

DIREITO E CULTURA: PERSPECTIVAS E PERCALÇOS DA SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL PARA ALÉM DA ÓTICA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

Cindy Coutinho Diniz

Mestra em Museologia e Patrimônio pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pós-graduada em Turismo: Economia, Gestão e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-Graduada em Direito Tributário Empresarial (CERS). Graduada em Turismo pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Advogada.

Resumo – O direito à cultura é positivado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental e é previsto expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com base nisso, verifica-se que, em âmbito nacional, o patrimônio cultural é um dos principais vetores do exercício do direito à cultura, por isso, pode ser considerado um direito difuso autônomo em relação aos demais direitos coletivos lato sensu. No presente estudo, pretende-se destacar a importância desse direito para a própria dignidade humana, partindo-se do conceito de patrimônio integral, para compreendê-lo sob o ponto de vista social e estrutural, para além da mera intervenção do Estado na propriedade privada. Por conseguinte, realiza-se a análise dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural disponíveis no ordenamento jurídico pátrio, destacando-se as perspectivas e percalços de tais instrumentos para a salvaguarda dos bens culturais institucionalizados como patrimônio nacional.

Palavras-chave – Cultura. Direitos Fundamentais. Patrimônio Cultural. Tombamento. Registro.

Sumário – Introdução. 1. Direito ao patrimônio cultural como um direito difuso autônomo no Brasil. 2. Patrimônio Integral: significados que ultrapassam a mera intervenção do Estado na propriedade. 3. Perspectivas e percalços da salvaguarda do patrimônio cultural no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é Direito e Cultura, com foco nas perspectivas e percalços da salvaguarda do patrimônio cultural para além da ótica da intervenção do Estado na propriedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu artigo XXVII, prevê o direito à cultura como um direito humano. Nesse diapasão, inúmeras são as formas pelas quais a cultura se manifesta em uma sociedade, destacando-se o patrimônio histórico e artístico



nacional como um dos principais vetores de manifestação desse direito. Observa-se que o patrimônio cultural pode ser interpretado e estudado por diversas áreas do conhecimento, como a Sociologia, a História, a Antropologia, a Museologia, entre outras. Todavia, é curioso o enfoque que costuma ser aplicado quando se trata de uma análise jurídica. Isso porque, os estudos nesse campo giram prioritariamente em torno do tombamento do patrimônio cultural material. Para além da ótica do Direito Administrativo, o patrimônio cultural possui significados, que inclusive justificam o tombamento do patrimônio material e o registro do patrimônio imaterial. Nesse cenário, denota-se que o registro do patrimônio cultural imaterial é pouco abordado pela literatura jurídica, enquanto o patrimônio material é examinado tão somente pelo prisma econômico.

Há diferenças técnicas entre o patrimônio cultural material e o patrimônio cultural imaterial. Consequentemente, há também diferenças relevantes entre os métodos de preservação. O tratamento do tema pelo prisma meramente econômico (intervenção do Estado na propriedade) faz com que na prática a preservação seja pouco efetiva, porque o que é considerado é tão somente o limite da intervenção que é feita, em tese, em prol da coletividade, mas que na situação concreta gera uma série de transtornos, como a falta de recursos e o engessamento da propriedade privada, muitas vezes sem acesso ao público.

Diante disso, o trabalho tem como relevância jurídica/científica o fato de que não se vislumbra espaço técnico suficiente para o estudo do patrimônio cultural nem na disciplina de Direito Administrativo, nem na disciplina de Direito Constitucional. As obras literárias específicas sobre o tema são escassas, compelindo a comunidade jurídica a buscar fontes em outras áreas do conhecimento como a Museologia. No que tange à relevância social, depreende-se que conceber o patrimônio cultural sob uma ótica meramente econômica esvazia o sentido da preservação e, conseqüentemente, desvaloriza o próprio direito à cultura que se consubstancia a partir dele.

De forma geral, objetiva-se discutir a importância do patrimônio cultural para a autodeterminação e respeito entre os povos, abordando as perspectivas e percalços de sua preservação. Posto isso, considerando a previsão legal do direito à cultura na Constituição Federal de 1988, busca-se comprovar que o patrimônio cultural é um direito difuso autônomo, sendo um dos principais meios pelos quais se exerce o direito à cultura. Para tanto, no primeiro capítulo são abordados os conceitos de Culturalismo Jurídico, Multiculturalismo e Direitos Culturais, bem como, percepções sobre os direitos humanos relacionadas ao Direito à Cultura.

Outrossim, tendo em vista a necessidade de fundamentação e motivação dos atos de registro e tombamento, não é plausível que se considere o caráter meramente econômico da



intervenção do Estado na propriedade como razão idônea para as restrições impostas aos bens culturais por meio dos referidos institutos. A partir dessa reflexão, pretende-se analisar o conceito de patrimônio integral, explicando a superficialidade da abordagem da preservação do patrimônio cultural como mera intervenção do Estado na propriedade. Assim, no segundo capítulo são examinadas as vertentes material e imaterial que compõem todo patrimônio cultural, ressaltando-se a impropriedade dessa dicotomia.

