras e impessoais. [...] Apesar de uma grande multiplicidade de conformações, os corpos colegiados, como tipo, apresentavam-se com base na especialização racional da posse do conhecimento técnico. [...] Com bastante regularidade, o princípio burocrático colegiado passou da autoridade central às autoridades inferiores mais diversas. Em unidades totalmente fechadas, e particularmente nas urbanas, a administração colegiada é a forma primitiva do governo de notáveis, como indicado anteriormente (WEBER, s/d, p. 75-76).

O monitoramento parece ser essencial ao planejamento de ações e à gestão, funcionando como uma atividade preventiva, ao permitir um maior controle sobre as mudanças e tendências de transformação, o que envolve a medição de qualidades e condições nas quais os responsáveis pelo gerenciamento ou gestão precisam concentrar esforços, seja no sentido de manutenção das ações que estão dando certo, como na prevenção de riscos ou ameaças potenciais ao que está sendo monitorado, ou seja, através do monitoramento, é possível evitar danos futuros e aplicar medidas de correção de curso à política patrimonial (LIRA, 2011).

Em uma visão burocrática, o monitoramento é visto como uma forma de supervisão, o que causa certo mal estar na gestão da política patrimonial, pois é tido como um controle externo que expõe os pontos de vulnerabilidade de determinada gestão; ocorre que essa atividade deve ser vista como um importante instrumento de informação para o processo de gestão e planejamento da conservação, já que possibilita que essa se pautem na manutenção e prevenção, em vez de ações curativas ou restaurativas (LIRA, 2011).

A gestão cultural, no Brasil, não é encarada como esfera onde se exijam virtudes daqueles que tomarão a frente da mesma, havendo certo descaso com os órgãos e entidades ligados a questão e falta de profissionalismo⁹, no sentido weberiano, da mesma. Aliado a isso, falta clareza, coerência e despreocupação com a eficácia dos recursos financeiros, escassos e mal aproveitados (DURAND, 2013).

9 Geralmente os gestores culturais não estão acostumados a trabalhar em equipe e nem suportam os processos de negociação, usando o posto executivo para realizar antigos caprichos e projetos pessoais, acabando por sobrepor às prioridades reclamadas pela eficiência, pelo bom-senso e por uma objetividade não afetada pelo narcisismo. Seria preciso evitar o clientelismo da gestão cultural, elevando o nível da gestão no conjunto da Administração Pública, avançando-se o seu profissionalismo (DURAND, 2013, p. 40-41).

É corriqueiro apontar-se na gestão pública de cultura no Brasil, para além de sua importância mínima no orçamento de governo, quatro entraves persistentes: *a.* fragmentação do fomento em um imenso conjunto de projetos sem conexão muito visível uns com os outros; *b.* a desarticulação crônica entre gestão municipal, estadual e federal; *c.* a descontinuidade de prioridades (quando são dadas a conhecer) e programas nas sucessões de governo; e *d.* dificuldades em se entrosar a gestão cultural com outras áreas afins (educação, turismo, ciência e tecnologia etc.) (DURAND, 2013, p. 129).

É bem verdade, no entanto, que o quadro acima de ineficiência da gestão é problemática que envolve a gestão de outras políticas públicas, quadro que decorre do crônico problema da burocracia brasileira, incapaz de se deixar permear às novas demandas sociais e ainda fortemente atrelada ao postulado clássico do princípio da legalidade¹⁰, que parece não receber significação semântica adequada aos novos tempos.

Welber Barral (2005), em seus estudos sobre desenvolvimento, além de criticar a persistência do sistema jurídico brasileiro em copiar modelos alheios, já havia alertado para a necessidade do mesmo em desenvolver mecanismos de avaliação quanto à eficácia e eficiência de normas anteriores:

Em outras palavras, não são poucas às vezes em que normas ‘que não pegaram’ são novamente reeditadas no Brasil, ou normas que se repetem sobre a mesma matéria. Nesse sentido, falta aos juristas brasileiros desenvolver mecanismos metodológicos de avaliação das normas, os quais deverão considerar tanto os impactos econômicos quanto sociais. A ausência desses mecanismos condena a sociedade brasileira a não aprender com os próprios erros (BARRAL, 2005, p. 60).

Uma política cultural, no que se inclui a questão patrimonial, não pode ser feita a base de amadorismo e na eleição de critérios estéticos pessoais de seus gestores. Quatro princípios parecem resumir o que pode se esperar de uma política cultural democrática e eficiente, segundo José Carlos Durand (2013):

a) *Qualidade* (estética ou científica, conforme se trate de cultura artística ou científica), no qual o Estado, ante as falhas do mercado no setor, sem se tornar ele próprio o produtor da cultura, deve estimular atividades culturais, ajude a assegurar o fluxo de bens e atividades culturais;

10 Eduardo Novoa Monreal (1988, p. 21) já havia constatado o alto prestígio teórico da legislação tradicional e o pouco apreço pela legislação moderna pelos profissionais do direito na América Latina, o que se aplica à legislação a respeito da tutela do patrimônio cultural imobiliário.

b) *Diversidade*, a garantir um fluxo suficiente para oferecer ao cidadão reais opções de consumo cultural, dentro de cada segmento artístico e entre os mesmos. Neste ponto, o papel do Estado na direção das políticas culturais deve ser objeto de bastante controle. Não é demasiado esquecer que o Estado é controlado por aqueles que o dirigem, o que evidentemente poderá comprometer a diversidade das políticas culturais.

A teoria, dominante em nosso meio, apresenta-nos abstratamente o Estado como a instituição política suprema, encarregada de guiar uma sociedade humana à obtenção de seus fins. Esses fins se alcançam com a outorga, a cada um de seus membros, dos meios apropriados para que logrem o mais pleno desenvolvimento humano e para que obtenham a maior felicidade terrena. Com isso, o Estado fica convertido em tutor e custódio do 'bem comum', princípio também abstrato, que se presta, e se prestou, a mais de uma manipulação, em proveito de grupos minoritários. [...] A pretendida neutralidade do Estado, sua suposta impessoalidade e a sugerida ideia de que é apto para se por a serviço de qualquer ideologia 'que democraticamente, conquiste o poder', são outras tantas fábulas destinadas a alentar vãs esperanças, a apaziguar impaciências e a quebrar rebeldias. Porque, na realidade, o Estado e sua ação se impregnam dos interesses, cobiças e paixões dos homens de carne e osso que os manejam (MONREAL, 1988, p. 179).

c) *Preservação de identidades*, devendo a cultura ser um território no qual se afirmem e reafirmem as diversas identidades que fazem parte do multiculturalismo do país (identidades nacionais, regionais, étnicas, sexuais, etárias, religiosas etc.), contrapondo-se à força globalizante e massificadora da indústria cultural internacional ou de qualquer outra instância empenhada em fazer diminuir tais diferenças;

d) *Disseminação de valores*, em que os significados disseminados através da cultura expressem valores reconhecidos como positivos para o ser humano, apesar do risco e da dificuldade em se definir o que seja positivo ou negativo o reconhecimento de tais valores religiosos, étnicos, nacionais, concepções estéticas e estilos de vida que caracterizam o mundo atual.

Como bem lembra José Afonso da Silva (2001), o papel do Estado no trato das políticas culturais é algo complexo, pois o direito à cultura exige uma ação positiva do mesmo, cuja realização efetiva requer a existência de uma política cultural, devendo-se atender valores aparentemente em conflito: de um lado, fica sujeita à função negativa de respeito à liberdade cultural; de outro, exerce uma função positiva de promoção cultural objetivando realizar o princípio da igualdade no campo da cultura, o que significa promover a democracia cultural.

Indaga-se, sob esse viés, em que consistiria uma democracia cultural? José Afonso da Silva (2001) responde que a mesma pode se apresentar sob três aspectos: a) por um lado, não tolher a liberdade de criação, expressão e de acesso à cultura, por qualquer forma de constrangimento ou de restrição oficial; b) antes, criar condições para a efetivação dessa liberdade num clima de igualdade; c) por outro lado, favorecer o acesso à cultura e o gozo dos bens culturais à massa da população excluída.

A presença governamental na cultura é questão controversa de longa data, muito longe do consenso que a legitima, por exemplo, em saúde, educação ou infraestrutura. A controvérsia se funda na desconfiança de que a presença do governo pode facilmente descambar em ‘dirigismo cultural’ e em exercício de censura, à semelhança do que aconteceu durante os totalitarismos do século XX.

