

TUTELA JURISDICIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

JURISDICTIONAL PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE

Jordão Violin¹

Resumo: Este artigo objetiva estudar os limites da atuação judicial na tutela do patrimônio histórico-cultural. Para tanto, parte da superação do paradigma liberal-individualista pelo processo coletivo, como forma de public law litigation. Esclarece se o tombamento é requisito necessário à proteção judicial do patrimônio cultural. Investiga o que é e a quem compete concretizar o direito constitucional à proteção do patrimônio cultural. Por fim, apresenta a ação civil pública como instrumento processual adequado à tutela do patrimônio cultural pelos próprios interessados na preservação da memória.

Palavras-chave: Ações coletivas – patrimônio histórico-cultural – tutela – preservação – controle judicial da discricionariedade administrativa – legitimidade – tombamento – democracia participativa.

Abstract: This article aims to study the limits of judicial action in the protection of historic and cultural heritage. For this purpose, assumes the overcoming of the liberal-individualist paradigm by class actions, as a form of public law litigation. States whether the registration is necessary for the judicial protection of cultural heritage. Investigates what is and who should implement the constitutional right to protection of cultural heritage. Finally, it presents class actions as a procedural instrument suitable for protection of cultural heritage by the people interested themselves in the preservation of memory.

Key-words: Class actions – historic and cultural heritage – protection – conservation – judicial review of administrative discretion – legitimacy – registration – participative democracy.

1. INTRODUÇÃO: TUTELA COLETIVA E A NOVA FUNÇÃO JURISDICIONAL

As ações coletivas refletem uma mudança paradigmática que se opera no sentido da superação do individualismo pelo humanismo; da passagem do liberalismo para o solidarismo.² Nesse sentido, o estudo dos institutos de tutela coletiva deve ser comprometido com o conjunto de ideias, objetivos e princípios que os originaram e que os informam. Abordar o tema sob o enfoque do processo civil clássico pode resultar numa incongruência ideológica.³

A necessidade de se amparar adequadamente os direitos coletivos *lato sensu* levou o legislador a arquitetar um direito processual voltado à coexistência dos sistemas individual e coletivo de tutela. O primeiro, fundado nas concepções chiovendiana⁴ e carneluttiana⁵ de jurisdição e processo, teria por função

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná, UFPR, possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2007) e especialização em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (2008). Atualmente é Assessor de Gabinete da Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professor Visitante da Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: jordao_violin@hotmail.com

² VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

³ Segundo Ovídio Baptista da SILVA, “a ideologia congela a história como uma ‘segunda natureza’, apresentando-a como espontânea e, assim, inalterável. O pensamento conservador, diz Eagleton, imagina que tudo aquilo que ‘foi verdadeiro’, sempre e em toda a parte o será, devendo ser tido como ‘inato à natureza humana’”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 23.

⁴ De acordo com esta teoria, jurisdição seria “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. V. II, p. 8. Seria a jurisdição, então, o poder que o Estado possui de aplicar a lei ao caso concreto, e a característica fundamental dessa atividade seria seu caráter substitutivo: o juiz decide a causa e sua decisão se impõe sobre a vontade das partes e deve por elas ser observada.

restabelecer a harmonia da sociedade, temporariamente perturbada por uma desavença pontual, atingindo assim seu escopo de pacificação social.

O sistema de tutela coletiva, por sua vez, não tem como fim restaurar uma situação de entendimento social. Ao contrário, seu adequado manejo permite a reestruturação de institutos de grande porte, visando à melhoria das condições sociais e à concretização de valores públicos fundamentais. Tal função se coaduna com a noção de jurisdição atrelada à ordem constitucional, tal como desenvolvida por Owen FISS. Para o Professor de Yale, a função dos órgãos jurisdicionais seria “dotar de significado específico os valores públicos expressos na Constituição”.⁶

Encarada dessa maneira, a atividade jurisdicional tem seu foco direcionado para

(...) as condições da vida social e para o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições. O que é crucial não é o fato de a criança negra ser rejeitada em uma escola de brancos, ou o ato individual de brutalidade policial. Esses incidentes podem desencadear a ação judicial e, também, ter significado probatório: prova de um ‘padrão ou prática’ de racismo ou ilegalidade. Todavia, a questão principal do processo ou o foco da investigação judicial não são esses incidentes, os quais são particularizados e isolados, mas, sobretudo, uma condição social que ameaça importantes valores constitucionais e a dinâmica organizacional que cria e perpetua tal condição.⁷

