

A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

COMPETENCE OF FEDERATED ENTITIES IN PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE

Marcos Cardoso Atalla¹
Beatriz Souza Costa²

Resumo: a presente pesquisa pretende analisar e discutir a proteção do patrimônio cultural pelos entes da federação. A partir dessa premissa será discutida a conceituação da palavra cultura, bem como a expressão patrimônio cultural. Partindo do entendimento de que a fruição e a proteção do patrimônio cultural são direitos fundamentais, será analisada a competência de cada ente federado no que tange à cautela do acervo cultural brasileiro. Será usada neste artigo a metodologia dedutiva com a abordagem fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa. Por fim, realizando uma análise do ordenamento jurídico, serão explicitados Institutos Jurídicos de prevenção ou repressão, que têm por finalidade zelar pelo patrimônio cultural, bem jurídico formador e orientador da identidade nacional.

Palavras-Chave: Proteção; Patrimônio Cultural; Federação.

Abstract: this research aims to analyze and discuss the protection of cultural heritage by the entities of the federation. From this premise will discuss the concept of the word culture and the cultural heritage expression. Based on the understanding that the enjoyment and protection of cultural heritage are fundamental rights, the responsibility of each federal entity with regard to the caution of the Brazilian cultural heritage will be analyzed. It will be used in this article deductive methodology with the fundamental approach to the development of research. Finally, carrying out an analysis of the legal system, will be explained Legal Institutes of prevention or repression, which are intended to ensure the cultural heritage and legal trainer and advisor of national identity

Keywords: Protection; Cultural heritage; Federation.

Sumário: Considerações iniciais. 1. Conceito de patrimônio Cultural. 1.1 O constitucionalismo Contemporâneo. 2 A Defesa Do Patrimônio Cultural Pelos Entes Federativos. 2.2 Competências Constitucionais Dos Entes Federativos. 3. Instrumento Jurídico De Proteção Ao Patrimônio Cultural. Considerações Finais. Referências.

¹ Delegado Regional da Polícia Civil; Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: mcatalla@hotmail.com.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Participou do Summer Program in North American Law for Brazilian Judges, Prosecutors and Attorneys, na Universidade da Flórida, Gainesville, em 2010. Docente do Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Pós-graduação e pesquisa). E-mail: biaambiental@yahoo.com.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ser humano toma consciência e se distingue dos animais pela prática da cultura. O homem se apresenta no meio ambiente como ser cultural, expressando-se por meio da linguagem, do modo de viver, dos costumes e da arte, ou seja, pela prática da cultura. A importância da formação da cultura, bem como o seu acervo e a sua manutenção são essenciais para a formação da unidade nacional, assim como para a identificação dos povos e construção de um país. Logo, a finalidade deste artigo é discutir a importância da conservação e proteção do patrimônio cultural, no sentido de se proteger a própria identidade nacional e garantir às gerações futuras a memória e a história do próprio país.

Nesse sentido, no presente artigo serão discutidos, num primeiro momento, os conceitos de cultura, patrimônio cultural e, também, a evolução da legislação pertinente no que tange à sua proteção até a Constituição Federal de 1988.

Já no segundo capítulo, serão analisadas as competências da União, dos Estados e dos Municípios para a proteção e conservação do patrimônio cultural e, ainda, como essas competências se apresentam no texto constitucional. Por fim, serão discutidos os instrumentos jurídicos de proteção do acervo cultural, realizando uma crítica no que diz respeito à sua aplicabilidade e efetividade.

A metodologia utilizada para a realização do trabalho será dedutiva com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa referente à proteção e conservação do patrimônio cultural pelos entes federados.

Os procedimentos técnicos utilizados neste trabalho serão a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. Em algumas circunstâncias, serão utilizadas algumas decisões e jurisprudências, com o intuito de fornecer ilustrações aos conceitos. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica, que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos na ordem dogmática.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros, principalmente nas leituras do autor Paulo Affonso Leme de Machado sobre Direito Penal Ambiental e do autor Marcos Paulo de Souza Miranda, quanto à Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro.

1. CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL

É certo que o homem se distanciou e se diferenciou do animal, a partir do momento histórico em que começou a produzir cultura. Elaborar um conceito de cultura é uma tarefa árdua, em virtude da riqueza da expressão, bem como da possibilidade da mesma ser estudada em diversos ramos das ciências humanas. O termo cultura e seu significado podem ser encontrados seja na sociologia, na antropologia ou na linguística, bem como sua relação com o Direito.

