

Constituição assegura ampla proteção ao patrimônio cultural do país



A preocupação dos seres humanos com a preservação de vestígios do seu

passado não é um fenômeno recente. Especula-se, no âmbito da arqueologia, que as pinturas deixadas pelos homens pré-históricos em locais abrigados dentro de cavernas constituem prova de uma primeira e deliberada tentativa de se legar aos pósteros um testemunho da existência de gerações coevas e de seus feitos. Uma primitiva forma de se “proteger” as coisas julgadas importantes pelos homens de antanho.

Na esfera do Direito, sabe-se que já século III o Imperador romano Alexandre aplicava multas a quem comprasse uma casa com a intenção de demoli-la. No Império Romano havia um código de posturas que visava à conservação da imagem da cidade.

Em 1162 o Senado Romano instituiu proteção para a Coluna de Trajano (construída em 114 D.C) e estabeleceu que “aquele que atentar contra ela será condenado aos piores castigos e os seus bens serão confiscados”.

Especificamente em solo brasileiro, o primeiro indício de preocupação governamental com a preservação do patrimônio cultural data do ano de 1742, quando o então Vice-Rei, André de Melo e Castro, escreveu ao Governador de Pernambuco ordenando a paralisação das obras de transformação do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau, em um quartel para as tropas locais, ocasião em que foi determinada a restauração do palácio.

No período imperial merece registro o Aviso de 1855, expedido pelo Conselheiro Luiz Pedreira de Couto Ferraz, que transmitia ordens aos Presidentes das Províncias para terem cuidados especiais na restauração dos monumentos, protegendo as inscrições neles gravadas.

Somente em 1933 surgiu o primeiro diploma federal brasileiro tratando do patrimônio cultural. Foi o decreto nº 22.928, de 12 de julho daquele ano, que erigiu a cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais, a Monumento Nacional e reconheceu “é dever do Poder Público defender o patrimônio artístico da Nação e que fazem parte das tradições de um povo os lugares em que se realizaram os grandes feitos da sua



história”.

Entretanto, o ordenamento constitucional vigente ainda não reconhecia o dever geral de preservação do patrimônio cultural e a propriedade privada não conhecia limites em razão desse interesse, o que impedia maiores avanços na área.

A abertura de espaço para a regulamentação da ordem econômica, social, educacional e cultural promovida primeiramente pela Constituição Mexicana (1917) e posteriormente pela Constituição de Weimar (1918) influenciou a formatação das Cartas Políticas produzidas entre as duas Grandes Guerras Mundiais, que passaram a se preocupar com a temática.^[1]

Nesse cenário, a Constituição Brasileira de 1934 estabeleceu os alicerces constitucionais para a defesa do patrimônio cultural nacional, ao instituir a função social da propriedade como princípio (art. 133, inciso XVII) e ao dispor em seu art. 134 que: Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Essas importantíssimas inovações constitucionais^[2] assentaram as bases para a criação de instrumentos legais capazes de garantir eficazmente a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

A partir de então, a preservação do patrimônio cultural brasileiro esteve presente em todas as constituições subseqüentes (1937, 1946, 1967 e EC 01 de 1969).

Com a promulgação da Constituição de 1988 alcançou-se o mais alto degrau na evolução normativa de proteção bens culturais em nosso país, posto que a lex maxima, em seu Título VIII ([Da Ordem Social](#)), Capítulo III ([Da Educação, da Cultura e do Desporto](#)), Seção II ([Da Cultura](#)), nos arts. 215 e 216, delineou o conceito, a abrangência, os instrumentos e as responsabilidades pela proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Como bem salientado por Carlos Frederico Marés acerca das várias conquistas alcançadas com a nova ordem constitucional:

A novidade mais importante trazida em 1988, sem dúvida, foi alterar o conceito de bens integrantes do patrimônio cultural passando a considerar que são aqueles “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Pela primeira vez no Brasil foi reconhecida, em texto legal, a diversidade cultural brasileira, que em conseqüência passou a ser protegida e enaltecida, passando a ter relevância jurídica os valores populares, indígenas e afro-brasileiros. A tradição constitucional anterior marcava como referência conceitual expressa a monumentalidade e ao abandonar esta referência, o que a Constituição atual deseja proteger não é o monumento, a grandiosidade de aparência, mas o íntimo valor da representatividade nacional, a essência da nacionalidade, a razão de ser da cidadania.