Fica evidente, por esse excerto, como FISS prioriza o tratamento coletivo das demandas, a partir da concepção de processo coletivo como *public law litigation*. Tal conceito leva à aceitação de que a jurisdição tem por escopo não a pacificação social (justa composição da lide), mas a concretização dos valores assegurados na Constituição.⁸ Encarada dessa forma, a função jurisdicional torna-se profundamente compromissada com a melhoria das condições sociais,⁹ e não

⁵ É quase que unanimemente aceita no Brasil a concepção de Carnelutti a respeito do processo como instrumento para a justa composição da lide. Segundo sua teoria, o processo jurisdicional teria como objeto primeiro a pacificação social e seria, por isso, em última análise, uma “operação mediante a qual se obtém a composição do litígio”. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil. São Paulo: Classic Book, 2000. V. I, p. 98.

⁶ “The function of a judge is to give concrete meaning and application to our constitutional values”. FISS, Owen. The forms of justice. Harvard Law Review, nº 93, novembro/1979, p. 4.

⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁸ “Sob a perspectiva da jurisdição, a aspiração política da tutela coletiva impõe a redefinição da função jurisdicional dentro de um Estado Democrático de Direito em que se observa uma notória hipertrofia do Poder Executivo, constante omissão do Poder Legislativo e atrofia do Poder Judiciário. Some-se a tais realidades uma grave crise de credibilidade que paira sobre todas as referidas Instituições.

Essa redefinição implica, antes de tudo, o reconhecimento da legitimidade constitucional-democrática do Poder Judiciário em intervir, no intuito de prestar sua função garantidora de efetiva proteção a quaisquer direitos, individuais ou coletivos, inclusive na implementação das chamadas políticas públicas. De fato, diante dos crescentes reclames de tutela adequada dos direitos sociais, instrumentos de atuação da democracia substancial, surge o dever de o Poder Judiciário imiscuir-se na implementação daqueles, superando as objeções levantadas quanto à sua pretensa ilegitimidade democrático-institucional”. VENTURI, Elton. *Op.cit.*, p. 119.

⁹ De acordo com Gregório Assagra de ALMEIDA, “o Poder Judiciário passa a ter um papel social fundamental como órgão transformador da realidade social. Exerce, destarte, empreitada política fundamental, que é dar efetividade aos direitos e garantias sociais constitucionais fundamentais”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 530.

somente com a solução de uma controvérsia pontual para manutenção do *status quo*. A atividade jurisdicional adquire uma feição transformadora, concretizadora de direitos. Ela dá significado concreto a direitos assegurados geral e abstratamente. A pacificação social pode ser um dos seus efeitos, mas não seu principal escopo.

Estudar o sistema de tutela coletiva como espécie de “litigação de interesse público” tem importantes conseqüências. Sob essa óptica, os processos coletivos

servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais pólos dessas demandas, credor/devedor). Melhor dizendo, não interesses ‘minoritários’, mas sim interesses e direitos ‘marginalizados’, já que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos ‘majoritários’ na sociedade, embora não tenham voz, nem vez.¹⁰

Verifica-se, assim, como a tutela coletiva serve à participação da sociedade na administração da *res publica*. Nesse sentido, “as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional”.¹¹

Se é verdade que as ações coletivas têm permitido a redefinição da própria função jurisdicional, trazendo novas possibilidades de atuação ao Poder Judiciário, Ministério Público e a toda a sociedade em busca de adequada tutela aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, é também inegável que os limites a essa atuação constituem tema dos mais delicados.

Com efeito, é de se questionar até que ponto é possível ao Judiciário interferir no mérito dos atos administrativos, visando à conformação das políticas públicas e decisões discricionárias aos valores fundamentais. Mormente porque, quando se trata de tal espécie de controle, exige-se uma realocação de recursos originalmente destinados à satisfação de outras necessidades coletivas.