Como precaução, as leis que disciplinam a atuação do governo, nas recentes democracias de mercado, tendem a restringir sua presença em cultura a funções de animação, apoio material e coordenação operacional das formas de expressão originárias da sociedade, sendo o poder coercitivo limitado apenas, quando necessário, à preservação do patrimônio (DURAND, 2013, p. 148).

Conclusivamente, neste ponto, para que a política patrimonial funcione de forma satisfatória, de modo a impulsionar o desenvolvimento cultural, inevitavelmente parece que há necessidade de que sejam estabelecidas regras claras. Sistemas claros de regras e punições, com uma imposição rigorosa, podem fazer diferença para os padrões de comportamento (SEN, 2000).

A existência de um sistema jurídico confuso pode ter implicações extremamente negativas para a promoção do desenvolvimento. Em primeiro lugar, porque permite a existência de duas categorias de cidadãos, aqueles que conhecem os limites e a flexibilidade das regras e aqueles que se sujeitam à sua faceta mais autoritária. Em segundo lugar, porque um sistema jurídico instável e facilmente modificável tem implicações negativas para investimentos e para a criação de riquezas. Em terceiro lugar, porque a falta de previsibilidade afeta as garantias de liberdade e de confiança na estrutura social (BARRAL, 2005, p. 50-51).

Não se pode desconsiderar a própria ética capitalista no fomento de valores na comunidade, principalmente aqueles que estimulem a autonomia

das pessoas, pois, embora o capitalismo seja visto com frequência como um sistema que só funciona baseado na ganância, o funcionamento eficiente da economia capitalista depende, em verdade, de poderosos sistemas de valores e normas. O capitalismo, concebido, de forma açodada, como um sistema baseado em um comportamento ganancioso, é uma subestimação da ética do mesmo, que contribuiu enormemente para formidáveis realizações (SEN, 2000)¹¹.

O êxito do capitalismo na transformação do nível geral de prosperidade econômica no mundo tem se baseado em princípios e códigos de comportamento que tornaram econômicas e eficazes as transações de mercado. Para fazer uso das oportunidades oferecidas pelo mecanismo de mercado e aproveitar melhor a troca e o comércio, os países em desenvolvimento precisam atentar não apenas para as virtudes do comportamento prudente, mas também para o papel de valores complementares, como formar e manter a confiança, resistir às tentações da corrupção disseminada e fazer da garantia um substituto viável para a imposição legal punitiva (SEN, 2000, p. 303).

Raymundo Faoro (2001) já havia alertado o quanto a livre iniciativa no Brasil foi sabotada em sua gênese, tendo em vista que a estrutura do Estado foi utilizada como uma das poucas formas de ascensão social.

Os servidores públicos – nobres e burocratas – vestiam-se com as roupas das manufaturas inglesas, cobriam as mulheres de jóias lavradas na Holanda, comiam o trigo importado, tudo à custa do ouro que, célere, mal lhes pousava nas mãos. Quando um brado de pessimismo aponta a miséria do dia seguinte, é ainda ao Estado que se pede o remédio, o Estado fonte de todos os milagres e pai de todas as desgraças. [...] O que realmente fomos: nulos, graças à monarquia aristocrática! Essa monarquia, acostumando o povo a servir, habituando-o à inércia de quem espera tudo de cima, obliterou o sentimento instintivo da liberdade, quebrou a energia das vontades, adormeceu a iniciativa; quando mais tarde lhe deram a liberdade, não a compreendeu; ainda hoje não a compreende, nem a sabe usar dela ... Os netos dos conquistadores de dois mundos podem, sem desonra, consumir no ócio o tempo e a fortuna, ou mendigar pelas secretarias um *emprego*: o que não podem,

11 Amartya Sen (2000, p. 299), não ignora, no entanto, que, apesar de sua eficácia, a ética capitalista é, em verdade, muito limitada em diversos aspectos, ligados particularmente a questões de desigualdades econômicas, proteção ambiental e necessidade de diferentes tipos de cooperação que atuam externamente ao mercado. Para combater, essas limitações, falhas de mercado, deve o Estado intervir.

sem indignidade, é *trabalhar!* Uma fábrica, uma oficina, uma exploração agrícola ou mineira, são coisas impróprias de nossa fidalguia. Por isso as melhores indústrias nacionais estão nas mãos dos estrangeiros, que com elas se enriquecem, e se riem de nossas pretensões. Contra o trabalho manual, sobretudo, é que é universal o preconceito: paremos um símbolo servil! Por ele sobem as classes democráticas em todo o mundo, e se engrandecem as nações; nós preferirmos ser uma aristocrática de pobres ociosos, a ser uma democracia próspera de trabalhadores (FAORO, 2001, p. 105-106).

Nesse cenário, além das questões já levantadas, parece que o êxito da política patrimonial residirá numa diminuição da atividade estatal e um aumento da atividade dos indivíduos, devidamente emancipados, econômica, social, política e culturalmente, alimentando-se o auto interesse dos indivíduos que experimentarão aquela¹².

Não parece que o êxito de qualquer política pública esteja na delegação de sua elaboração ou gestão ao Judiciário. Esse excessivo deleguismo, seja do parlamento, seja do executivo, acaba comprometendo as relações democráticas, pois tira da sociedade e monopoliza em uma figura estatal, o juiz, o poder decisório de uma decisão que deveria ser coletiva.

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas ‘livres’ e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira. O fato de que pontos de vista morais não sejam delegados pela base social parece consistir tanto na única proteção contra sua perversão

12 “Assim entendidas, as instituições de um país, tanto quanto as de uma comunidade específica, estão muito longe de se basearem unicamente em um aparato constitucional – no caso de um país- ou normativo e hierárquico – no caso de um ambiente local – escrito ou, inclusive, não escrito e consuetudinário. Pelo contrário, englobam uma miríade de convenções cujas lógicas acumuladas regulam a totalidade do “funcionamento” do país ou do meio em questão, inclusive quando estão mal adaptados a seu ambiente, mas sem poder assumir o alto custo social de sua modificação. Disto de uma maneira mais plástica: em vez de pensar em instituições simplesmente, teríamos que pensar a esse respeito com a imagem de uma espécie de gramática institucional, dotada de um alcance quase previsível, cujos arcanos, cuja sintaxe e cujo vocabulário seriam explorados de forma suficientemente pormenorizada e que, a princípio, conviria não modificar a não ser em poses infinitesimais e, se isso ocorresse, sabendo por que se a infringe e com que probabilidade de êxito” (HERMET, 2002, p. 123).

como também em obstáculo para a unidimensionalidade funcionalista (MAUS, 2000, p. 202).

O papel ideal do Estado consiste na regulação das indústrias culturais, fazendo com que a diversão proporcionada por aquela seja compatível com as exigências de um desenvolvimento duradouro e efetivo, baseado em um capital social preexistente, mas que deve ser remodelado e conciliado com tal finalidade (HERMET, 2002).

Sem as premissas acima, a política patrimonial desembocará no insucesso decorrente de sua desarticulação entre aquilo que for planejado pela burocracia estatal e os anseios da sociedade civil, o que ocasionará a sua falta de efetividade.

Nesse contexto, faz-se necessário resgatar a participação da sociedade civil para que a mesma possa participar do debate que desencadeará as regras que permearão as políticas patrimoniais, sob pena destas últimas, mais uma vez, irem parar no banco dos réus.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve a preocupação de discutir o papel do Judiciário, de maneira geral, frente às políticas públicas, em especial a política patrimonial, situando o contexto político, social e jurídico em que se deu o seu protagonismo diante das outras funções estatais clássicas (legislativa e executiva).

Os problemas decorrentes da execução da política patrimonial foram abordados, inicialmente, como sintomas de um país fortemente atrelado aos parâmetros traçados pela burocracia.

Em seguida, apresentou-se um apanhado de discussões em torno dos problemas em torno da execução da política patrimonial brasileira, onde se procurou discutir as principais razões de insucesso da mesma, principalmente aqueles decorrentes da falta de articulação entre o Poder Público e a sociedade civil.