A inclusão de todos estes conceitos na nova Constituição brasileira não é apenas um avanço jurídico, no sentido de inovar na matéria constitucional, mas traz efetivas alterações nos conceitos jurídicos de



proteção: 1. consolida o termo “patrimônio cultural” que já era usado internacionalmente e estava consagrado na literatura brasileira, mesmo oficial, mas não na lei; 2. cria formas novas de proteção, como o inventário, registro, vigilância e 3. possibilita a inovação, pelo Poder Público, de outras formas, além do tradicional tombamento e da desapropriação. Além disso, o texto constitucional, ele mesmo, declara tombados bens que considera relevantes para o patrimônio cultural brasileiro, como os documentos e sítios dos antigos quilombos.^[3]

Verifica-se pela leitura do texto constitucional (art. 216, § 1º. c/c 23, III e IV) que existe uma imediata co-responsabilização de todos os cidadãos e entidades públicas e privadas na defesa e valorização dos bens culturais, quer na obrigação genérica de non facere (não provocação de danos ao patrimônio cultural), quer no específico chamamento do Estado às suas responsabilidades de promoção cultural.

A constituição tutela o direito à proteção e fruição do patrimônio cultural sob a forma de interesse difuso (necessidade comum a conjuntos indeterminados de indivíduos), que somente pode ser satisfeita numa perspectiva comunitária, vez que o patrimônio cultural, enquanto valor inapropriável, pertence a todos ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa.^[4]

A proteção conferida aos bens culturais independe da natureza de sua propriedade. Ficam eles submetidos a um especial regime jurídico em razão do interesse público que sobre eles repousa.

Ainda sob a ótica dos reflexos jurídicos, a constitucionalização da defesa do patrimônio cultural brasileiro traz repercussões extremamente importantes, seja de ordem substantiva, seja formal.

Seguindo os ensinamentos de Herman Benjamin sobre a temática do meio ambiente natural^[5], podemos afirmar, em paralelo, que os benefícios substantivos advindos da normatização constitucional são: a) instituição do dever de não degradar ou destruir o patrimônio cultural, que se situa na estrutura do edifício jurídico e não se insere na esfera de livre opção dos indivíduos ou da administração pública; b) a inserção do viés cultural como aspecto limitador da propriedade e orientador de sua função social; c) a proteção do patrimônio cultural como direito fundamental, ocupando espaço no ponto máximo do ordenamento jurídico; d) legitimação constitucional da função estatal reguladora, de forma que a ausência de atuação do poder público é que deve ser justificada, uma vez que a regra é governabilidade afirmativa; e) redução da discricionariedade administrativa, de forma que a opção administrativa a ser adotada deve ser sempre aquela mais favorável à proteção do patrimônio cultural; f) ampliação da participação pública mediante abertura e crescimentos dos canais de participação pública na formulação e controle das políticas envolvendo o patrimônio cultural.

Os benefícios formais são: a) máxima preeminência (posição hierárquica superior) e proeminência (perceptibilidade e visibilidade) dos direitos, deveres e princípios relacionados ao patrimônio cultural; b) maior segurança normativa, posto que os direitos e garantias fundamentais são considerados cláusulas pétreas; c) substituição do paradigma da legalidade do direito do patrimônio cultural, posto que o veículo primário de proteção ao patrimônio é a própria constituição; d) controle da constitucionalidade dos atos normativos que envolvam o patrimônio cultural, posto que eles somente serão válidos se estiverem em conformidade com o texto constitucional; e) reforço exegético pró-cultura das normas sobre o patrimônio cultural, uma vez que o texto constitucional serve como guia para a boa compreensão



infraconstitucional pelos magistrados, administradores e demais destinatários.

Importante, ainda, destacar o caráter de fundamentalidade que marca o direito ao patrimônio cultural.