O presente estudo tem por objetivo investigar os limites da atuação judicial na tutela do patrimônio histórico-cultural não tombado: o que é, e a quem compete concretizar o valor constitucional de proteção do patrimônio cultural?

2. NATUREZA E EFICÁCIA DO PROCEDIMENTO DE TOMBAMENTO

De acordo com o artigo 216 da Constituição da República, o patrimônio cultural é formado pelos “bens de natureza material e imaterial, tomados

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil– Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, V. 4, p. 36.

¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 504.

individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

A primeira dificuldade para a proteção efetiva do patrimônio cultural reside na própria identificação dos bens que se enquadram nesse conceito. Seria necessário o prévio tombamento para que um bem seja identificado como patrimônio cultural? Ou, mais precisamente, teria o tombamento eficácia *declaratória* do valor cultural – reconhecendo, portanto, que o bem integra o patrimônio cultural – ou *constitutiva* desse valor – outorgando ao bem tal condição?

O tombamento pode ser compreendido como “procedimento administrativo que sujeita a restrições parciais bens de qualquer natureza, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por excepcional valor arqueológico, etnológico, bibliográfico ou artístico”.¹² Caracteriza-se, portanto, por um regime jurídico diferenciado quanto ao uso e fruição do bem cuja preservação seja de interesse da coletividade, tendo em vista a manutenção da identidade dele.¹³

A corrente que defende a natureza estritamente constitutiva do ato de tombamento parte da literal exegese do contido no art. 1º, § único, da Lei de Tombamento (Decreto-Lei nº 25/1937). De acordo com o dispositivo, tais bens só podem ser considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo que a lei prevê. Daí a conclusão de que o processo de tombamento constituiria o bem como patrimônio cultural.

A análise da questão, no entanto, deve levar em conta não só a Lei do Tombamento, mas as próprias disposições da Constituição de 1988 que iniciam a disciplina jurídica do instituto. Afinal, o texto maior representa um novo fundamento de validade a toda legislação infraconstitucional recepcionada.¹⁴ Isso significa que todo o ordenamento deve ser compreendido à luz dos valores constitucionais, mesmo que produzido sob a égide de outra Constituição. Desse modo, “diante do artigo 216 da Constituição, além de ter-se uma ampliação dos bens mercedores de proteção (...), ainda se prevêem, ao lado do tombamento, outras formas de acautelamento e preservação, de que o Poder Público se utilizará ‘com a colaboração da comunidade’”.¹⁵

De fato, o §1º do artigo em questão estabelece que “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”.

Deveras, se a Constituição prevê outras formas de proteção ao patrimônio cultural, isso só pode significar que tal categoria (“patrimônio cultural”) pré-existe ao tombamento. Este seria apenas um dos modos de se promover a tutela dos bens dotados de relevância cultural, que podem ser protegidos também mediante inventário, registro ou qualquer outra forma de preservação.¹⁶

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 134.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 420.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 190-191.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 133.

¹⁶ José Eduardo Ramos RODRIGUES salienta que a Constituição da República “exclui acertadamente a necessidade do tombamento prévio, já que seu texto não exige que os bens sejam tombados para integrarem o patrimônio cultural. Que, aliás, é brasileiro, não havendo que se falar em patrimônio

Extrai-se, portanto, do regramento constitucional, que o tombamento possui eficácia eminentemente declaratória do valor cultural do bem, porém constitutiva de uma nova disciplina jurídica. Para além da dicotomia declaração-constituição, pode-se dizer que o tombamento é

um ato de efeitos diferenciados. É constitutivo de efeitos determinados na lei; ou seja, homologado o tombamento, passa o bem à condição de imune contra atos do proprietário ou de terceiros que o possam mutilar, alterar ou destruir. É meramente declaratório de um valor cultural que o bem já possuía, porquanto se não o tivesse, não caberia o tombamento. O valor cultural do bem preexiste ao tombamento, daí porque pode e deve ser reconhecido pelo Judiciário, incidentalmente, em demandas que venham a buscar a preservação do patrimônio cultural.¹⁷