Dessa forma, a discussão trouxe à tona o papel emergente das Instituições dos Sistemas de Justiça brasileiras, em especial da magistratura, que passou assumir o encargo de cobrir as omissões legislativas e administrativas, o que explica a crescente judicialização das mais diversas políticas públicas, no que se inclui a patrimonial, sufocada pelo burocratismo de sua tecnocracia e de um sistema federativo, desacostumado a dialogar solidariamente, o que, em linguagem metafórica, levou aquela para o banco dos réus, fazendo-se necessária uma gestão eficiente para enfrentar velhos problemas e albergar novos direitos.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: _____. (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, p. 31-60, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 14. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

_____. *A distinção: crítica social do julgamento*. 2. ed. Tradução de Daniela Kern e Guilherme J. F. Teixeira. Porto Alegre: Zouk, 2013.

_____. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. 4. ed. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade – UNESP, 2006.

CORIOLO, Luzia Neide. Espaço, poder e exclusão: contexto econômico-social do patrimônio cultural do lugar turistificado. In: MARTINS, Clerton (org.). *Patrimônio cultural: da memória ao sentido do lugar*. São Paulo: Roca, p. 31-37, 2006.

CROZIER, Michel. *O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural*. Tradução de Juan A. Gili Sobrino. Brasília: UnB, 1981.

_____. *A sociedade bloqueada*. Tradução de Maria Lúcia Álvares Maciel. Brasília: Editora da UnB, 1983.

DURAND, José Carlos. *Política cultural e economia da cultura*. Cotia: Ateliê Editorial. São Paulo: Edições SESC, 2013.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FURTADO, Celso. *Cultura e desenvolvimento em época de crise*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

HERMET, Guy. *Cultura e desenvolvimento*. Tradução de Vera Lúcia Lúcia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2002.

LIRA, Flaviana Barreto. *Patrimônio cultural e autenticidade: montagem de um sistema de indicadores para o monitoramento*. Recife: UFPE, 2011.

MARTÍN, Adolfo Aurióles. *Introducción al derecho turístico: derecho privado Del turismo*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MARTINS, Clerton. Patrimônio cultural e identidade: significado e sentido do lugar turístico. In: MARTINS, Clerton (org.). *Patrimônio cultural: da memória ao sentido do lugar*. São Paulo: Roca, p. 39-50, 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. In: *Novos Estudos*, Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

MEDEIROS, Mércia Carrera de; SURYA, Leandro. A importância da educação patrimonial para a preservação do patrimônio. In: CHUVA, Márcia; NOGUEIRA, Antonio Gilberto Ramos. *Patrimônio cultural: políticas e perspectivas de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad – FAPERJ, p. 293-301, 2012.

MENDONÇA, Lúcia Glicério. Museus e políticas públicas no Brasil: uma leitura. In: PAULA, Zuleide Casagrande de; MENDONÇA, Lúcia Glicério; ROMANELLO, Jorge Luís (org.). *Polifonia do patrimônio*. Londrina: EDUEL, p. 145-176, 2012.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira do Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MONTYSUMA, Marcos. Amazônia patrimônio e cultura. In: PAULA, Zuleide Casagrande de; MENDONÇA, Lúcia Glicério; ROMANELLO, Jorge Luís (org.). *Polifonia do patrimônio*. Londrina: EDUEL, p. 381-401, 2012.

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

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

SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. 2. ed. São Paulo: Peirópolis – Editora da USP, 2012.

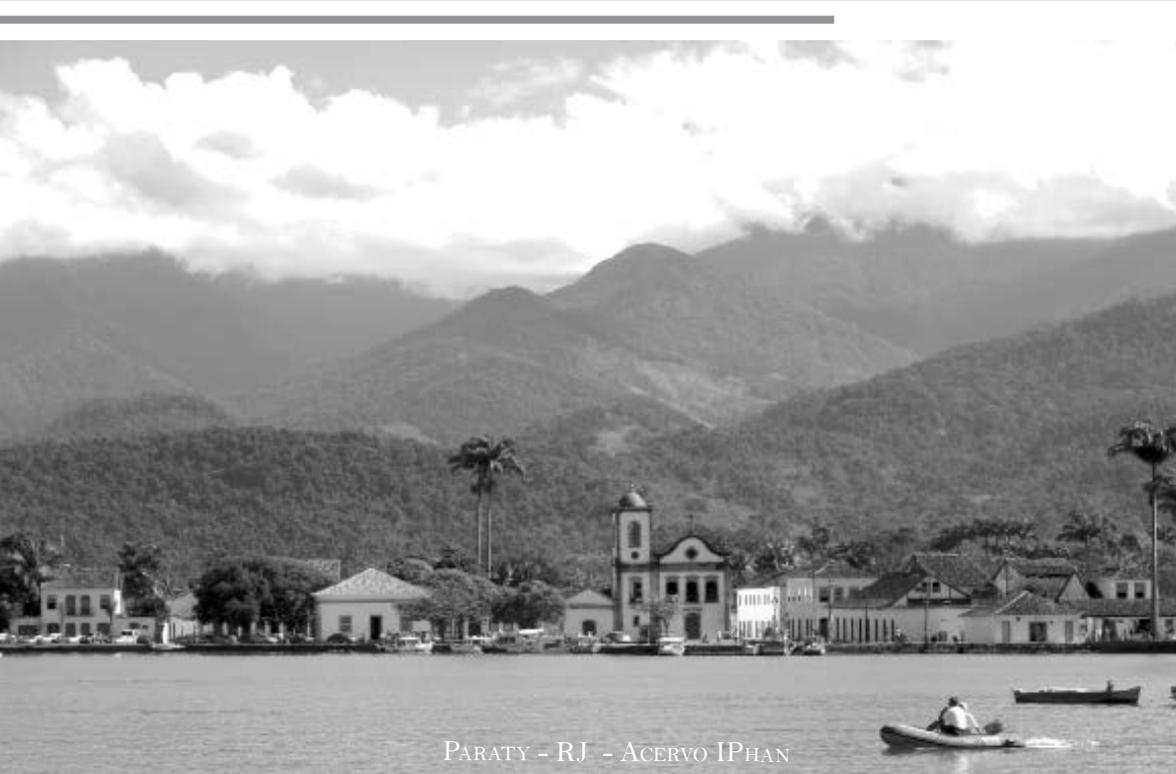
SILVA, João Ricardo Costa. O processo de patrimonialização do Centro Antigo de São Luís: práticas patrimoniais desenvolvidas pelo Poder Público. In: CHUVA, Márcia; NOGUEIRA, Antonio Gilberto Ramos. *Patrimônio cultural: políticas e perspectivas de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad – FAPERJ, p. 269-279, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUSA, Monica Teresa Costa. *Direito e desenvolvimento: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação*. Curitiba: Juruá, 2011.

TAMASO, Izabela M. Por uma distinção dos patrimônios em relação à história, à memória e à identidade. In: PAULA, Zuleide Casagrande de; MENDONÇA, Lúcia Glicério; ROMANELLO, Jorge Luís (org.). *Polifonia do patrimônio*. Londrina: EDUEL, p. 21-46, 2012.

WEBER, Max. *O que é a burocracia*. Brasília: Conselho Federal de Administração, s/d.



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

vido 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*.

Cumpra 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.



O TOMBAMENTO E A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO NA ATUALIDADE

*THE “TOMBAMENTO” AND THE CURRENT PRESERVATION
OF HERITAGE BUILDINGS*

Wenderson Gagliano de Alvarenga

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal). Especialista em Direito
do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e em Direito Público pela
Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tombamento: origem, conceito e efeitos sobre a propriedade privada; 2 As Novas Ameaças ao Patrimônio Histórico e Cultural Edificado; 3 O Tombamento em Face do Atual Paradigma Constitucional; 3.1 A Liberdade Como Diretriz Para Preservação; 3.2 Utilidade Versus Museificação. Liberar Para Preservar. 3.3 Reinterpretando O Tombamento; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Após mais de setenta anos desde sua criação, o tombamento segue sendo o principal instrumento jurídico utilizado pelo Poder Público para preservação do patrimônio cultural edificado. Todavia, a realidade de degradação dos imóveis tombados demonstra que esta medida perdeu eficiência. O tombamento apenas transfere para os proprietários, o ônus da preservação que o Poder Público não foi capaz de assumir. Este trabalho propõe uma nova abordagem sobre a aplicação do tombamento. Inspirado numa visão utilitarista, busca-se uma reinterpretação do tombamento a partir da convergência de forças para obtenção da maior satisfação de todos os atores impactados pelo instituto.