Não bastasse a difícil conceituação do termo cultura, também há uma variação da abrangência no transcorrer da história da humanidade. A cultura, na Idade Média, possuía um significado diverso ao do que lhe era dado na Idade

Moderna, também distinto ao hoje existente na Contemporaneidade. Neste sentido, nos demonstra Rodrigo Vieira Costa :

Aos franceses, no período iluminista, é atribuída a formulação do moderno conceito de cultura impregnado de um universalismo humanista preocupado com a evolução do espírito por meio das artes, da filosofia, da educação, do acúmulo de conhecimento. Porém já conheciam o seu uso na Idade Média quando se referiam às ações do homem no campo. Ainda que se popularize por uma ideia estática em seu início, agrega-se no século, XVIII, ideal de desenvolvimento que tanto irá servir a um sentido figurado de aprimoramento humano, quanto de cultivo da terra. (2011, p.12)

A dificuldade em conceituação também é compartilhada por José Luiz dos Santos que revela:

Já o conceito da palavra cultura tem uma conotação bem mais polêmica. Por cultura se entende muita coisa. No senso comum, cultura está associada a estudo, educação, formação escolar. Por vezes, se fala em cultura para se referir apenas manifestações artísticas como teatro, música, pintura, escultura. Outra vez, ao se falar de cultura da nossa época, ela é identificada com meios de comunicação de massa, tais como rádio, cinema, televisão. Ou então cultura diz respeito às festas e cerimônias, tradicionais às lendas e crenças de um povo, ou a seu modo de vestir, à sua comida, a seu idioma. (SANTOS, 1984, P.22)

Percebe-se que toda manifestação consciente do homem, seja em qualquer ramo da ciência, seja na atividade rotineira da sua vida, é considerado cultura. Então, defini-la seria limitá-la, de certa forma, na sua amplitude. Todavia, por se tratar de artigo científico, necessário se faz uma limitação do tema, bem como dos institutos aqui estudado. Assim, o professor Miguel Reale Junior descreve que cultura é:

Cultura é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos das obras e serviços, assim como as atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana. (2009, p.26)

A cultura, como foi dito, perpassa os diversos ramos da ciência humana, mas o que interessa para esse estudo é sua relação com o direito, devendo o termo cultura ser associado à expressão patrimônio, formando, assim, a locução patrimônio cultural. A relação do patrimônio cultural com o direito se passa, primeiramente, pelo reconhecimento, organização e proteção deste bem jurídico difuso, essencial à identificação e à história de um povo.

O patrimônio cultural está intrinsecamente ligado à memória, como a formação da unidade de um povo. É o que une as pessoas para a formação de um país. Salientando a importância da memória como instrumento de identidade de uma coletividade, Jacques le Goff assevera:

A memória é um elemento essencial do que se costuma chamar identidade, individual ou coletiva, cuja busca é uma das atividades fundamentais dos indivíduos e das sociedades de hoje, na febre e na angústia. Mas a memória coletiva é não somente uma conquista, é também um instrumento e um objeto de poder. São as sociedades cuja memória social é sobretudo oral ou que estão em vias de construir uma memória coletiva escrita que melhor permitem compreender esta luta pela dominação da recordação e da tradição, esta manifestação da memória. (1990, p.293)

Assim, a partir da memória coletiva é que se materializa o patrimônio cultural, que junto à identidade e à união de pessoas contribuem para a formação de uma nação. Desta forma, resta evidenciada a importância da relação do direito com o patrimônio cultural, no sentido de se proteger e organizar todo acervo cultural de um país.

Estabelecida a relação do direito com o patrimônio cultural, passa-se à sua definição, sendo certo que a mesma está inserida no conceito amplo do que seja meio ambiente. Neste sentido, explica Marcos Paulo de Souza Miranda:

Para fins protecionistas, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, espeleológico, paleontológico além das disciplinas urbanísticas contemporâneas. Enfim, o inter-relacionamento entre cultura e meio ambiente é fato incontroverso. (2006, p.13)

Isso posto, pode-se dizer que o patrimônio cultural está interligado ao meio ambiente. Faz parte do meio ambiente, não apenas o acervo natural, mas também os acervos artificial e cultural. Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado ensina:

O patrimônio cultural representa o trabalho a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir. Esse patrimônio é recebido sem mérito da geração que recebe, mas continuará a existir sem seu apoio. O patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura. (2015,p.1100)

É importante salientar que, além de dar uma definição referente ao patrimônio cultural, Machado chama a atenção para a responsabilidade na fruição desse patrimônio, no intuito de conservá-lo para que gerações futuras possam também ter a possibilidade de dele desfrutar. A importância da proteção desse bem difuso é tão grande, que pode ser dito que se trata de um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988. Defendendo esta tese, Beatriz Souza Costa:

Não há dúvidas de que o constituinte vinculou os valores do meio ambiente sadio ecologicamente equilibrado e a preservação do patrimônio cultural material e imaterial. Ainda que não inseridos no rol do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, o qual reconhece a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional bem como em tratados internacionais, além do possível reconhecimento de direitos fundamentais não escritos e daqueles decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. (2009, p.51)

Corroborando com o entendimento de que o patrimônio cultural é um direito fundamental, Henkes, Gastal, Mielke, mostram que:

Importa salientar que o direito à cultura e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são direitos fundamentais de terceira dimensão, os quais são denominados de direitos de solidariedade e fraternidade. Para Sarlet¹⁰, os direitos de terceira dimensão trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação, crianças, idosos) e se caracterizarem como direitos de titularidade difusa. (2013, p.231-257)

Acrescente-se, ainda, que conforme o entendimento de Beatriz Souza Costa, o direito fundamental não se resume à proteção do patrimônio público, mas também no direito de fruição desses bens. Assim também entendem Miranda e Novais (2012, p. 09):

O princípio da fruição coletiva do patrimônio cultural decorre diretamente do art. 215, caput, da Constituição Federal, que dispõe: “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.” Como os bens culturais são, a toda evidência, fontes de cultura, o acesso a eles deve, sempre que possível, ser assegurado à coletividade em geral (ou seja: a todos, na exata dicção constitucional), seja por meio de direito de visita ou do direito à informação.

Apesar da importância da proteção da cultura e de seu acervo, nem sempre os governantes deram a devida atenção aos atos de conservação e proteção aos mesmos e, tampouco, quando da elaboração de leis pertinentes ao tema. No período colonial brasileiro, em virtude da dominação portuguesa, pode-se dizer que houve pouquíssimas manifestações de proteção ao patrimônio cultural. Somente com abertura dos portos, em 1808, é que pesquisadores, cientistas e historiadores puderam documentar e viajar pelo território brasileiro. Foi somente na fase imperial que surgiu a tipificação penal na proteção ao patrimônio cultural, inserida no Código Criminal do Império.

Somente com a Constituição de 1934, já na fase republicana, é que o patrimônio cultural foi tratado, especialmente, no seu art. 10. Por sua vez, com a promulgação da Constituição Federal de 1937, ocorreu uma evolução no que diz respeito à proteção do acervo cultural, sendo que naquele mesmo ano foi editado o

Decreto-lei n.º 25/37, que veio regular o patrimônio cultural. Nas Constituições de 1946 e de 1967 e ainda na Emenda Constitucional n.º 01/69, pouco se avançou na efetividade no que tange à proteção do acervo cultural.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que a cultura no Brasil teve atenção especial, seja na sua valorização, seja na sua proteção, enumerando para nós o que vem a ser patrimônio cultural, determinando a sua imediata proteção e garantido a todos brasileiros o direito de fruição sobre esses bens, verdadeiro direito fundamental. Assim, no Título referente à Ordem Social, a Constituição Federal de 1988 revela:

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.

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.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (Vide Lei n.º 12.527, de 2011)

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, importante observar que o legislador constituinte teve uma grande preocupação referente à tutela do patrimônio cultural, dando aos gestores públicos, bem como aos cidadãos, instrumentos jurídicos para preservação e proteção da memória e do acervo cultural. Revelado isso, passar-se-á a discutir o que compete a cada ente federativo na função da proteção do patrimônio cultural

2 A DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL PELOS ENTES FEDERATIVOS

Antes de iniciar na seara referente à competência dos entes federativos na proteção do patrimônio cultural, faz-se necessário uma reflexão sobre o constitucionalismo contemporâneo, principalmente em virtude do surgimento de novos direitos que têm como titularidade não apenas um indivíduo, mas toda uma coletividade, estando o meio ambiente e o patrimônio cultural inseridos nesse sistema.

1.1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O constitucionalismo contemporâneo surgiu após a Segunda Guerra Mundial, rompendo com o direito constitucional positivista e passando para uma fundamentação principiológica. As Constituições dos Estados, que antes eram meras cartas de boas intenções, passaram também a ser depositárias e efetivadoras de direitos fundamentais. Neste sentido Costa, Reis e Oliveira

No constitucionalismo contemporâneo, o sistema jurídico possui fundamentação discursivo-principiológica, e não mais positivista legalista, e tão pouco filosófico-transcendental. Até o fim da Segunda Guerra Mundial, os princípios jurídicos – de base jusnaturalista eram utilizados apenas para integrar o Direito, possuindo, assim, baixa normatividade jurídica. Mas, a partir do constitucionalismo contemporâneo, os fundamentos do Direito foram gradualmente redefinidos sob a perspectiva principiológico-discursiva, e não mais principiológico-transcendental. Portanto, e apesar da lei ainda ocupar status relevante no Direito contemporâneo, toda a legislação é atualmente elaborada interpretada e aplicada a à luz dos princípios discursivamente instituídos, que passaram a exercer diversas funções estruturantes e funcionais no sistema jurídico e no contexto social do sistema jurídico. Se o constitucionalismo clássico ocidental se centrou na lei como parâmetro para a legitimação política (Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito), o constitucionalismo contemporâneo assenta-se em substratos principiológicos-discursivos de legitimação democrática da política e do próprio Direito (Estado Democrático-Constitucional).(2016, p.74-75)