Tal percepção é corroborada por Carlos Frederico MARÉS, para quem

Patrimônio cultural não é apenas o conjunto dos bens incluídos nos livros do Tombo, como enganosamente dá a entender o DL 25/37. A legislação posterior abre portas à declaração de interesse cultural e, portanto, à inclusão de bens no patrimônio cultural nacional por outras vias que não o tombamento (...). Está claro, portanto, que não é apenas o tombamento realizado pelo Executivo que inclui bens no patrimônio cultural brasileiro, a lei e a sentença também o podem fazer.¹⁸

À mesma conclusão chega Hugo Nigro Mazzilli, quando afirma que, “quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é ato meramente declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe esse valor, e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento”.¹⁹

Nota-se, portanto, que o fato de a Constituição arrolar o tombamento como uma das medidas para a proteção do patrimônio cultural nacional pressupõe que a caracterização de um bem como patrimônio cultural é prévia ao tombamento e dele independe. Nesse sentido, afigura-se correto dizer que o tombamento tão somente *reconhece* o valor histórico de um bem, e não *atribui* a ele esse valor.

3. PATRIMÔNIO CULTURAL E LEGITIMIDADE PARA SEU RECONHECIMENTO

Essa constatação conduz a outro questionamento: a quem compete e com base em que critérios é possível definir o que constitui patrimônio cultural? Afinal,

estadual ou regional, ou municipal ou local. (...) o tombamento prévio não é requisito único para que um bem possa integrar o patrimônio cultural brasileiro, estando previstos ainda outros meios como inventários, registros, vigilância, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação. Dentre esses últimos, é de se destacar a preservação pelo Poder Legislativo através de lei específica e pelo Poder Judiciário através de decisão em ação judicial”. RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos, in Revista de Direito Ambiental, nº 21, pp. 178 e 184.

¹⁷ MARCHESAN Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural, in Revista de Direito Ambiental, nº 20, p. 114.

¹⁸ MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, nº 2, jan/mar de 1993, p. 25-26.

¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 167.

como visto, ainda que o bem não seja tombado, ele pode ser protegido por uma série de outras providências do Poder Público, em conjunto com a comunidade. Como saber, assim, quais bens são dotados de valor cultural? A quem compete definir os bens sobre os quais recairão medidas protetivas? Seria essa uma atividade discricionária?

Uma primeira resposta poderia ser buscada na regra do artigo 5º da própria Lei de Tombamento.²⁰ Assim, poder-se-ia sustentar a competência do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN para indicar se um bem é portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira – configurando, pois, patrimônio cultural. Afinal, se a iniciativa para o procedimento de tombamento é justamente do diretor desse órgão, faria sentido que a ele coubesse também esse reconhecimento para as demais providências de preservação.

Ao menos duas sérias objeções podem ser contrapostas a essa tese. Em primeiro lugar, atribuir ao IPHAN a competência exclusiva para dizer quais bens são dotados de valor cultural exclui desse processo a comunidade, a quem a Constituição atribui o poder-dever de preservar do patrimônio. Em segundo lugar, tal construção não permite o controle da omissão do poder público na tutela do patrimônio cultural. Ora, caso o IPHAN se abstenha de tomar um bem portador de referência à identidade de determinado grupo, muito provavelmente não adotará outras medidas protetivas, justamente por entender inexistir a referida carga de alteridade. Como controlar, então, a inércia do órgão executivo, caso se outorgue a ele também esta competência privativa?

O Decreto 3551/2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, fornece elementos que começam a orientar a busca por uma resposta ao problema da legitimidade. Em seu artigo 2º, o diploma diz serem partes legítimas para provocar a instauração do processo de registro:

- I - O Ministério de Estado da Cultura;
- II - Instituições vinculadas ao Ministério da Cultura;
- III - Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal;
- IV - Sociedades ou associações civis.

Percebe-se, assim, uma ampliação do rol de legitimados a desencadear o reconhecimento do valor cultural de um bem imaterial. Não apenas o Estado detém essa competência, mas também o povo, que pode se manifestar por meio de sociedades ou associações civis, provocando o IPHAN para que este adote medidas de preservação.