Como sabido, a doutrina constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais através de um enfoque histórico, de acordo com as funções preponderantes por eles desempenhadas. Fala-se, assim, em direitos de primeira geração (voltados à proteção da esfera individual da pessoa humana contra ingerências do poder público, tais como os direitos à vida, à propriedade e à liberdade); de segunda geração (caracterizados pela imposição de obrigações de índole positiva aos poderes públicos em contraposição ao abstencionismo estatal, objetivando incrementar a qualidade de vida da sociedade, podendo ser citados entre eles os direitos à educação, à saúde e à moradia) e de terceira geração (que possuem como titulares não mais o indivíduo ou a coletividade, mas o próprio gênero humano, dentre os quais estão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito dos povos ao desenvolvimento e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade).^[6]

A propósito, Ingo Wolfgang Sarlet cita como exemplos de direitos fundamentais deslocados do rol do Título II da Constituição Federal Brasileira o direito à proteção do meio ambiente (art. 225) e a garantia do exercício dos direitos culturais (art. 215).^[7]

Essa fundamentalidade dá espaço para a aplicação, em benefício de conquistas atinentes à defesa e proteção do patrimônio cultural, da teoria constitucional herdada do direito alemão denominada “proibição de retrocesso social” ou “princípio do não-retrocesso”^[8], uma vez que a tutela normativa relativa ao patrimônio cultural deve se operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não retrocedendo jamais a um nível de proteção inferior àquele verificado na atualidade.

Segundo Luis Roberto Barroso, pelo princípio da vedação de retrocesso, que decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.^[9]

Max Dvorák nos ensina que o patrimônio cultural está entre um dos mais importantes bens ideais responsáveis por provocar na coletividade um sentimento que está acima das preocupações e esforços materialistas do cotidiano. O grande mérito da satisfação que nos proporcionam hoje as obras de arte antiga reside no fato de que esse prazer não se limita a um determinado grupo de monumentos e nem é privilégio de certas classes sociais.^[10]

Nesse cenário, evidente que a fruição de um patrimônio cultural hígido é corolário da dignidade da pessoa humana e da cidadania (fundamentos da República Federativa do Brasil) e constitui direito fundamental de terceira geração, sendo inconteste que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras.^[11]

A determinação teórica da natureza fundamental, difusa e indisponível do direito à preservação do patrimônio cultural implica em importantes consequências de ordem prática entre as quais destacam-se:



a) a imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos a tal bem jurídico; b) a possibilidade de defesa do patrimônio cultural mediante a utilização de instrumentos processuais de tutela coletiva, tais como a ação popular e a ação civil pública; c) a indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como custos jurisdictionis, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico – quando o Parquet não for o próprio autor -, ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 127 – CF/88 e arts. 176 e 178, I, do NCPC).

Enfim, o veículo normativo primário de defesa do patrimônio cultural brasileiro é a própria Constituição Federal, portadora de regras e princípios com força superior e vinculante, que devem ser devidamente identificados e compreendidos pelos operadores do Direito a fim de nortear a esmerada e harmônica aplicação do ordenamento infraconstitucional a respeito da temática (disperso no tempo e positivado em atos de natureza vária), alcançando, desta forma, a soberana vontade democrática plasmada em nossa Carta Magna.

[1] SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo. Ed. Malheiros. 2001. p. 39.

[2] As Constituições de 1824 e 1891 eram omissas quanto à proteção do patrimônio cultural

[3] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Bens Culturais e Proteção Jurídica. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1999. p. 23.

[4] GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de direito do patrimônio cultura e de direito do urbanismo. AAFDL: Lisboa, 2008. p. 14

[5] Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Brasileiro. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 69-81.

[6] CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.34, abr-jun 2004. p. 46.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3. ed. 2003. p. 129.

[8] SARLET, Ingo W. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 418.

[9] BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro:



Renovar. 8. Ed. 2006. p. 152.

[10] DVORÁK, Max. Catecismo da preservação de monumentos. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008. p. 86-87

[11] Essa fundamentalidade do direito ao patrimônio cultural foi objeto de expresse reconhecimento pelo TRF 2ª R.; AC 0000228-15.2005.4.02.5106; Sétima Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Reis Friede; DEJF 30/05/2012; Pág. 401.

Meta Fields