Assim, importante analisar e interpretar as normas constitucionais sob o prisma principiológico, não apenas se apegando a um positivismo legalista que muito pouco pode ser extraído do texto constitucional. Através deste constitucionalismo contemporâneo, faz-se extremamente importante a doutrina de Ronald Dworkin, que enfatiza a força normativa dos princípios dentro do texto constitucional. Então, em referência a tal doutrinador, oportunas as palavras de José Adércio Leite Sampaio:

A constituição é o registro histórico mais importante que deve ser levado em conta na procura da melhor concepção dos princípios morais constitucionais em vigor. Mas não é único, até porque ela requer uma leitura moral que passe pelo seu corpo linguístico, é obvio, considerando em acréscimo, as compreensões atuais de seu texto e pela sociedade. Um princípio constitucional pode e deve ser aplicado por um juiz que assim, identifique-o como parte integrante das práticas da história nacional. Esse processo de identificação dos princípios deixa, sem dúvidas, muitas possibilidades abertas. (2013, p. 135)

Assim, retornando a questão do patrimônio cultural, vislumbra-se que toda norma infraconstitucional e também as normas constitucionais, afetas ao patrimônio cultural, devem ser aplicadas e interpretadas segundo os princípios estabelecidos pelos art. 215, 216 e 225 da Constituição Federal de 1988.

2.2 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS ENTES FEDERATIVOS

Estabelecidas tais premissas, importante a discussão referente às competências dos entes federativos, no que tange à proteção do patrimônio cultural. A opção pelo federalismo trouxe a necessidade de distribuir competência entre a União, Estados e Municípios. Segundo Rodrigo Vieira Costa:

A constituição da República de 1988 rejeitou, em parte, a ideia do federalismo clássico norte-americano, no qual a distribuição de poderes e repartição de competências dar-se-ia apenas entre a União e os Estados-membros, inovando com vistas a um maior descentralização do poder ao eleger o Município com ente federado. Todos os entes, em virtude da forma do Estado Federal, cujas características basilares são a pluralidade de Estados e a harmonia associativa dentro de uma ausência hierárquica entre seus ordenamentos, são autônomos. Essa autonomia deriva diretamente da Constituição, conforme as limitações da repartição de competências por ela criada. (2011, p.45)

Dessa forma, as competências estão estabelecidas na Constituição, no sentido de se estabelecer uma harmonia na atuação dos entes federativos, seja na produção legislativa, seja na atribuição executiva. No que tange ao patrimônio cultural, pode-se estabelecer duas competências: a legislativa e a administrativa.

A competência legislativa, ou seja, a competência para elaborar normas referentes ao patrimônio cultural, está prevista no art. 24 da Constituição Federal:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; (BRASIL, 1988)

Assim, de acordo com texto constitucional, a competência para elaborar normas de proteção ao patrimônio cultural é concorrente entre a União, Estados e o Distrito Federal, cabendo à União, conforme estabelece o art. 24, § 2º da CF, legislar sobre normas gerais, e ao Estado e ao Distrito Federal suplementar as referidas normas.

Numa leitura apressada pode-se entender que o Município está excluído da competência legislativa no que tange à proteção patrimônio cultural. Todavia, não se pode deixar de observar que o art. 30, I da Constituição Federal estabelece aos Municípios competência plena para legislar sobre assuntos de interesse locais. Dissertando sobre o tema, Marcos Paulo de Souza Miranda ensina:

A primeira vista poder-se-ia pensar que os Municípios brasileiros não teriam competência para legislar sobre patrimônio cultural, ante a literalidade do contido no art. 24 da CF/88, que não faz menção aos entes municipais. Mas isto não é verdade. De acordo com a melhor doutrina sobre a matéria, incumbe também aos municípios a suplementação da legislação federal e estadual, no que couber, desde que não exceda os limites dos procedimentos locais (legislação sobre assuntos de interesse local. (2006, p.89)

Nesse sentido também são os ensinamentos de José Afonso da Silva, que ao escrever sobre a competência legislativa dos Municípios, conclui:

sua competência suplementar na matéria é também reconhecida. De fato, dá-se-lhes competência para (...) promover a proteção do patrimônio histórico e cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Quer isso dizer que não se recusa aos Municípios competência para ordenar a proteção ao meio ambiente, natural e cultural. Logo é plausível reconhecer, igualmente, que na norma do art. 30,II, entra também a competência para suplementar a legislação federal e estadual na matéria.(2003, p.80)

Em relação à competência administrativa, ou seja, a competência para executar atos administrativos na proteção do patrimônio cultural, a mesma está prevista no art. 23 da Constituição Federal, da forma assim estabelecida:

Art.23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (BRASIL, 1988)

Assim, a proteção ao patrimônio cultural é comum a todos os entes federativos, devendo cada um estruturar e se organizar para a defesa, conservação e tutela desse bem jurídico difuso pertencente à população brasileira. Pontuando a questão, Miranda faz um alerta:

Para alcançar o cumprimento dos comandos de nossa Constituição, em cada nível de poder –federal, estadual ou municipal–é necessária a existência de órgãos executivos com atribuições para implementação da política pública de proteção aos bens culturais, executando ações de fiscalização, proteção, identificação, restauração, preservação e revitalização dos bens culturais. Essa atuação administrativa do Poder Público é obrigatória e indelegável à iniciativa privada. (2006, p.94-95)

É importante salientar que a competência comum prevista no art. 23 da Constituição Federal não é excludente quando apenas um ente federativo atua. Não há exclusão, mas cooperação. Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.544-9/RS, quando declarou inconstitucional a Lei n.º 11.380 de 1999, que excluía do Estado e da União a guarda e a proteção dos os sítios arqueológicos localizados nos municípios gaúchos. Neste sentido, descreve a Ementa:

Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral.

1. L. est. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável.

2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L.3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (BRASIL, 2007)

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.525-8/MT, citando o jurista Ives Gandra Martins, mostra que:

A competência comum, diferentemente da concorrente e da privativa é a competência que os entes federados exercem sobre a mesma matéria, sem todavia, interferir nas áreas de respectiva atuação, sobre não haver, em seu exercício ordinário, hierarquia de exclusão. Não há possibilidade de se cogitar na exclusão de um ente federativo, em se tratando de competência comum, pelo próprio significado – questão de interesse de toda federação. (BRASIL, 2006)

É certo que se pode ver tanto no texto constitucional, quanto na decisão acima exposta, que a competência comum administrativa é de cooperação dos entes federativos. Tal finalidade tem por escopo tutelar o patrimônio cultural, não podendo ocorrer exclusão de um ou de outro, pela atuação exclusiva de algum dos entes federativos. Analisada a questão da competência, faz-se necessária, por fim, a discussão de instrumentos jurídicos para a defesa do acervo cultural, seja ele material ou imaterial.

3. INSTRUMENTO JURÍDICO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

A Constituição Federal, bem como a legislação infraconstitucional, possibilitam ao poder público e também a todos os cidadãos, inúmeros instrumentos de proteção ao patrimônio cultural. Há instrumentos jurídicos de prevenção e também de repressão. É importante salientar que na questão do meio ambiente, no qual o patrimônio cultural está inserido, as condutas de prevenção são muitos mais eficazes e importantes do que as atividades repressivas. Existem danos ao patrimônio cultural de difícil reparação ou até mesmo irreparáveis, ficando às vezes as condutas repressivas limitadas à compensação ou à indenização monetária, não voltando ao *status quo* o patrimônio lesado. Dissertando sobre o tema, Paulo Affonso Leme Machado (2007, p. 351) revela:

O direito ambiental engloba as duas funções da responsabilidade civil objetiva: a função preventiva – procurando, por meios eficazes, evitar o dano- e a função reparadora- tentando reconstituir e/ou indenizar os prejuízos ocorridos. Não é social e ecologicamente adequado deixar-se de valorizar a responsabilidade preventiva, mesmo porque há danos ambientais irreversíveis.

Assim, importantes são as ações preventivas por parte do poder público, no que tange ao acervo cultural, para que não se perca de forma definitiva bens culturais que não possam ser restaurados ou reparados. Entre os instrumentos jurídicos de prevenção ao patrimônio cultural mais importantes podem ser citados o tombamento, o inventário, o registro e a vigilância.

Tombamento é o instituto pelo qual o poder público em atividade executiva limita o direito de propriedade de um determinado bem imóvel ou móvel, em virtude do seu valor histórico e cultural. O ato de tombamento pode ser feito por qualquer um dos entes federativos e ainda é regulado pelo Decreto-lei n.º 25/37. Acerca da finalidade do tombamento, Marcos Paulo Souza Miranda (2006, p. 111) revela:

A finalidade do tombamento é a conservação da integridade dos bens acerca dos quais haja um interesse público pela proteção em razão de suas características especiais. No que tange ao objeto, o tombamento pode ser aplicado aos bens móveis e imóveis, públicos ou privados, de interesse cultural ou ambiental, quais sejam: fotografias, livros, mobiliários, utensílios, obras de arte, edifícios, ruas, praças, cidades, regiões, florestas, cascatas etc.