A solução adotada pelo instrumento normativo mostra ser possível compreender, com base no artigo 216, §1º da Constituição, que o poder público deve levar em consideração o entendimento comunitário para orientar a preservação do patrimônio cultural. Afinal, se valor cultural é a referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nada mais legítimo que outorgar à própria sociedade, por meio dos grupos que a compõem, a competência para reconhecê-lo. A política de

²⁰ “Art. 5º: O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos”

preservação do patrimônio cultural deve ser democrática, participativa e aberta a todos os setores sociais, que, através dos mecanismos de proteção adequados, terão a sua memória individual protegida pela preservação da memória plural.²¹

Nesse sentido, afirma Maria Cecília Londres FONSECA:

Uma política de preservação do patrimônio abrange necessariamente um âmbito maior que o de um conjunto de atividades visando à proteção de bens. É imprescindível ir além e questionar o processo de produção desse universo que constitui um patrimônio, os critérios que regem a seleção de bens e justificam sua proteção; identificar atores envolvidos nesse processo e os objetivos que alegam para legitimar o seu trabalho; definir a posição do Estado relativamente a essa prática e investigar o grau de envolvimento da sociedade. Trata-se de uma dimensão menos visível, mas nem por isso menos significativa, das políticas de preservação.²²

Ou seja, a legitimação conferida pelo Decreto 3551/2000 está em plena consonância com o texto constitucional. Por isso, é possível afirmar que não só nos casos abarcados pelo Decreto, mas de forma ampla e geral, à sociedade é dado constitucionalmente o direito de provocar o poder público a proteger bens que a própria comunidade entende merecedores de conservação.²³

José Eduardo Ramos RODRIGUES faz interessante digressão histórica para chegar a semelhante conclusão, que, apesar de extensa, merece integral transcrição:

(...) como escolher quais bens serão preservados? Esta pergunta já teve respostas díspares no transcorrer da atribulada evolução dos conceitos de patrimônio cultural. Primeiramente, cabia ao governante designar que bens deveriam ou não integrar o patrimônio cultural de um dado País. Assim, por exemplo, foram os reis da Espanha que determinaram, a seu gosto, a composição do Museu do Prado (...). Turner, por ser inglês, e Rembrandt, por ser holandês, isto é, pertencerem a nações inimigas tradicionais da Espanha, não poderiam ter suas obras adquiridas.

(...)

Posteriormente, a determinação dos bens culturais a serem preservados passou à responsabilidade dos especialistas, daqueles que tivessem notório saber sobre o assunto, reunidos em órgãos colegiados sob a tutela estatal, aos quais cabia com exclusividade a declaração do valor cultural. Apesar de seu notório saber, esses especialistas também não estavam isentos de preconceitos. Daí a grande destruição sofrida pela arquitetura eclética do século XIX ocorrida no Brasil. A maioria dos técnicos preservacionistas eram arquitetos da escola modernista, que só valorizavam as edificações coloniais, sendo adversários viscerais da arquitetura eclética, qualificada por eles de vazia, bolo de noiva, sem estilo definido, arquitetura

²¹ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A proteção do patrimônio cultural. Competências constitucionais municipais e o direito de construir regulado pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3160>>. Acesso em: 03 jun. 2008.

²² FONSECA, Maria Cecília Londres. O Patrimônio em Processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 1997, p. 30.

²³ “Poder-se-ia argumentar que não houve consulta a um órgão técnico para a classificação conservativa pretendida. Parece-me mais importante a intervenção de um corpo técnico na gestão do bem tombado que na instituição dessa medida. Não é preciso ser um perito de nomeada para ser sensível à constatação de que um bem deva ser conservado”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 930.

postiça, sem raízes nacionais. Daí a lacuna existente em nosso patrimônio cultural e que infelizmente jamais será preenchida, eis que os mais significativos exemplares ecléticos já não mais existem (...).

A chave para esta questão está na atuação da comunidade, que deve participar da preservação do patrimônio cultural em conjunto com o Poder Público, no termos do § 1º do art. 216.

(...)