Por conseguinte, de acordo com os meios atualmente disponíveis para a preservação do patrimônio cultural, é possível atribuir a falta de eficácia dos métodos à visão simplória que é disseminada em âmbito jurídico. Então, defende-se a necessidade de compreender a real motivação por trás dos atos de registro e tombamento para a efetividade da preservação. Destarte, no terceiro capítulo é abordada a importância da participação popular na salvaguarda do patrimônio cultural a partir das ferramentas judiciais e administrativas disponíveis, o que perpassa pela ação popular, pela ação civil pública e pelas previsões do Decreto-Lei n. 25/37 e do Decreto 3551/2000.

Com o intuito de realizar o presente estudo de maneira sistemática e científica, propiciando o alcance dos objetivos propostos, desenvolve-se uma pesquisa explicativa, considerando as questões formuladas, a bibliografia pesquisada e a formação da autora na área de Museologia e Patrimônio. A abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, por meio de análise bibliográfica de livros, doutrina, legislação e artigos científicos.

1. DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO UM DIREITO DIFUSO AUTÔNOMO NO BRASIL

O presente estudo é permeado pela ideia de cultura como um direito humano, trazendo como ponto de partida três expressões relevantes para a compreensão do tema, quais sejam: Culturalismo Jurídico, Multiculturalismo e Direitos culturais.

O Culturalismo Jurídico é uma teoria que visa a explicar o Direito como ciência e todos os direitos tutelados a partir da cultura: "Para essa teoria, falar em direitos culturais é uma tautologia, porque todos eles o são."¹ Dessa maneira, a referida teoria tem como base a concepção de que o Direito e todos os bens jurídicos tutelados por ele são pautados pela cultura,

¹ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais no Brasil: dimensionamento e conceituação*. In: Bens Culturais e Direitos Humanos. Org. SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p.31.



notando-se que não é possível separar a cultura do indivíduo no momento de criação ou de interpretação das leis.

Assim, tentar compreender o Direito e as leis fora do contexto em que se aplicam só poderia ser admitido em um mundo idealizado, em que houvesse a aplicação prática do "véu de ignorância" formulado por John Rawls². O autor propõe, em seu estudo sobre a justiça como equidade, dois princípios norteadores: o princípio da igualdade de liberdades e o princípio da diferença/desigualdade.

Nesse âmbito, examina-se o princípio da diferença/desigualdade, que traz o nivelamento das diferenças existentes entre os indivíduos como meio de promover a justiça, em prol do bem de todos. Rawls define que as diferenças naturais dos indivíduos não configuram a injustiça, o que virá a caracterizá-la será a forma como a sociedade lida com essas diferenças. Isto é, a injustiça só se configurará caso a sociedade não seja capaz de igualar as oportunidades entre as pessoas, que são naturalmente diferentes.

Diante disso, John Rawls sugere um exercício teórico-metodológico no qual os sujeitos responsáveis por estabelecer os princípios de justiça vestem, hipoteticamente, o chamado "véu de ignorância", não tendo acesso a informações pessoais sobre seu estilo de vida em nenhuma perspectiva - econômica, cultural, social, entre outras - conhecendo somente as características gerais da sociedade para a qual devem criar as normas. O "véu de ignorância" objetiva o alcance de ideias justas e universais sem a interferência de informações subjetivas que poderiam torná-las tendenciosas. Trata-se de uma utopia, visto que não é possível atuar sob o "véu de ignorância" e, portanto, todos os movimentos de uma sociedade são influenciados pela cultura, inclusive o Direito, o que justifica a existência do Culturalismo Jurídico.

Por conseguinte, sob outra perspectiva, está o Multiculturalismo, ligado à noção de coexistência entre os povos, ou seja, à defesa da diversidade cultural, verificando-se que: "Sua preocupação, portanto, não é com o conjunto dos direitos culturais, mas com um que é específico em termos de identificação, ainda que genérico quanto à abrangência: o direito à diversidade."³ Assim, o Multiculturalismo é um fenômeno social pautado pela coexistência de diversas expressões culturais em um mesmo espaço.

E então, tem-se a definição que mais interessa a este trabalho, o conceito de direitos culturais, que seriam propriamente os direitos relacionados à cultura. Com isso, infere-se que: "Culturalismo jurídico é teoria; multiculturalismo é ideologia; direitos culturais são práxis."⁴

² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.15.

³ CUNHA FILHO, *op. cit.*, p.30.

⁴ *Ibid.*, p.31.