Conceituando o instituto do tombamento, Paulo Affonso Leme Machado ensina:

Conceituo o tombamento como um regime jurídico que, implementando a função social da propriedade, protege e conserva o patrimônio cultural privado ou público brasileiro, através da ação dos poderes públicos e da comunidade, tendo em vista, entre outros, seus aspectos

históricos, artísticos, arqueológicos, naturais e paisagísticos, para a fruição das presentes e futuras gerações. (2015, p. 1121)

Uma vez tombado o bem imóvel ou móvel, ele é registrado no livro dos Tombos, ficando o proprietário, no caso de bem particular, com restrições quanto ao seu uso e com deveres quanto à conservação de tal bem. Por fim, interessante acrescentar que a origem do Instituto do Tombamento veio de Portugal, nos idos de 1.375, quando o Rei, no intuito de inventariar e arrolar os bens da Corte, os registrava em livro próprio, que ficava depositado na Torre do Tombo. Nesse sentido descreve Miranda (2006, p. 108):

A palavra tomo, com sentido de inventário ou registro, foi usada por Dom Fernando, em 1375, designando o Arquivo Nacional Portugal, instalado em uma das torres que amuralhavam a cidade de Lisboa, local que ficou conhecido como o nome de Torre de Tombo. Os registros da administração portuguesa eram feitos nos Livros de Tombo daí sua denominação. Tombar significava, pois, inscrever nos arquivos do Reino, inventariar, arrolar.

Dentro da proteção do patrimônio cultural, existem ainda os institutos do inventário e do registro. O inventário tem como finalidade a identificação dos bens culturais, sendo esta prática de extrema importância, devido, principalmente, ao tráfico internacional de obras de arte e outros objetos de interesse da cultura brasileira. Com esta preocupação, o autor Paulo Fernando de Brito Feitoza alerta que:

o inventário, sobretudo de coisas móveis justifica-se amiúde por conta da variedade, de quantidade e do interesse de muitos que, despreocupadamente não atentam para a importância da conservação. Além do mais, o comércio de coisas antigas, intensificado nas últimas décadas, ressaltou o valor que elas têm e ampliou o tráfico internacional de obras de arte, ensejando recomendações que obstem o comércio ilegal de antiguidades. (2012, p.151)

A Constituição Federal, em seu art. 215, estabelece que o patrimônio cultural brasileiro é constituído não apenas de bens materiais, mas também, de bens imateriais, ou seja, aqueles que são intangíveis. Dando uma definição de tais bens, Marcos Paulo Souza Miranda sustenta:

Já os bens culturais imateriais ou intangíveis relacionam-se à identidade, à maneira e à ação dos grupos sociais. Incluem-se nesse conceito as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver, considerando : os Saberes, (conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades), as Celebrações, (rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social), as formas de Expressão (manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas) e os lugares mercados, feiras, bibliotecas,

cinemas, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e se reproduzem práticas culturais coletivas. (2006, p.56)

Para estes bens, conforme descrito, há o Instituto do Registro, como estabelece o art. 1º do Decreto n.º 3.551/2000. A importância do registro é observada pelo autor Fernando Antônio Nogueira Galvão que nos revela:

A proteção que o registro é capaz de oferecer se materializa no reconhecimento da existência e valor de determinada manifestação cultural. Registrar documentalmente a existência da manifestação é ato protetivo na medida em que constitui prova capaz de dar suporte a ações que visem impedir posterior utilização indevida dos conhecimentos e práticas envolvidas na manifestação cultural. (2005, p.19)

Por fim, pode ser citado o Instituto da Vigilância, que se trata de atributo inerente ao poder de polícia atinente à administração pública. Assim, é dever dos órgãos públicos estarem vigilantes na conservação e proteção do patrimônio cultural. Tal dever se torna evidente em casos de bens tombados em virtude do Decreto-lei n.º 25/37.

Estabelecidos os institutos de proteção ao patrimônio público que de certa forma atuam na prevenção, passa-se à discussão dos institutos repressivos, observados geralmente no campo processual, em face das ações civis públicas, das ações populares e das ações penais. Importante instrumento de responsabilização civil em face de condutas lesivas ao patrimônio cultural são as ações civis públicas. Criada pela Lei n.º 7347/85, ela tem como objetivo a defesa de interesses difusos e coletivos. É consenso na doutrina que o meio ambiente, aí incluindo-se o patrimônio cultural, é um direito difuso. Conforme explica Mourão (2009, p. 15) “não podemos olvidar também o fato de que o meio ambiente vem sendo entendido pela ciência do direito como um bem jurídico e que a sua natureza jurídica é estruturada na doutrina como uma relação que diz respeito aos interesses difusos.” Dissertando da importância da Ação Civil Pública, Édís Milaré ensina:

A lei 6.938/1981, ao definir a Política Nacional do Meio Ambiente e conceder legitimação ao Ministério Público para ação de responsabilidade civil contra o poluidor por danos causados ao meio ambiente, estabeleceu, pela primeira vez em nosso País, uma hipótese de ação civil pública ambiental. E o fez com a certeza de que nenhum outro interesse tem difusão maior do que o meio ambiente, que, como é curial, pertence a todos em geral e a ninguém em particular; sua proteção a todos aproveita, e sua postergação a todos em conjunto prejudica. É verdadeira res communis omnium. Se a origem da ação civil pública ambiental está na lei 6938/1981, de caráter eminentemente material, seu perfil definitivo e acabado ocorre com a lei 7347/85, de cunho processual. A lei 7.347/85 significou, sem dúvida uma revolução na ordem jurídica brasileira, já que o processo judicial deixou de ser visto com mero instrumento de defesa de interesses individuais, para servir de efetivo mecanismo de participação da sociedade na tutela de situações fático-jurídicas de diferente natureza vale dizer, daqueles conflitos que envolvem interesses supra-individuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos. (2007, p. 1009)