PALAVRAS CHAVE: Tombamento. IPHAN. Preservação. Reinterpretação. Utilitarismo. Liberdade.

ABSTRACT: After over seventy years since its creation, "tombamento" continues being the main legal instrument used by the Government to preserve listed heritage buildings in Brazil. However, the degradation of listed buildings demonstrates this instrument has lost efficiency. The "tombamento" only transfers to the private owners the responsibility of preservation that the Government was not able to assume. This paper proposes a new view of the "TOMBAMENTO" legal use. Inspired by the Utilitarian Philosophy, it seeks a reinterpretation of "tombamento" from the convergence of interests to obtain the greatest satisfaction of all parts involved.

KEYWORDS: Tombamento. IPHAN. Preservation. Reinterpretation. Utilitarianism. Freedom.

INTRODUÇÃO

Em países europeus, são conhecidos inúmeros casos de construções modernas integradas a prédios e sítios históricos, que criam uma nova concepção da paisagem, além de possibilitar a adaptação dos projetos originais às utilidades tecnológicas atuais. É o que se verifica, por exemplo, no *Reichstag* (parlamento alemão) em Berlim ou nas pirâmides do museu do Louvre em Paris ou mesmo na infinidade de residências seculares dos centros urbanos que permanecem ocupadas, preservadas e funcionais.

No Brasil, contudo, a realidade é distinta. Os centros antigos de cidades como Salvador e Rio de Janeiro são tomados pelo abandono, decadência e degradação. Ao mesmo tempo em que edifícios históricos se deterioram aos olhos de todos, são raros os projetos que integram estas construções com a paisagem moderno. A dificuldade vai desde a instalação de um reservatório de água, até à melhor disposição dos cômodos da habitação.

É neste panorama que se pretende analisar criticamente a utilização do tombamento como o principal instrumento de preservação do patrimônio cultural edificado.

A abordagem se inspira no viés utilitarista¹, de maneira tornar o tombamento mais eficiente no propósito de preservação de imóveis. Seguindo nesta linha, o estudo terá como base algumas orientações técnicas adotadas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), a legislação federal sobre tombamento, a jurisprudência dos nossos tribunais e o paradigma de algumas ações judiciais envolvendo a preservação de imóveis tombados.

Por fim, pretende-se demonstrar que a eficiência do tombamento como instrumento de preservação, reclama do Poder Público, uma abordagem atenta aos novos fatores de ameaça do patrimônio cultural edificado e que se harmonize com o contexto socioeconômico das grandes cidades. Nesta linha de compreensão, a preservação de imóveis tombados passa também pela aceitação de um novo modelo de administração gerencial, que concilie interesse público e privado na busca de uma solução economicamente viável para ambas as partes. Somente desta forma será possível revigorar o tombamento, ampliando o bem-estar de todos as partes afetadas pela medida.

1 Reportando-se a escola filosófica que teve nas figuras de Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873) seus principais precursores e cujos argumentos ainda hoje são utilizados nos processos decisórios.

1 TOMBAMENTO: ORIGEM, CONCEITO E EFEITOS SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

O instituto do tombamento em nosso país é um produto do intervencionismo estatal que caracterizou o Estado Novo no Brasil. A Carta de 1937 foi outorgada em 10 novembro pelo presidente Getúlio Vargas. Quinze dias depois, o mesmo presidente, diante do congresso fechado, promulgava o Decreto Lei nº. 25 de 30 de novembro de 1937 que instituía o tombamento.

É sob a influência deste ambiente intervencionista e limitador de direitos e liberdades individuais que o tombamento compulsório surge no nosso ordenamento jurídico, por meio dos artigos 8º e 9º do Decreto Lei 25/37. A raiz constitucional que serviu de alicerce ao instituto do tombamento compulsório, nos fornece uma ideia suficientemente clara das características deste instrumento cujo preceito normativo se mantém intacto até hoje.

A despeito de sua origem autoritária, segundo Edmir Netto de Araújo (2007, P. 1063), o Decreto-Lei nº 25/37 foi recepcionado pelas Constituições que se seguiram até a Carta de 1988. De fato, todos os tribunais regionais federais, o STJ e o STF, relacionam precedentes, posteriores a Constituição Federal de 1988, baseados na aplicação do Decreto-Lei 25/37.

Em linhas gerais, o tombamento pode ser definido como ato administrativo através do qual o Estado intervém no direito de propriedade privada ou pública com objetivo de preservar o patrimônio histórico e cultural. É ato de natureza declaratória, gratuito, permanente e indelegável, voltado à preservação das características originais do bem e que se realiza com sua inscrição no livro de tomo (tombamento em sentido estrito). Por se tratar de limitação no direito de propriedade, o tombamento enseja ainda averbação no registro de imóveis ao lado da transcrição de domínio (art. 13 do Decreto/Lei 25/37).

Em relação ao grau de limitação da propriedade, o STF firmou entendimento de que, em certos casos, quando o proprietário sofre um dano especial relativo ao seu direito de propriedade, fará jus a indenização, tal como numa desapropriação indireta. Não importa se a limitação advinda do tombamento impuser o dever de se manter e preservar as características originais do imóvel, ou se impuser uma destinação específica para seu uso, toda vez que for apurado o esvaziamento econômico da propriedade, o tombamento se transfigura em uma desapropriação indireta².

2 STF, RE 361.127 AgR/SP, Rel. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 15/05/2012; STF, RE 219.292/MG, Rel. Octávio Gallotti, 1ª Turma, DJ 23.06.2000 e STF, RE 182.782/RJ, Rel. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 09/02/1996.

Sobre os efeitos do tombamento, é oportuno trazer à leitura a posição precisa de José Cretella Junior (1945, p. 56):

Os efeitos ou conseqüências do tombamento do bem resumem-se quer em restrições negativas, de natureza de um *non facere* (os bens não poderão ser destruídos, demolidos, mutilados, reparados, restaurados, pintados, consertados, alienados, alterados, modificados), quer em restrições positivas, verdadeiras imposições do poder público, de natureza de um *facere* (os bens deverão ser conservados, vigiados, cuidados pelo proprietário que, nesse mister, procederá como um *bonus pater familias*).

A limitação do tombamento se estende, inclusive, aos imóveis situados no entorno do bem tombado, ensejando também sobre estes, relevantes limitações ao direito de propriedade.

2 AS NOVAS AMEAÇAS AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL EDIFICADO

Em discurso no 5º Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil em Salvador, o jurista e vereador da capital baiana, Edvaldo Brito (2013), defendeu a transmissão, sem ônus, de imóveis abandonados para o município. Em suas palavras:

No ano de 2009, Salvador tinha 224 imóveis abandonados, sendo a maioria no Centro Histórico, dos quais 111 corriam risco de desabamento. Entendam que é o IPHAN, com dinheiro público, que faz contenções de proteção. O mesmo acontece com as desapropriações destes imóveis, sobre as mais variadas fundamentações, protegendo o proprietário. Nós achamos que essa interferência só pelo tombamento e pela desapropriação não tem sentido, ainda que seja em uma situação de proteção para nós, transeuntes.

Em seguida arrematou:

Define o nosso direito que a propriedade tem que ter uma função social. Se é função social, estamos dentro desta concepção de que na Bahia e no Brasil nada mais pode ser aceito ou interpretado dentro da concepção do individualismo jurídico. Tudo, portanto, tem que ser referenciado pelo socialismo jurídico. Vamos acabar com isso, vamos raciocinar. É possível a transmissão do imóvel sem ônus ao

patrimônio do Município? É. Não há a menor inconstitucionalidade no Código Civil.

A despeito da proposta apresentada pelo Jurista Baiano, uma vez integrados ao patrimônio do Poder Público, caberia a este assumir a restauração e proteção destes imóveis, incorporando ao município mais uma atribuição que talvez não lhe fosse possível suportar. Os recursos do Estado nas suas diversas áreas de atuação são, por definição econômica, escassos em relação às demandas existentes, a preservação do patrimônio cultural é um ônus que demanda significativos recursos. Fernando da Rocha Peres (2009, p. 12), ex-diretor da Superintendência do IPHAN para os estados da Bahia e Sergipe, questionado sobre o que havia por trás dos tombamentos de bens imateriais respondeu:

Evidentemente que tombar o acarajé é tombar a receita do acarajé; tombar a capoeira é tombar a gestuária, as letras, a música da capoeira, mas estes tombamentos não são custosos, ou seja, não vão onerar o governo, seja ele federal, estadual ou municipal. Enquanto que tombar um imóvel significa mantê-lo, restaurá-lo, conservá-lo, e isso eles não querem mais fazer, porque os recursos são escassos e já não faz mais parte da política desses senhores esta ideia de que o passado tem de ser preservado, principalmente os monumentos.