Nesse contexto, ao compreender o Direito como instrumento de equilíbrio social, verifica-se a sua necessária relação com a sociedade que por ele é regulado. A vida cultural é inerente à própria ideia de ser humano e sua dignidade, uma vez que é objeto do “ser”, do “fazer” e do “estar” cotidiano de cada indivíduo. A todo momento a cultura própria é experimentada, vivida e sentida por cada pessoa.

A divisão clássica tradicional das dimensões de direitos humanos, concebida pelo jurista tcheco-francês Karel Vašák⁵, traz três principais degraus de compreensão desses direitos, que são cumulativos - não excludentes - com base nos ideais levantados pela Revolução Francesa, quais sejam: Liberdade; Igualdade e Fraternidade. Dessa forma, os direitos de primeira dimensão seriam os direitos políticos e civis, representando a liberdade, por se tratar do dever de abstenção por parte do Estado (direitos negativos). Por sua vez, os direitos de segunda dimensão seriam os direitos econômicos, sociais e culturais, em prol da igualdade, traduzidos pelo dever de prestação positiva estatal. Por fim, com base nessa definição clássica, os direitos de terceira dimensão se exprimem pelos direitos difusos, embasados pela fraternidade, por terem como titulares a coletividade.

A divisão dessas dimensões se dá pela historicidade, ou seja, pela expressão dos direitos ao longo do tempo. Contudo, independentemente do entendimento contemporâneo de que os direitos humanos fundamentais de todas as dimensões demandariam tanto deveres de abstenção quanto deveres de prestação do Estado (de forma simultânea), é possível verificar a incidência do direito à cultura nas três dimensões apresentadas: no que tange aos direitos de primeira dimensão, o direito à cultura de forma livre e sem interferências estatais; em relação aos direitos de segunda dimensão, o exercício dos direitos culturais propriamente ditos de maneira individual; e no que diz respeito à terceira dimensão, a proteção da cultura como um direito de todos. Desse modo, a cultura em si é exercida por meio da língua de um povo, da religião professada, da música, da arte, entre outros elementos, o que enseja a seguinte reflexão:

A dignidade humana deve ser garantida pelo direito cultural na complexidade de sua expressão: produção de bens culturais; participação democrática na gestão do patrimônio cultural; respeito à diversidade étnica e regional; acesso aos bens culturais e fruição; direito à informação cultural, participação no controle; e, por fim, o direito de identidade com o patrimônio. É dizer que as pessoas precisam não apenas fruir do legado, mas ver-se refletidas nele.⁶

E esse é o pensamento que vem sendo difundido desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), firmada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948,

⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. *A proteção do patrimônio cultural como contraponto à desterritorialização*. Org. SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p.63-64.

⁶ *Ibid.*, p.74.

nos seguintes termos: "Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios".⁷

Outrossim, cabe colacionar o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), incorporado à legislação brasileira pelo Decreto n. 592/1992, no que diz respeito ao direito à cultura:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.⁸

Nessa mesma linha, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), incorporado à legislação brasileira pelo Decreto n. 591/1992, impõe que os estados signatários do referido acordo deverão reconhecer aos indivíduos o direito de participar da vida cultural, de desfrutar do progresso científico, bem como, a proteção aos direitos de autor, determinando que os Estados respeitem a liberdade cultural e que adotem medidas para assegurar o pleno exercício dos direitos supracitados.⁹

Em face do reconhecimento da cultura como um direito humano, surge a necessidade do desenvolvimento de medidas que assegurem o seu exercício. Nessa conjuntura é engendrada a ideia de patrimônio cultural.

O patrimônio cultural, para além dos demais direitos culturais em espécie, pode ser considerado um direito autônomo. E isso se confirma pelo fato de que o direito ao patrimônio cultural foi declarado e positivado de forma específica nas Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, cada qual com suas peculiaridades.

A palavra patrimônio tem forte relação com a concepção de "propriedade", isso porque: "A noção de patrimônio designava, no direito romano, o conjunto de bens reunidos pela sucessão: bens que descendem, segundo as leis, dos pais e mães aos seus filhos ou bens de família, assim definidos em oposição aos bens adquiridos."¹⁰ Dessa forma, quando essa ideia é transferida para o contexto da cultura, verifica-se o caráter intergeracional dos direitos culturais,

⁷ ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948, art. XXVII. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423.locale=en>>. Acesso em 27 nov. 2023.

⁸ BRASIL. *Decreto n. 592* de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

⁹ BRASIL. *Decreto n. 591* de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

¹⁰ DESVALLÉES, André; MAIRESSE, François (dir.). *Conceitos-chave de Museologia*. São Paulo: Comitê Brasileiro do ICOM, Pinacoteca do Estado, Secretaria de Estado da Cultura, 2013. p.73. Disponível em: <https://www.icom.org.br/wp-content/uploads/2014/03/PDF_Conceitos-Chave-de-Museologia.pdf>. Acesso em 10 ago. 2023.



haja vista que a cultura e, conseqüentemente, o patrimônio cultural se constroem e se modificam com o tempo, sendo passados de geração em geração.