A Lei n. 7347/85 traz ainda em seu bojo a criação do inquérito civil, que tem como finalidade a colheita de provas para subsidiar uma futura ação civil pública. Tal instituto é de grande importância, porque ainda na fase pré processual poderá o *parquet* produzir provas para a comprovação do dano ambiental e, além disto, poderá propor um Termo de Ajustamento de Conduta por parte da empresa ou pessoa física que tenha poluído ou danificado o patrimônio cultural. Mais uma vez, podem ser citados os ensinamentos de Edis Milaré :

A luz de nosso ordenamento jurídico, nada impede a celebração de compromisso de ajustamento de conduta envolvendo apenas parte das questões objeto de investigações. De fato, o que se exige é que o dano seja integralmente reparado, pouco importando que a atividade reparatória seja fragmentada em mais de um instrumento desde que a soma das obrigações assumidas em cada um deles alcance a integralidade da reparação. Nada impede, por exemplo, que a completa reparação seja alcançada, na parte em há consenso, através de pacto consubstanciado num com Compromisso de Ajustamento de Conduta, ficando o restante para a discussão no âmbito do inquérito civil ou da ação civil pública pertinentes. (2007, p.982)

Outro instrumento jurídico processual de repressão ao dano aos bens culturais é a ação popular, prevista pela Lei n. 4717/65 e prestigiada pela Constituição Federal de 1988, infelizmente ainda pouco utilizada pelo cidadão. Conforme disserta Machado:

A Constituição Federal de 1988 dá um enfoque à ação popular, dizendo “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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”. Vê-se que a Constituição não alargou a condição de autor para além do cidadão, mas de outro lado já não vai pesar sobre o autor possibilidade de ter que pagar as despesas do processo como de ter que pagar o advogado da parte contrária. A única dificuldade para ação ser totalmente popular é que o cidadão ou cidadãos precisam contratar advogado para apresentar a petição inicial o que seria dispensável se se considerar que o Ministério Público “acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção de prova e promover a responsabilidade civil ou criminal dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipóteses, assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores” (art. 6º, § 4º, da lei 4717/65). (2015, 429)

Por fim, tem-se as ações penais referentes aos delitos praticados contra o patrimônio cultural. A Lei n. 9605/98 tipificou quatro condutas que visam coibir práticas lesivas ao acervo cultural brasileiro. São crimes, na sua maioria, de menor potencial ofensivo, o que possibilita a oferta da transação penal aos autores dos mesmos, no intuito de obrigá-los à reparação dos danos causados. É tempestiva e oportuna a crítica que se faz ao direito penal em relação à sua ingerência no que tange ao direito ambiental, pois é pouca, ou quase nenhuma, a efetividade da responsabilidade criminal referente às condutas lesivas ao meio ambiente, mais especificamente, ao patrimônio cultural. A pena de natureza criminal pouco tem

efeito na questão ambiental. Corroborando com tal entendimento, Luiz Regis Prado enfatiza:

A leis penais ambientais, mormente no Brasil, são em sua maioria, excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as torna de difícil aplicação, tortuosas e complexas, em total descompasso com os vetores técnico-científicos-que regem o Direito Penal moderno. (2005, p.91)

Em uma reflexão sobre a expansão do direito penal em relação aos bens jurídicos difusos, no caso, especificamente o meio ambiente, as palavras de Guilherme Gouvêa Figueiredo:

Conforme temos insistentemente sustentado, o direito penal moderno só é idôneo para a tutela subsidiária de bens jurídicos-penais. Todavia, sendo isso tido por certo, não menos certo é que, por trás dessa afirmação essencial, existe um grande número de questões que têm despertado enorme controvérsia (ou até mesmo antagonismo). Daí toda a polêmica suscitada à volta do papel a desempenhar pela política criminal, na contenção dos novos riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico, em confronto com a função exclusiva proteção de bens jurídicos: urge, segundo uns, que o direito criminal abandone aquela perspectiva liberal, que defendia a intervenção penal somente para a tutela de bens jurídicos clássicos (como a vida ou o patrimônio), e tome como tarefa sua a tutela de interesses vagos, difusos, verdadeiros bens jurídicos universais, supraindividuais (entre os quais, vale mencionar, está o meio ambiente), noutra sentido, posicionam-se aqueles autores que, apegados aos valores do direito penal clássico e à concepção liberal de Estado à qual aquele se remete, defendem a necessidade de qualquer programa político-criminal continuar ainda restrito ao seu âmbito clássico de tutela, quando se quer que o bem jurídico continue a cumprir com sua função de padrão crítico e legitimador da intervenção punitiva. (2013, p. 98)