Ademais, superada a limitação orçamentária, o administrador ainda iria se defrontar com o modelo burocrático de execução orçamentária. Algo que lhe impõe dificuldade até mesmo no momento de eleger a prioridade a ser atacada.

Na outra ponta, caberia se perguntar também, se o estado de abandono destes imóveis se deu em razão da indisposição deliberada dos seus proprietários ou por conta de dificuldades impostas pelo sistema vigente.

O número de bens tombados vem crescendo numa velocidade muito maior do que ocorria nos primeiros anos de criação do tombamento. Em consulta ao Arquivo Noronha Santos, que contém o acervo de bens tombados pelo IPHAN, verifica-se que entre os anos de 1970 a 2000, foram efetuados mais que o dobro do número de tombamentos das décadas anteriores.

Paralelamente, o desejo por melhores condições de habitabilidade foi tomando conta da população. Diogo Figueiredo Moreira Neto (1977, 129) discorrendo sobre a evolução do urbanismo e o problema da habitação nos nossos dias cita Patrick Geddes (a quem atribui a condição de um dos mestres do urbanismo moderno) quando narra o quanto de idealismo e

sacrifício foi despendido para que obtivéssemos melhores condições de habitabilidade. Assim, num contexto anterior à Constituição Federal de 1988, mas antevendo o processo evolutivo pelo qual passava o urbanismo naquela ocasião, Moreira Neto (1977, p. 129-130) vaticinou:

[...] esperar pela evolução, aguardar que, à custa de sofrer, gerações preparem a felicidade dos remotos descendentes, é a contradição do planejamento. Ainda porque a “evolução” se pode dar, como parece, de modo a frustrar as esperanças da humanidade. Cabe ao Estado a tarefa de abreviar o processo, pondo o Poder, que concentra, a serviço da boa habitação na boa cidade.

Destarte, durante o processo histórico, novos fatores - seja de natureza ideológica ou socioeconômico, mas sempre contextuais, ou seja, relacionados com a realidade e época daquela sociedade - vão conferindo o funcionamento e a significação ao território urbano, o que pode contribuir para a deterioração do patrimônio cultural edificado. Vale dizer, além de se sujeitarem às ameaças tradicionalmente conhecidas como as inundações, ou a ação do tempo, identificam-se ainda novas ameaças, relacionadas a fatores contemporâneos inerentes à sociedade, como a ausência de políticas públicas específicas, a baixa consciência preservacionista da população, a pressão exercida pelo déficit habitacional, a decadência de algumas zonas urbanas, a necessidade por melhorias habitacionais e por espaço em áreas valorizadas. Estas novas ameaças parecem estar diretamente relacionadas à compreensão crítica do espaço urbano, ligando-se também ao processo de urbanização acelerado das cidades brasileiras³, que atingiu sensivelmente os imóveis tombados.

Nesta linha de intelecção, os prolegômenos da Convenção de Paris de 1972 já destacava o surgimento de novas ameaças ao patrimônio cultural, relacionadas a fatores socioeconômicos, além daquelas tradicionalmente conhecidas:

Constatando que o patrimônio cultural e o patrimônio natural estão cada vez mais ameaçados de destruição, não apenas pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução da vida social e econômica que as agrava através e fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais importantes

3 Alguns destes aspectos derivados do processo de urbanização podem ser observados na análise elaborada por Pedro Paulo A. Funari (2001), *in* Os Desafios da Destruição e Conservação do Patrimônio Cultural Brasileiro.

Em meio a estas situações, a Administração Pública ainda enfrenta recorrentes investidas dos órgãos de controle externo em torno do mérito de suas decisões o que fragiliza, em grande medida, os ensaios voltados a ruptura com paradigmas preservacionistas obsoletos.

Exemplo disto pode ser visto na ação civil pública nº 2009.33.00.007085-1, proposta pelo Ministério Público Federal em maio de 2009, na 8ª vara da seção de justiça federal da Bahia, através da qual objetivou anular o ato do IPHAN que autorizava intervenções no Casarão de Azulejos e em mais cinco casarões em seu entorno. Tratam-se de imóveis tombados, localizados na região central de Salvador/BA e que abrigariam um hotel de luxo, preservando-se, todavia, suas principais características como volumetria, fachada e outros elementos construtivos. Em cognição preliminar, o Juízo da 8ª vara deferiu medida cautelar suspendendo os efeitos da autorização da Autarquia. Somente em maio de 2011 a ação foi julgada improcedente em primeiro grau e afastados os efeitos da decisão liminar. Naquela ocasião, porém, houve desistência do investimento empresarial e, atualmente, o imóvel se encontra abandonado, sem utilidade alguma e em avançado estado de degradação.

Situação quase idêntica se deu em relação a instalação do Museu da Língua Portuguesa na Estação da Luz em São Paulo, quando o Ministério Público Federal também tentou anular a autorização concedida pelo IPHAN, por meio da ação civil pública nº 2005.61.00.000004-7, proposta na 2ª vara da seção judiciária federal de São Paulo, por considerar ilegais as intervenções autorizadas para instalação do museu. Felizmente, neste caso, o investidor manteve seu propósito de criação do museu e assim, uma vez superado o impasse judicial a favor do entendimento da Autarquia, o projeto se tornou uma grata realidade.

Aparentemente, ainda prevalece no Ministério Público, em alguns setores do Judiciário e também no próprio IPHAN, uma interpretação demasiadamente presa à literalidade das disposições preconizadas pelos artigos 17 e 18 do Decreto-Lei 25/37, voltada à máxima limitação sobre o bem tombado, classificando como mutilação qualquer alteração que possa ser aplicada ao imóvel. Esta visão, acaba fortalecendo às novas ameaças ao patrimônio histórico e cultural, na medida em que limitam soluções, no âmbito da discricionariedade do Poder Público, voltadas à conferir utilidade ao imóvel em consonância com o interesse privado.

3 O TOMBAMENTO EM FACE DO ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

De uma forma geral, os proprietários rejeitam e temem a possibilidade do seu imóvel vir a ser tombado, certos de que terão seu direito de

propriedade limitado e ainda sofrerão o pesado encargo de preservá-los. Uma evidência disto está no repositório “perguntas frequentes” no sítio do IPHAN na internet⁴. Todas as perguntas relacionadas dizem respeito ao tombamento, suas repercussões e contrapartidas para o proprietário. Esta situação acaba sendo determinante para preservação do bem, pois, muitas vezes, resulta no esvaziamento econômico do imóvel ou na sua museificação, termo que sugere paralisia e inércia, ou seja, resistência negativa (GUIMARAENS, 2010).

A despeito disto, desde quando foi instituído pelo Decreto Lei 25/37, o tombamento segue, quase soberano, como principal instrumento legal voltado à preservação de imóveis dotados de relevante valor histórico e cultural. A realidade de nossos imóveis e conjuntos tombados revela, no entanto, que este instrumento está longe de atingir a eficiência esperada em termos de preservação. Uma parte expressiva dos imóveis e conjuntos tombados pelo IPHAN, estão relegados ao abandono, decadência e à ruína, caminhando rapidamente para o completo desaparecimento.

Diante desta situação, o desafio que se apresenta é o de saber se o tombamento, da forma como vem sendo utilizado pelo Poder Público, ainda pode ser tomado como o instrumento mais adequado (eficiente e eficaz) para assegurar a preservação do patrimônio histórico e cultural edificado.

Ao longo de mais de 70 anos, o tombamento não sofreu qualquer alteração em sua disposição legal. Em que pese o dinamismo do cenário sócio-econômico que influencia diretamente a construção do espaço urbano, o tombamento - acompanhado de longe pela desapropriação - permanece sendo o principal instrumento de preservação utilizado pelo Poder Público.

Não obstante, a Constituição de 1988, ter aberto caminho para novas possibilidade de preservação⁵, que vão além das antigas fórmulas marcadas pelo intervencionismo estatal.