Diante disso, aprofunda-se o conceito de patrimônio cultural para admitir o patrimônio cultural institucionalizado, isto é, o patrimônio proveniente de uma expressão cultural que obtém o reconhecimento estatal sobre a sua relevância para a coletividade. Todavia, a assunção da existência do direito ao patrimônio cultural como um direito fundamental não é suficiente para garantir o seu exercício, visto que:

[...] é necessário não considerar as sociedades humanas e suas culturas apenas como objetos a serem descritos e analisados, mas instituir mecanismos de diálogo, mediação para que quando um bem for nomeado patrimônio cultural pelas instituições responsáveis, beneficie ou, no mínimo, não prejudique os propósitos dos sujeitos que o produziu.¹¹

Portanto, denota-se que não basta o mero reconhecimento do direito, sendo necessária a compreensão das tensões sociais e dos demais percalços que se apresentam para a salvaguarda e o usufruto do patrimônio cultural. Devido à importância deste para o respeito à autodeterminação dos povos e para a dignidade do indivíduo não há dúvida de que se trata de um direito fundamental, contudo, alguns aspectos a respeito da institucionalização de bens culturais como patrimônio merecem ser observados, para que não ocorra o esvaziamento do instituto, conforme se aborda a seguir.

2. PATRIMÔNIO INTEGRAL: SIGNIFICADOS QUE ULTRAPASSAM A MERA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

O patrimônio cultural como um direito autônomo, intrinsecamente relacionado à ideia de pertencimento social que decorre do próprio princípio da dignidade humana, costuma ser abordado sobre duas vertentes: o patrimônio cultural material e o patrimônio cultural imaterial. Nesse diapasão, denota-se o maior relevo dado ao patrimônio cultural material, uma vez que, na prática, é essa espécie de patrimônio que sofre a intervenção do Estado no direito de propriedade com cunho econômico, principalmente por meio do tombamento.

Todavia, a divisão do patrimônio cultural de forma dicotômica se revela equivocada, tendo em vista que a importância dada a um determinado patrimônio só existe com base nos significados que este carrega. Isso porque, por mais que uma obra de arte, uma construção, um

¹¹ CRIPPA, Giulia; SOUZA, William Eduardo. *O patrimônio como processo: uma ideia que supera a oposição material-imaterial*. In: *Em Questão*. Porto Alegre, v.17, n.2. jul./dez. 2011. p.245. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/EmQuestao/article/view/17609/14306>>. Acesso em 09 mar. 2023.

monumento, entre outros, possa ter beleza sob a perspectiva visual, isso não é suficiente para atribuir a esses bens o título de patrimônio cultural. Primeiro, porque o conceito de “beleza” é extremamente subjetivo e o que parece belo a um observador, poderá não o ser para outro. Segundo, porque a cultura em si carrega significados que ultrapassam a mera aparência.

Assim, a Museologia trabalha com a separação entre patrimônio material e imaterial com o fim precípua de estabelecer quais os melhores métodos de preservação e conservação dos bens culturais. Porém, ao se examinar o próprio conceito de patrimônio cultural, com base no Decreto-Lei n. 25/1937 (o qual só faz referência ao patrimônio cultural material) percebe-se que o significado dos bens é um fator de destaque para que sejam considerados como patrimônio, conforme se depreende do art.1º do referido diploma legal:

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.¹²

Por sua vez, com base na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, realizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 2003, o patrimônio cultural imaterial é definido da seguinte forma:

Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.¹³

Diante disso, o patrimônio cultural imaterial, concebido como os saberes, celebrações, formas de expressão e lugares, não pode ser traduzido sem necessariamente utilizar objetos materiais nesse processo. Para tocar um estilo musical, como o samba, por exemplo, que é patrimônio cultural imaterial, são necessários instrumentos musicais. Por sua vez, o patrimônio cultural material só é assim definido em razão do valor cultural que carrega, o que demonstra que há uma unidade indissolúvel entre a materialidade e a imaterialidade dos bens culturais. Nesse sentido:

[...] o patrimônio cultural tem como suporte, sempre, vetores materiais. Isso vale também para o chamado patrimônio imaterial, pois se todo patrimônio material tem

¹² BRASIL. *Decreto n. 25*, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

¹³ UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2023.

uma dimensão imaterial de significado e valor, por sua vez todo patrimônio imaterial tem uma dimensão material que lhe permite realizar-se.¹⁴

Com base na ideia de que todo bem cultural terá uma vertente material e uma imaterial, sendo classificado como de uma espécie ou de outra somente em razão da predominância de uma das duas vertentes, examina-se que o patrimônio cultural:

[...] remete a o conjunto de todos os bens ou valores, naturais ou criados pelo Homem, materiais ou imateriais, sem limite de tempo nem de lugar, que sejam simplesmente herdados dos ascendentes e ancestrais de gerações anteriores ou reunidos e conservados para serem transmitidos aos descendentes das gerações futuras. O patrimônio é um bem público cuja preservação deve ser assegurada pelas coletividades, quando não é feita por particulares.¹⁵

Assim, partindo-se do pressuposto de que os significados atribuídos a determinado bem cultural são fundamentais para o seu reconhecimento como patrimônio, denota-se que este, quando dotado de relevante valor cultural para determinada comunidade, deverá ser protegido por todos, sobretudo, pelo poder público. Dessa forma, embora se entenda que a importância do patrimônio cultural é intrínseca à sua própria existência para a comunidade que o criou, é possível que este passe por um processo de institucionalização, por meio do qual ocorre o reconhecimento estatal de seu valor (estético, artístico, histórico, entre outros).

O processo de institucionalização do patrimônio em âmbito nacional é feito pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), que é uma autarquia federal, criada em 1937, com as finalidades primordiais de preservar, conservar, fomentar e difundir o patrimônio nacional. Destaca-se que, por se tratar de competência comum dos entes federativos (art.23, III e V, da CRFB/88)¹⁶, os estados e municípios podem ter suas próprias secretarias e órgãos responsáveis pela institucionalização do patrimônio cultural em âmbito regional e local.

Ademais, os processos de institucionalização, expressos pelo tombamento e pelo registro dos bens culturais como patrimônio, não se sujeitam ao princípio da hierarquia verticalizada (aplicável aos casos de desapropriação). O que faz com que bens culturais de domínio de quaisquer entes possam ser tombados ou registrados pelos demais. Assim, um bem da União poderá ser tombado por um município, por exemplo.

¹⁴ MENESES, Ulpiano. *O campo do Patrimônio Cultural: uma revisão de premissas*. In: IPHAN. *I Fórum Nacional do Patrimônio Cultural: Sistema Nacional de Patrimônio Cultural: desafios, estratégias e experiências para uma nova gestão*, Ouro Preto/MG, 2009. Anais, vol.2, tomo 1. Brasília: IPHAN, 2012. p.31. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/4%20-%20MENESES.pdf>>. Acesso em 09 mar. 2023.

¹⁵ DESVALLÉES, André; MAIRESSE, François, *op. cit.*, p.74.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.



Logo, verifica-se que a decisão sobre o que será institucionalizado como patrimônio é claramente política, embora o IPHAN possa ser provocado para realizar as pesquisas prévias e a apreciação de bens culturais com o intuito de torná-los patrimônios nacionais. Deste modo, não há critérios objetivos que ensejem o tombamento ou o registro, passando a avaliação pela discricionariedade da Administração Pública.

Nesse contexto, por diversas vezes esse procedimento estará sujeito a tensões sociais, embasado não somente por questões culturais, mas também por apelos econômicos. Deve-se considerar, inclusive, que o tombamento e o registro não dependem da anuência do particular que detém a propriedade do bem. Nem mesmo no caso do patrimônio cultural dito imaterial deverá haver o consentimento da comunidade detentora, em que pese na maioria das vezes existir o interesse no registro dessa espécie de patrimônio, como forma de perpetuar as práticas por meio da divulgação e do fomento. Por essa razão, salienta-se que:

Quando uma comunidade não solicita ou considera desnecessário um auxílio externo para promover sua cultura, a única atividade realizada por essas instituições patrimoniais deve ser o acompanhamento e registro de suas práticas, pois é de interesse somente daqueles "de fora" conhecer sua dinâmica e funcionamento.¹⁷

De fato, a ingerência do Estado sobre a propriedade privada ocorre primordialmente no que diz respeito aos bens materiais, haja vista que o particular que tem o seu bem tombado como patrimônio cultural sofre restrições de uso sobre ele. Além disso, adquire o ônus de conservar e preservar o bem para evitar que se perca ao longo do tempo. E embora a legislação preveja o aporte de recursos com o fim de auxiliar na manutenção do patrimônio, percebe-se que, na prática, os investimentos não são suficientes para os objetivos a que se destinam.

Por sua vez, em relação aos bens culturais intangíveis, o registro como patrimônio enseja influências de caráter não econômico, o que faz com que o Direito Administrativo pouco se debruce sobre essa questão. Isso porque, se por um lado a divulgação das manifestações culturais serve como trampolim para obtenção de patrocínios e atração de turismo para conhecê-las, por outro, essa interferência externa pode causar modificações latentes nos moldes das expressões culturais. A consequência direta disso é a mitigação da autenticidade cultural que incentivou a própria institucionalização do patrimônio, observando-se que:

Os negócios turísticos obrigam a que cada lugar desenvolva um "produto cultural" para ter competitividade no mercado, o que leva [...], à invenção de tradições e

¹⁷ CRIPPA, Giulia; SOUZA, William Eduardo, *op. cit.*, p. 244.

identidades. Ao mesmo tempo, o patrimônio deixa de ter valor como legado cultural em si próprio e passa a ter um significado comercial.¹⁸

Deste modo, é possível dizer que no caso do patrimônio cultural dito imaterial também há a intervenção do Estado na propriedade, sob o viés cultural e intelectual. Os detentores dos saberes, celebrações e formas de expressão sofrem também a ingerência estatal, o que faz com que em vez da preservação e conservação desses bens, haja a modificação deles com base em um curso diferente do que o tempo traria naturalmente se não fossem expostos à massificação turística e a influências externas à comunidade que os desenvolveu.