Estabelecidas todas estas premissas referentes aos instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio cultural, fica constatada a existência de inúmeros de instrumentos jurídicos que se apresentam com a finalidade tutela ao acervo cultural brasileiro. Ocorre que, como já observado, em matéria de direito ambiental e principalmente de patrimônio cultural, a atividade de prevenção é essencial para a guarida do nosso patrimônio. Cabe ao poder público, conforme mandamento constitucional, e também aos cidadãos, o dever de proteger e prevenir o acervo cultural, seja para a fruição nos dias de hoje, seja para garantir referido direito às gerações futuras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação de um país e de uma nação passa pela proteção do patrimônio cultural. O costume, o modo de viver, de expressar e de falar são manifestações da cultura de um povo. A conservação e a proteção do patrimônio cultural são de suma importância, pois se trata de referencial tanto do passado, quanto de

afirmação do presente e de garantia do futuro. No plano internacional nos afirmar como nação soberana.

A importância do patrimônio cultural brasileiro no plano político histórico nem sempre teve a guarida do poder público. Isto, porque no período colonial prosperava e dominava o interesse do Reino Português, quando praticamente nenhuma norma tinha por objetivo proteger o acervo cultural da colônia, mas sim, combater qualquer manifestação cultural. No período republicano, foi apenas no período Vargas que começou a nascer uma conscientização legislativa quanto à proteção do acervo cultural. Já no período ditatorial da década de sessenta e setenta, poucos avanços foram observados.

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o patrimônio cultural recebeu a sua devida importância. A proteção do acervo cultural é direito fundamental de todo cidadão, cabendo ao poder público, seja a União, Estados e Municípios o dever de protegê-lo.

O texto constitucional mostra a importância do patrimônio cultural e chama a união de esforços para sua conservação, revelando que o acervo cultural é um instrumento para a formação da nacionalidade brasileira.

Assim, este artigo teve como finalidade primordial levantar a discussão sobre a importância da tutela do patrimônio cultural, inicialmente, identificando e conceituando o que seja cultura, tarefa árdua, pois trata-se de expressão polissêmica. Foi feita ainda a conceituação do patrimônio cultural dentro de uma abordagem constitucional, bem como a divisão de competências entre os entes federativos. Por fim, foi dissertado sobre as inúmeras possibilidades que ordenamento jurídico nos apresenta na defesa do patrimônio cultural.

De todo exposto, conclui-se que um país somente é forte como nação, quando tem consciência do seu passado, noção do presente e expectativa para o futuro. Assim, por meio da cultura que o cidadão e os gestores públicos poderão ter ciência disto. O patrimônio cultural é bem de todo o povo brasileiro, sendo um direito fundamental a sua conservação e a sua fruição hoje e no futuro.

REFERÊNCIAS

AHMED, Flávio. et al. **Patrimônio Cultural e sua Tutela Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. 215p.

BRASIL, Constituição Federal (1988). In: **Legislação de Direito Ambiental**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3.525-8- Mato Grosso. Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 30 de agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 2.544-9- Rio Grande do Sul. Relator Sepúlveda Pertence, Brasília, 28 de junho de 2006.

COSTA, Beatriz Souza. et al. **Fundamentos Filosóficos e Constitucionais do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. 184p.

COSTA, Rodrigo Vieira. **A Dimensão Constitucional do Patrimônio Cultural**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, 197 p.

FEITOZA, Paulo Fernando de Britto. **Patrimônio Cultural. Proteção e responsabilidade objetiva**. Manaus: Editora Valer, 2012. 193p.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes Ambientais e Bem Jurídico-Penal. (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2 edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013. 218p.

GOFF, Jacques LE. **História e Memória**. Campinas: Editora Unicamp, 1990. 293p.

HENKES, Silvana Lúcia. et al. O Direito-Dever à Cultura e à Preservação do Patrimônio Cultural. **Revista Veredas do Direito**. Vol. 10, n.20, 20 Belo Horizonte, ESDHC, 2013.p. 231-257.

JUNIOR, Miguel Reale. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. 1351p.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1279p.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey Editora: 2006. 479p.

MOURÃO, Henrique Augusto. **Patrimônio Cultural como um bem difuso**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. 344p.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 619p.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão. **Atuação do Ministério Público na proteção do patrimônio cultural imaterial**. Caderno de Teses do VI Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ouro Preto, abril. 2005, p.19-36.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos de Direito do Patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. 349p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013. 839p.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é Cultura**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1984

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 edição. São Paulo: Malheiros, 2003

Recebido em 27 de novembro de 2016

Aceito em 12 de dezembro de 2016