Esta concepção vanguardista estabelece novos paradigmas que deverão orientar a Administração Pública, sobretudo para libertá-la de antigas fórmulas que ignoram as demandas de uma sociedade em que o cidadão possui direitos fundamentais, limitadores da própria ação do Estado e que tendem a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo (SILVA, 1994, p. 120).

Resta, portanto, superar uma postura altamente intervencionista, que remanesce à década de 1930, e resultou num situação quase inconciliável

4 Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=100&sigla=Institucional&retorno=paginaPerguntasFrequentes>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

5 O próprio texto constitucional preconiza em seu art. 216, §1º a utilização de outras formas de acautelamento e preservação diferentes do tombamento.

com a realidade social do momento, para se atingir um novo patamar de preservação, reinterpretando o tombamento de forma a produzir o máximo de bem-estar para as partes interessadas, isto é, conciliando-o, em alguma medida, com os interesses subordinados que foram afetados pelo ato.

3.1 A LIBERDADE COMO DIRETRIZ PARA PRESERVAÇÃO

A sabedoria popular nos ensina que a diferença entre o remédio e o veneno está na dose que se aplica ao paciente. Quando o tombamento passou a representar o principal instrumento legal para preservação de imóveis, seu uso indiscriminado parece ter acarretado graves efeitos colaterais, em detrimento do objetivo que se desejava alcançar. Diante do estado de degradação que se encontra grande parte dos bens tombados, foi como se as altas doses deste remédio, acabassem por envenenar o paciente.

Em suas objeções gerais a ação governamental Stuart Mill (1983, V. II, p. 398) alerta para o fato de que as funções adicionais que vão sendo assumidas pelo governo, terminam figurando como uma nova obrigação a um organismo sobrecarregado. Isto resulta em atividades malfeitas e em outras que sequer serão feitas. Assim, as atividades mais incômodas acabam sendo adiadas ou negligenciadas pelos gestores. O próprio Mill, contudo, ressalva que este inconveniente era atribuído muito mais à má organização dos governos do que a amplitude de tarefas que são assumidas.

Na resenha introdutória ao Livro Quinto – Da Influencia do Governo (In: Princípios de Economia Política), Raul Ekerman (apud MILL, 1983, V. I, p. XXIV) simplifica o pensamento de Mill afirmando que, para este, a interferência do governo tem aspectos bons e aspectos ruins. A interferência deve ocorrer, portanto, para maximizar os aspectos bons e minimizar os aspectos ruins. E um critério fundamental para se distinguir o “bom” e o “ruim” é o efeito sobre a “liberdade do indivíduo”, se for restringida é ruim, se for ampliada é bom.

Sem dúvida alguma, ao longo de mais de 70 anos e após a Carta de 1988, muitas funções foram atribuídas ao Estado. No entanto, em vista do nível de conservação dos bens tombados em geral, é de se questionar se a postura intervencionista do Poder Público, acabou por afasta-lo da missão de promover adequadamente a proteção do patrimônio cultural brasileiro, transferindo este ônus apenas para o proprietário do imóvel tombado, tolhendo-lhe demasiadamente sua liberdade quanto ao seu direito de propriedade.

3.2 UTILIDADE VERSUS MUSEIFICAÇÃO. LIBERAR PARA PRESERVAR

O Poder Público hesita em aceitar que o processo de degradação das áreas tombadas está associado à limitação de uso e esvaziamento econômico decorrente do ato de tombamento. Pouco cogita a possibilidade de que, a flexibilização das restrições de uso em determinados imóveis, possa resultar favoravelmente na preservação destes. O que se apresenta como um aparente paradoxo (liberar para preservar), na prática, não se confirma desta maneira. A caça esportiva nos locais em que está devidamente regulamentada não foi adotada para promover a extinção dos animais caçados e, de igual forma, a concessão de uma liberdade maior para intervenções autorizadas em imóveis tombados não resultarão em sua ruína.

A Carta de Veneza de 1964, atenta à diversidade e à complexidade de problemas que resultaram nas novas ameaças ao patrimônio histórico e cultural, preconiza que o processo de preservação do monumento histórico é sempre favorecido quando guarde uma *função útil à sociedade*. Destarte, viabilizar a *preservação e destinação compatível com as necessidades da sociedade contemporânea* é o grande desafio da gestão pública acerca dos imóveis tombados, atuação que se concretizará apenas por meio da discricionariedade administrativa e do rompimento dos antigos paradigmas preservacionistas.

Timidamente, o IPHAN dá sinais de ter despertado em relação à necessidade de se adaptar à realidade urbana das grandes cidades. No documento divulgado em novembro de 2010, com o título “Normatização de Cidades Históricas. Orientações para a Elaboração de Diretrizes e Normas de Preservação para Áreas Urbanas Tombadas”, a autarquia apresenta considerações sobre a preservação no contexto atual das grandes cidades e conclui afirmando:

Portanto, conciliar o desenvolvimento sustentável à preservação do patrimônio cultural é um dos maiores desafios tanto para o IPHAN quanto para a administração pública local. E nesse momento o estabelecimento de diretrizes claras tanto para a preservação, quanto para a qualificação das áreas tombadas, torna-se estratégico. Se definidas de forma abrangente, pautada em uma clareza de critérios e incorporando aspectos contemporâneos – como a possibilidade e mesmo necessidade de renovação, o entendimento das dinâmicas urbanas, e o respeito aos anseios sociais – é possível estabelecer pactos onde todos saiam ganhando. (IPHAN, 2010, p 09)

Seguindo esta concepção inovadora, o IPHAN propõe uma nova abordagem acerca do art. 17 e 18 do Decreto-Lei 25/37, reconhecendo que normas eficazes e coerentes voltadas à preservação do acervo histórico e cultural devem estar afinadas com as necessidades atuais da população:

Ou seja, precisam discernir entre o interesse público e o privado, e precisam contar com elevado grau de razoabilidade em sua elaboração, de forma a garantir a preservação das características que motivaram seu tombamento, sem representar um entrave para a qualidade de vida da população que ali vive ou que utiliza a área.

Ou seja, as normativas precisam, além de ser ferramentas de controle, ter a capacidade de implantar diálogos locais, relacionados com parâmetros realistas da qualidade de vida da população, e que idealmente sejam incorporados aos planos diretores das cidades, e assim fiscalizados em conjunto com as prefeituras e associações locais. (IPHAN, 2010, p. 18)

A Portaria IPHAN nº 420 de 20/10/2010, em princípio, parece convergir com esta nova abordagem, uma vez que assegurou a análise das propostas de intervenções pelas Superintendências. Contudo, ao se analisar o seu texto, verifica-se que o IPHAN renunciou, em favor do perfil estático da norma, a autonomia que deveria ter sido assegurado aos agentes públicos no exercício de suas atribuições.

Ademais, a referida norma apresenta um longo e complexo procedimento para análise prévia de intervenções, que pode evoluir até ao Presidente do IPHAN. Sem dúvida alguma, isto já nos parece incompatível com o modelo gerencial que deveria balizar o procedimento proposto pelo IPHAN, assim como o resultado ágil e eficiente esperado pela sociedade. Em seus fundamentos, portanto, a Portaria 420 de 20/10/2010 não se coaduna com as balizas propostas em “Normatização de Cidades Históricas. Orientações para a Elaboração de Diretrizes e Normas de Preservação para Áreas Urbanas Tombadas”. O impulso imobilizador e intervencionista ainda prevalece na regulamentação da Autarquia Federal.

A cooperação que se propõe entre o Poder Público e as populações interessadas não pode ser engessada pela norma, pois assim não passará de mera intenção, algo que, na rotina da Administração Pública, pode não valer de quase nada. Tanto o *diálogo*, se for constante, como também os *parâmetros realistas da qualidade de vida da população*, propostos pelo IPHAN em “Normatização de Cidades Históricas. Orientações para a Elaboração de Diretrizes e Normas de Preservação para Áreas Urbanas Tombadas”, são fatores dinâmicos que não se compatibilizam com soluções

permanentes que congelam a utilização do bem tombado. De acordo com Bresser Pereira (2001, P. 12) “Sem algum grau de confiança porém, é impossível se obter cooperação e, embora a administração seja um modo de controle, é também um modo de cooperação”.