Por essa razão, é imperioso refletir a respeito dos significados que levam à institucionalização de um bem cultural e à própria função do patrimônio para a sociedade. Os critérios superficiais e discricionários utilizados para institucionalizar um bem cultural como patrimônio nacional podem ensejar a própria violação aos direitos culturais. No caso do patrimônio cultural material, o engessamento do bem como algo “intocável” pode levar à ruína. Em contraponto, as influências externas no patrimônio cultural imaterial podem gerar a perda de autenticidade e fazer com que ele deixe de ter a função de usufruto cultural, tornando-se mero produto.

Desta forma, a seguir serão abordados os procedimentos de tombamento e registro de bens culturais como forma de institucionalização do patrimônio cultural, de acordo com a legislação vigente, com o fito de apreciar a eficácia de tais medidas para a fruição dos direitos culturais.

3. PERSPECTIVAS E PERCALÇOS DA SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL

Diante da ideia de que a salvaguarda do patrimônio cultural se embasa no valor da dignidade humana e no direito de participação de cada pessoa na produção de sua própria cultura, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo mecanismos de proteção ao patrimônio cultural que permitem a atuação direta da comunidade nesse processo, conforme se depreende do art.5º, inciso LXXIII, explicitado a seguir:

[...] 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

¹⁸ BARRETTO, Margarita. *Cultura e Turismo: Discussões contemporâneas*. 2 ed. Campinas, SP: Papyrus, 2012. p.91.



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;¹⁹

Assim, permite-se o amplo acesso da população no que tange à fiscalização da proteção do patrimônio histórico e cultural, haja vista que qualquer cidadão (pessoa detentora de capacidade eleitoral) poderá propor ação popular, sem custas ou ônus de sucumbência (ressalvada a comprovada má-fé no uso do instrumento). Isso se justifica pela natureza coletiva do direito ao patrimônio cultural, uma vez que ele é criado por todos e, portanto, a todos pertence.

A ação popular é regulada pela Lei n. 4.717/65, podendo ser utilizada de modo preventivo ou repressivo, em face do agente público que realizou o ato lesivo e de todos os beneficiários do ato ou contrato que atingiram o patrimônio cultural, conforme art.6º do referido diploma legal.²⁰

Como ferramenta de proteção ao patrimônio cultural, a ação popular depende de um ato lesivo para ser proposta e por essa razão não pode substituir a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que se trata de ação de controle abstrato de constitucionalidade. Todavia, nada impede que haja a discussão incidental da inconstitucionalidade em sede de ação popular. Destaca-se que, o cidadão também não possui legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa do patrimônio histórico e cultural, por essa razão, a via adequada de participação da comunidade na fiscalização da gestão dos bens públicos é efetivamente a ação popular. O objetivo precípuo desse instrumento é a anulação do ato lesivo.

Nessa conjuntura, quando houver a necessidade de apuração de responsabilidade civil pelos danos causados ao patrimônio cultural, a ferramenta a ser buscada é a ação civil pública, cuja legitimidade para a propositura é do Ministério Público, da Defensoria Pública, da União, dos Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e das associações que tenham como finalidades institucionais temas relativos aos bens que se deseja proteger, conforme art.5º da Lei n. 7.347/85²¹. Assim, o cidadão pode tão somente representar a algum dos legitimados para a ação civil pública, comunicando a ocorrência de um ato ou contrato lesivo ao patrimônio cultural para que eles, no exercício da sua autonomia funcional, decidam pela propositura da ação civil pública.

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

²⁰ BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

²¹ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

No caso dos servidores públicos, há o dever de provocação ao Ministério Público para que seja intentada a ação civil pública por lesão ao patrimônio cultural, não sendo mera faculdade como ocorre com os demais cidadãos.

Tais ferramentas se aplicam independentemente da responsabilidade criminal ou administrativa dos agentes envolvidos em atos que atentem contra o patrimônio histórico e cultural. Outrossim, percebe-se a utilização dessas ações prioritariamente na defesa do patrimônio institucionalizado, ou seja, o patrimônio tombado ou registrado.

Conforme esmiuçado no capítulo anterior, a divisão entre patrimônio cultural material e imaterial trouxe consequências práticas no âmbito de preservação de bens culturais. Isso porque, antes mesmo de se pensar a salvaguarda do patrimônio cultural dito imaterial, a importância aos bens culturais estava primordialmente atrelada à materialidade. E é nesse contexto que surge o Decreto-Lei n. 25 de 1937, que visa a proteção do patrimônio material, restringindo, inclusive, a sua definição, nos seguintes termos:

Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.²²

Além disso, a definição do que era patrimônio cultural perpassava intimamente pela ideia de Nacionalismo, empregada de forma massiva pelo governo na época de criação do citado diploma legal. Por esse motivo, os bens admitidos como patrimônio histórico e cultural possuíam vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil. Ressalta-se que até hoje a definição do que virá a ser um patrimônio nacional é uma decisão política, sempre permeada por conceitos ideológicos.

O tombamento é um procedimento administrativo realizado pelo poder público, por meio do qual um bem cultural de natureza tangível é escolhido para figurar em um livro de registro específico (de acordo com a sua espécie), com objetivo de blindá-lo contra os efeitos deletérios do tempo. Desta forma, um bem selecionado dentre todos os bens culturais existentes para ser institucionalizado como patrimônio cultural recebe o registro em um dos quatro livros de tomo, quais sejam: o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; o Livro do Tombo Histórico; o Livro do Tombo das Belas Artes; o Livro das Artes Aplicadas.²³

²² BRASIL. *Decreto-Lei n. 25*, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

²³ IPHAN. *Tombamento*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Tombamento2.pdf>>. Acesso em 08 fev.2024.

Os bens consagrados como patrimônio são tombados de forma voluntária ou compulsória, independentemente de sua propriedade recair sobre pessoa natural, jurídica, de direito público ou de direito privado. O raciocínio que se aplica é no sentido de que algo que pertence a todos não pode ter seu usufruto restrito ao proprietário. Ademais, a própria salvaguarda é dever de todos, o que justifica a intervenção do poder público na propriedade privada.

De fato, o bem material examinado de forma individual pode estar sob o domínio particular, todavia, confirmando a ideia de patrimônio integral já apresentada, o seu significado cultural pertence a todos os indivíduos. Isso permite as limitações à transferência dos bens e a necessidade de autorização para a realização de qualquer transformação neles, ainda que o intuito seja a realização de atos de restauração. Nesse sentido:

[...] as atividades de conservação têm por objetivo fornecer os meios necessários para garantir o estado de um objeto contra toda forma de alteração, a fim de mantê-lo o mais intacto possível para as gerações futuras.²⁴

Dessa forma, os bens culturais tombados estão sujeitos à vigilância e à inspeção do IPHAN, não podendo o particular obstar a fiscalização, sob pena de multa. Entretanto, na prática, a preservação dos bens culturais tombados carece de recursos, o que faz com que as restrições impostas sejam tratadas como um percalço por aquele que detém a propriedade das coisas registradas como patrimônio.

Diante disso, o próprio valor cultural é reduzido a um transtorno pessoal na vida de quem precisa resguardar os bens e muitas vezes, não evita a sua ruína. Nesse ponto, destaca-se a importância de conhecer os significados do patrimônio cultural para que se justifique a sua salvaguarda. Nenhuma estrutura política no mundo globalizado tem o poder de sobreviver meramente em razão do dever ser. Assim, não se pode justificar a intervenção do Estado na propriedade particular sob o argumento de que os bens culturais devem ser tombados porque assim foram escolhidos. É necessária a participação social ativa, a disseminação do conhecimento a respeito do patrimônio cultural para que o devido valor seja atribuído.

Em outras palavras, a efetiva salvaguarda só acontecerá se os próprios detentores do patrimônio cultural o enxergarem dessa forma, para além de uma opção política que impõe a sua conservação de forma vertical. Esse pensamento é mais fácil de ser observado quando se observa o registro do patrimônio cultural imaterial.

²⁴ DESVALLÉES, André; MAIRESSE, François, *op. cit.*, p.73.

O Decreto 3.551 de 2000²⁵ traz a possibilidade de institucionalização do patrimônio cultural prioritariamente imaterial por meio de inventário, registro e observação desses bens ao longo do tempo. Essas medidas visam a resguardar o patrimônio, sem interferir no seu desenvolvimento e nas mudanças que possam vir a ocorrer naturalmente com eles. Assim, quatro são os livros de registro do patrimônio imaterial: Livro de Registro dos Saberes; Livro de Registro das Celebrações; Livro de Registro das Formas de Expressão; Livro de Registro dos Lugares.