A afirmação de Pereira encontra alicerce nas objeções gerais de Mill à ação governamental. Baseando-se no princípio da divisão do trabalho, Stuart Mill critica a concentração de poderes deliberativos nas mãos de poucos funcionários, muitas vezes distantes da situação concreta que haverão de decidir. Para Mill (Mill, V. II, p. 399):

[...] uma boa organização interna do mecanismo administrativo, deixando aos subordinados – e, na medida do possível, aos subordinados locais – não somente a execução, mas em grande parte também o controle dos detalhes; além disso, exigindo deles contas, mais dos resultados de seus atos do que dos atos como tais, a não ser na medida em que estes cheguem ao julgamento dos tribunais; além disso, adotando as garantias mais eficazes para nomeação de pessoas honestas e capazes, abrindo ampla possibilidade de promoção dos graus inferiores da escala administrativa para os graus superiores, deixando ao funcionário, a cada passo, um campo mais amplo para decisões, de modo que, no grau máximo possível, em cada setor a deliberação possa concentrar-se nos grandes interesses coletivos do país.

Falta ao IPHAN um desprendimento do modelo tradicional que dificulta o atingimento de metas de preservação e, em certa medida, o protege do controle de resultados.

O modelo que ainda persiste na Autarquia proporciona a repetição de programas ultrapassados, anacrônicos, em prejuízo do erário e do próprio patrimônio cultural, que se mantém sobre constante situação de risco.

Então, quais modelos poderiam inovar ou atualizar os instrumentos tradicionais de preservação?

Primeiramente, o que se deve ter em conta, é a orientação hodiernamente adotada e reconhecida pelo próprio IPHAN, para viabilizar a preservação dos bens imóveis. Neste sentido, é indispensável resguardar a discricionariedade exercida pelo IPHAN, desde suas primeiras instâncias decisórias, sem se olvidar do propósito de conciliar preservação com às necessidades da sociedade moderna. Não se pretende com isso criar incertezas acerca do conteúdo da norma, mas sim, como orienta Bresser Pereira, uma redefinição de sua aplicabilidade, injetando confiança aos agentes públicos, sem perder o controle dos resultados.

O segundo eixo de orientação se volta para o resgate do interesse de proprietários de imóveis tombados em conferir utilidade ao seu bem. Isto só se dará através do exercício, mais amplo quanto possível, do seu direito de uso. Mesmo entre as propostas preservacionistas mais conservadoras, é patente reconhecer que o uso é o principal vetor de conservação do imóvel tombado.

A imobilidade ou *congelamento* (como às vezes é chamado o efeitos do tombamento) de um imóvel, ainda que momentaneamente restaurado, pode ensejar um outro tipo de prejuízo a sua preservação, conforme alerta Pelegrini (2006, p. 123) reportando-se à Carta de Nairobi:

Não por acaso, a “Carta de Nairobi” (1976) ao ocupar-se das “Recomendações relativas à preservação e ao papel contemporâneo das áreas históricas”, alertou para os perigos da abordagem e do trato meramente museais dos núcleos históricos, suas repercussões na esfera dos negócios turísticos e da especulação imobiliária. Naquela ocasião, essa carta já definiu o ambiente como o cenário natural ou construído pela ação humana e aconselhou que os núcleos históricos fossem observados no seu conjunto, abarcando a “organização espacial” e seus arredores, as edificações e seus entornos, e particularmente as “atividades humanas” desenvolvidas no local.

Por tais razões, o direito de uso deve ser entendido como uma potencialidade favorável à preservação do bem tombado, jamais o oposto, como prevalece atualmente. Isto significa que, quanto mais o possuidor dispuser do direito de uso, tanto mais se estará favorecendo a preservação do imóvel pelo seu usuário, sem deixar de se considerar que o dito imóvel não estará livre de limitações que assegurem seus traços de referência cultural. É preciso se ter em elevada medida o referencial de que “Preservar significa, antes de tudo, reapropriar-se, resgatar um sentido, às vezes ininteligível, que nos amarra ao mundo, um fio de Ariadne no labirinto” (FREIRE, 1997, p.304).

3.3 REINTERPRETANDO O TOMBAMENTO

A limitação do tombamento a certos elementos arquitetônicos e construtivos existentes em determinados imóveis, parece ser um mecanismo viável para conciliar o propósito preservacionista do tombamento e a utilidade que se espera da construção. Em relação a certos imóveis, levando em conta suas características construtivas, o local em que se encontra e sua vocação econômica, o tombamento poderia não mais recair

sobre toda edificação, mas apenas sobre alguns dos seus elementos, tanto quanto suficientes para resguardar as especificidades que o motivaram. Assim, o eixo que domina a motivação do tombamento se deslocaria da indisponibilidade absoluta do imóvel, para a máxima disponibilidade, cabendo ao mesmo ato dispor quanto ao grau de limitação imposto ao proprietário que até poderia ser absoluto.

Casarões isolados como o palacete Franco de Melo no nº 1919 da avenida Paulista poderiam ser acoplados à edificações modernas, como se vê na Europa, aproveitando a ambiência do local. O casarão construído em 1905, foi tombado pelo Conselho do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado (CONDEPHAAT) em 1992. O ato gerou uma disputa que se arrastou por mais de 20 anos entre o Estado de São Paulo e os proprietários. Segundo reportagem publicada no jornal O Estado de São Paulo (BUGARELLI, 2012), o proprietário requereu que o imóvel fosse desapropriado, ao argumento de que ao ato “esvaziou” seu valor econômico, impedindo sua venda para construção de um prédio. O proprietário morreu em 2006, antes do fim da ação. Por causa da má conservação, a Justiça aplicou multa diária de R\$ 5 mil aos herdeiros. Em 2012 o casarão tinha mais de R\$ 15 milhões em dívidas de IPTU e atualmente se encontra em péssimo estado de conservação.

O tombamento de fachadas é outra opção que deveria ser melhor aproveitada. A medida não é uma inovação entre os órgãos de proteção, muito embora ainda seja escassamente utilizado pelos entes Públicos. O IPHAN registra no Livro do Tombo pelo menos dois tombamentos de fachadas de prédios na relação de edificações isoladas. Isso, talvez, em razão destas fachadas, terem sido o que sobrou após a ruína da construção original.

A imprensa paulistana noticiou em 2012 que o CONDEPHAAT havia tombado a fachada do cinema Belas Artes, localizado na Rua da Consolação, na capital paulista⁶. Segundo informação veiculada pela imprensa, o Conselho deliberou pelo tombamento da fachada do edifício e mais quatro metros para dentro. O ato de tombamento procurou resguardar o registro permanente da memória aderente ao lugar. A limitação do tombamento à fachada do edifício permite, no entanto, que o particular utilize-o de acordo com a vocação que lhe aprouver, resguardando, desta maneira, o interesse econômico prédio e a sua preservação em razão do uso.

Com efeito, em muitos casos, a redução do tombamento a alguns elementos construtivos que representem e assegurem a memória do modelo de edificação possibilitará que o seu proprietário possa efetivamente utilizar

6 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,condephaat-tomba-a-fachada-do-belas-artes,945902,0.htm>>. Acesso em: 28 dez.2013.

o bem de acordo com suas necessidades e assim salvar o imóvel tombado da completa ruína. Assim, a depender de cada imóvel, o tombamento poderia recair, por exemplo, sobre sua fachada e determinadas paredes e pilares em percentuais da estrutura construída, suficientes para preservar a técnica utilizada, a fachada, afrescos, volumetria etc. Assim, os demais elementos da construção, livres do escopo do tombamento poderiam ser alterados pelos proprietários, sem violar o propósito preservacionista⁷.

É de se imaginar que uma proposta como esta cause arrepios aos diversos setores técnicos e órgãos de controle imbuídos na preservação do patrimônio cultural edificado. Todavia, ao se defrontar com o estado de preservação do rico acervo edificado brasileiro e as perdas que sofre a cada ano pelos diversos fatores de ameaça, não se pode ignorar que o modelo reclama uma solução que prestigie a utilidade dos imóveis.

É preciso que os atores preservacionistas incorporem a consciência de que uma edificação tombada não é uma escultura que simplesmente existe para ser contemplada, estudada ou colecionada como as que repousam dentro de museus. A conservação de qualquer bem imóvel, seja tombado ou não, está associada aos fatores sócio-econômicos do espaço em que está inserido e à possibilidade real (e não artificial) de sua utilização. Um imóvel sem uma destinação específica, seja qual for, mesmo que restaurado por algum tempo, tende a se deteriorar com muito mais rapidez do que aquele que atende a necessidade de alguém. Por esta razão, o *uso* deve ser visto como um elemento indispensável na concepção das ações administrativas voltadas à proteção do patrimônio cultural edificado. Sendo que este uso, na medida do possível, deve ser definido pelo particular e não pelo Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filósofo e historiador português Pedro Calafate (2013, p. 10), oferece uma visão bastante ilustrativa da riqueza que o patrimônio histórico e cultural representa para uma nação:

Ninguém se refere a uma nação como a nação de um banqueiro ou de um empresário. Mas é possível se referir a nação de Camões e Machado de Assis. A memória é isso. A memória é o gênio de um povo. Se um banco falir o país fica pobre por alguns anos. Se a memória falir, fica

7 Lúcia Valle Figueiredo (2008, 314-318) descreve três níveis de intervenção na propriedade por meio do tombamento. No nível mais brando o tombamento não induz nenhuma indisponibilidade significativa em relação ao bem, isentando o Estado do dever de indenizar o proprietário. No nível intermediário, a indisponibilidade seria parcial ensejando indenização ao proprietário do bem tombado. No nível mais agudo, a indisponibilidade recairia de tal forma sobre o bem, que o proprietário já não teria disponibilidade sobre o referido bem, situação que reclamaria a desapropriação no lugar de indenização.

pobre para sempre. A memória estrutura nossa identidade. E seu valor é extraordinário.

E prossegue discorrendo sobre importância das coisas autênticas num mundo globalizado:

A carência de autenticidade num mundo globalizado faz com que ela seja valiosíssima. E a autenticidade só é possível com memória. Não perceber isso é uma cegueira terrível. Nós, hoje, viajamos e não podemos comprar nada para levar ao nosso País que já não haja nele. A globalização tornou tudo igual. O que não conseguem tornar igual é o patrimônio. O patrimônio cultural dos povos ganha valor inestimável com a globalização.

Como bem imóvel, o patrimônio cultural edificado transcende o valor material que lhe é atribuído pelo mercado, para abrigar também um valor imaterial atribuído por uma coletividade que expressa nestas estruturas parte da sua memória cultural. É algo autêntico como o código genético que cada ser humano carrega e que revela parte da identidade que nos distingue.

O Poder Público, por sua vez, não pode mais ignorar os novos fatores de ameaça à preservação, decorrentes de interesses socioeconômicos que serão sempre hegemônicos na nossa sociedade e, portanto, determinante em qualquer projeto de preservação.

Abstrair o fato de que muitos bens tombados, e eventualmente um conjunto destes, estão erguidos sobre terrenos que valem verdadeiras fortunas, é abstrair da discussão um elemento indispensável à sua preservação, mas que poderia se somar ao propósito preservacionista. A conduta atual do Poder Público em relação ao tombamento, não apenas vem transferindo a obrigação de preservação do patrimônio cultural edificado para os particulares, como também está dificultando a utilização por estes, desestimulando qualquer conduta preservacionista que não seja inspirada por mero altruísmo. Tudo isto resulta na ineficiência dos modelos de preservação que se repetem e descambam para um discurso abstrato (ou pelo menos de pouquíssima efetividade), sobre a participação da sociedade no processo de conservação de imóveis tombados. A preservação dos imóveis tombados sob responsabilidade de particulares, de tão onerosa que se apresenta, não se resulta eficiente para nenhum dos lados.

É preciso vencer a etapa dos debates acerca de novos mecanismos de preservação de imóveis tombados e avançar com práticas mais arrojadas

do que simplesmente impor ao proprietário o ônus da conservação, em troca de desoneração fiscal ou ainda para se proteger de uma alíquota progressiva de IPTU.

Os procedimentos para análise de intervenções não podem mais ser tão demorado (pelo menos na esfera federal) que, a rigor, inviabilize qualquer ação urgente pelo morador para tornar o imóvel minimamente habitável.

Qualquer solução passa, necessariamente, pela renovação do pensamento de entidades que concentram participação ativa na questão, tal como o judiciário, o ministério público e, especialmente, o próprio IPHAN. Antes mesmo de se buscar a participação da sociedade, torna-se necessário que estes atores do Poder Público, despertem sua consciência para uma nova concepção de valores que abrace um modelo de preservação eficiente e em sintonia com a sociedade em que vivemos.

Neste sentido, torna-se fundamental que os órgãos voltados à preservação do patrimônio cultural edificado resgatem ampla discricionariedade sobre as propostas de intervenção. Além disso, é imprescindível que o ato de tombamento contenha na sua fundamentação as diretrizes limitadoras do direito de uso, indicando os elementos construtivos da edificação, suficientes para preservar as características relevantes do imóvel, mas resguardando, tanto quanto possível, a liberdade de uso pelo proprietário.

O desafio da recuperação do acervo tombado vai além da incorporação das populações aos imóveis, ou de mecanismos tributários de estímulo ou coerção à preservação, abriga, precipuamente, a possibilidade real dos ocupantes destes imóveis deterem maior liberdade para definir o seu uso, sem que isso signifique a destruição das características que o identificam como patrimônio cultural edificado.

REFRÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO. *Ação civil pública nº 2005.61.00.000004-7*. 2ª vara da seção judiciária federal de São Paulo. 2009. São Paulo.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª REGIÃO. *Ação civil pública nº 2009.33.00.007085-1*. 8ª vara da seção judiciária federal da Bahia. 2009. Bahia.

BRITO, Edvaldo. *V Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil*. 16.05.2013. Salvador. Disponível em: <http://www.cms.ba.gov.br/noticia_int.aspx?id=5821>.

BUGARELLI, Rodrigo. SP pagará 110 mi por casa tombada. *Estadão.com.br*, São Paulo. 16/05/2012. Notícias. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,sp-pagara-r-110-mi-por-casa-tombada-,873472,0.htm>>.

CALAFATE, Pedro. “A Memória é o gênio de um povo”: Abre Aspas. [13.10.2013]. Salvador: *Revista Muito*, Entrevista concedida à Eron Rezende.

CRETELLA JUNIOR, José. *Regime jurídico do tombamento*. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, n. 112, p. 56, abr/jun. 1945.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo. Malheiros. 2008.

FREIRE, Cristina. *Além dos mapas: os monumentos no imaginário contemporâneo*. Annablume, FAPESP, SESC, São Paulo; 1., 1997.

FUNARI, Pedro Paulo A. Os desafios da destruição e conservação do patrimônio cultural no Brasil. *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*. Porto, 41, ½, 2001, 23-32. Disponível em: <http://gestaocompartilhada.pbh.gov.br/sites/gestaocompartilhada.pbh.gov.br/files/biblioteca/arquivos/os_desafios_da_destruicao_e_conservacao_do_patrimonio_cultural_no_brasil.pdf>.

GUIMARAENS, Cêça. Arquitetura, Patrimônio e Museologia. I encontro Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo. Rio de Janeiro, 29 de novembro a 03 de dezembro de 2010. Simpósio – Trabalhos Completos. Disponível em: <<http://www.anparq.org.br/dvd-enanparq/simposios/59/59-746-1-SP.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Normatização de Cidades Históricas*. orientações para a elaboração de diretrizes e Normas de Preservação para áreas urbanas tombadas. Sistema Integrado de Patrimônio e Gestão. Brasília. 2010. Disponível: <<http://www.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=1596>>. Acesso em: 25 dez. 2013.

MILL, Stuart. Princípios de Economia Política. *In: Os Economistas*, v. I. 1. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. Princípios de Economia Política. In: *Os Economistas*, v. II. 1. ed., São Paulo, Abril Cultural, 1983.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Instrumentos jurídicos para um futuro melhor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PELEGRINI, Sandra C. A. Cultura e natureza: os desafios das práticas preservacionistas na esfera do patrimônio cultural e ambiental. *Revista Brasileira de História. On-line version*. v.26, n.51, p. 121. São Paulo, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882006000100007>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

PEREIRA, L. C. B. *A administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado*. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Escola Nacional de Administração Pública. *Texto para Discussão*. Brasília. v. 9. out./2001.

PERES, F. R. “DAQUI A POUCO TOMBAM A CANJICA”: Abre Aspas. [22.03.2009]. Salvador: *Revista Muito*, Entrevista concedida à Marcos Dias.