O objetivo do registro do patrimônio cultural imaterial é a continuidade histórica de uma manifestação e, por essa razão, entende-se que a produção e a modificação que ocorrerem no âmbito das atividades da comunidade têm participação direta dessa. Tal entendimento se aproxima do ideal de salvaguarda do patrimônio cultural que se pretende alcançar, haja vista que a existência de um registro deve se pautar no direito à cultura, sendo esse um direito inerente à condição humana. Assim preconiza a própria CRFB/88, em seu art.216:

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.²⁶

Portanto, verifica-se que a colaboração da comunidade para a salvaguarda do patrimônio que lhe pertence é fundamental para que as medidas do poder público sejam efetivas no sentido de perpetuar os bens culturais para as gerações seguintes, não podendo ser essa análise traçada de forma unilateral pelo Estado, por questões políticas, sem que haja a ressonância dos reais detentores do patrimônio cultural.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou traçar um panorama geral sobre o direito à cultura, representado pelo patrimônio cultural como um direito fundamental difuso, discutindo a importância deste para a autodeterminação e respeito entre os povos. Isso porque, o direito de criar e de pertencer a uma cultura é inerente a todo ser humano, fazendo parte do seu próprio desenvolvimento, uma vez que por meio de suas expressões culturais o indivíduo é capaz de firmar e enxergar a sua presença no mundo. Ademais, todas as formas de expressão cultural

²⁵ BRASIL. *Decreto n. 3.551*, de 04 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

²⁶ BRASIL. *op. cit.*, nota 16.

propiciam mudanças no mundo físico, influenciando a própria realidade em que se inserem os sujeitos.

Diante disso, analisou-se o conceito de patrimônio integral, abordando a necessidade de se identificar os significados por trás dos bens culturais, visto que esses são a expressão do próprio indivíduo enquanto pessoa humana. Assim, a visão a respeito do patrimônio cultural ultrapassa a mera intervenção do Estado na propriedade privada, trazendo à tona a importância de uma observação do contexto social, para além da análise puramente econômica da salvaguarda do patrimônio cultural.

Nesse sentido, não é plausível que se considere o caráter meramente econômico da intervenção do Estado na propriedade privada como razão idônea para as restrições impostas aos bens culturais por meio do tombamento e do registro.

Sem pretender esgotar a temática, este estudo buscou discorrer sobre os conceitos e significados do patrimônio cultural, demonstrando um lado distinto daquele comumente apresentado pelos manuais de Direito Administrativo, que fazem a abordagem do tombamento sob o ponto de vista de uma limitação econômica imposta ao particular e que sequer exploram a questão do patrimônio cultural imaterial. Assim, espera-se que este trabalho possa aguçar a curiosidade dos leitores para que novas pesquisas a respeito do tema possam ser desenvolvidas.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Margarita. *Cultura e Turismo: Discussões contemporâneas*. 2 ed. Campinas, SP: Papyrus, 2012. p.91.

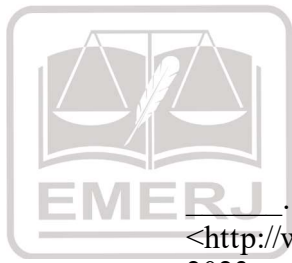
BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

_____. *Decreto n. 25, de 30 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

_____. *Decreto n. 3.551, de 04 de agosto de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

_____. *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.



_____. *Decreto n. 592* de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

_____. *Decreto n. 591* de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 09 mar. 2023.

_____. *Lei n. 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm >. Acesso em 09 mar. 2023.

CRIPPA, Giulia; SOUZA, William Eduardo. *O patrimônio como processo: uma ideia que supera a oposição material-imaterial*. In: Em Questão. Porto Alegre, v.17, n.2. jul./dez. 2011. p.245. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/EmQuestao/article/view/17609/14306>>. Acesso em 09 mar. 2023.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais no Brasil: dimensionamento e conceituação*. In: Bens Culturais e Direitos Humanos. Org. SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p.9-21.

DESVALLÉES, André; MAIRESSE, François (dir.). *Conceitos-chave de Museologia*. São Paulo: Comitê Brasileiro do ICOM, Pinacoteca do Estado, Secretaria de Estado da Cultura, 2013. p.73. Disponível em: <https://www.icom.org.br/wp-content/uploads/2014/03/PDF_Conceitos-Chave-de-Museologia.pdf>. Acesso em 10 ago. 2023.

IPHAN. *Tombamento*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Tombamento2.pdf>>. Acesso em 08 fev.2024.

MENESES, Ulpiano. *O campo do Patrimônio Cultural: uma revisão de premissas*. In: IPHAN. I Fórum Nacional do Patrimônio Cultural: Sistema Nacional de Patrimônio Cultural: desafios, estratégias e experiências para uma nova gestão, Ouro Preto/MG, 2009. Anais, vol.2, tomo 1. Brasília: IPHAN, 2012. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/4%20-%20MENESES.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2023.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423.locale=en>>. Acesso em 27 nov. 2023.

PIRES, Maria Coeli Simões. *A proteção do patrimônio cultural como contraponto à desterritorialização*. Org. SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p.9-21.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.15.

UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2023.