Para decidir sobre a valoração de um bem cultural, sobre a necessidade de se preservá-lo ou não, é preciso aplicar-se o princípio do equilíbrio. Deve-se preservar um bem arquitetônico integralmente, somente no aspecto externo, apenas alguns de seus elementos ou autorizar sua demolição? Tal decisão não deve caber apenas ao Estado, nem somente a dotados de notório saber. A participação da comunidade é fundamental, pois ela, como legítima produtora e beneficiária dos bens culturais, apresenta mais do que ninguém legitimidade para determinar um valor cultural, que não precisa ser apenas artístico, arquitetônico ou histórico, mas também estético ou simplesmente afetivo.²⁴

4. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Admitindo-se que não compete exclusivamente à Administração selecionar os bens que constituem patrimônio cultural, mas que tal definição deve ser feita em conjunto com a comunidade, é de se questionar, por fim, se cabe ao Judiciário determinar a proteção desse patrimônio ou se tal ato representaria interferência indevida do órgão jurisdicional frente à discricionariedade da administração pública.

Primeiramente, deve-se ressaltar que não apenas a Administração pode reconhecer o valor cultural de um bem material ou imaterial, mas também o poder Legislativo.²⁵ Tal competência é concorrente entre União, Estados e o Distrito Federal, além de ser abarcada pelo conceito de interesse local, que abre também aos Municípios a possibilidade de legislar sobre o tema.²⁶ Tem-se, como exemplo, a Serra do Mar, que, no Paraná, é tombada por Lei Estadual.

O veículo normativo que veicula esse reconhecimento, no entanto, não desnatura a natureza jurídica da declaração, que é um ato administrativo. Mesmo que juridicizado mediante lei, esta será considerada lei em sentido meramente formal, já que seu conteúdo não será geral e abstrato, mas específico e de efeitos

²⁴ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos, in Revista de Direito Ambiental, nº 21, p. 179-180.

²⁵ “Não há qualquer vedação constitucional a que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal. Como acentua Pontes de Miranda, ‘basta que o ato estatal protetivo – legislativo ou executivo, de acordo com a lei – seja permitido’. O tombamento concreto de um bem oriundo diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo dessa lei ou às normas já estabelecidas genericamente para a proteção dos bens culturais”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, p. 930.

²⁶ “Existem alguns doutrinadores que entendem que a competência concorrente [para legislar sobre tombamento] limitaria o poder de tomar de cada pessoa jurídica política de direito público interno ao grau de interesses que esta tivesse sobre o bem em questão. Assim, a União só poderia tomar bens de importância nacional, os Estados, os de interesse local. Ora, essa lição não tem o menor sentido jurídico. Nem a Constituição, nem a lei ordinária jamais criou qualquer tipo de limitação expressa nesse sentido, e muito pelo contrário, determinou a Carta Magna no art. 216, §1º, que o Poder Público, como um todo, incluindo a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, fosse responsável pela proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro que portanto é uno”. RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 66. São Paulo: RT, out./dez. 1993, p. 55.

concretos. Todo ato que declara o valor cultural de um bem, por conseguinte, deverá atender aos requisitos do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

É impossível à lei individualizar todos os bens que integram o patrimônio cultural. Por isso, a Constituição enumera certos critérios para reconhecer tal valor. Trata-se, portanto, de ato discricionário, vez que o administrador tem certa margem de atuação, dentro dos limites da lei, para interpretar as diretivas constitucionais. Note-se, contudo, que mesmo nos atos discricionários os três primeiros elementos são vinculados. Apenas quanto ao motivo e objeto a Administração tem liberdade para agir. Por esse motivo, os dois últimos elementos constituem o chamado *mérito* do ato administrativo.

O problema é que motivo e objeto correspondem, respectivamente, a determinar *por que* fazer e *o que* fazer. Ou seja, reconhecer o valor cultural de um bem (motivo) e adotar uma medida de proteção (objeto) são ações que integram justamente o mérito do ato administrativo, espaço reservado à esfera de discricionariedade do administrador. Implicaria isso excluir da apreciação jurisdicional a omissão do poder público em garantir a conservação de um bem portador de referência à identidade nacional, por exemplo?

A resposta é negativa. A discricionariedade outorgada à Administração Pública é de *meios*, ou seja, deve ser utilizada com vistas a concretizar os valores constitucionais. Se a decisão política se afasta dessa diretriz, ela pode sofrer limitação pelo poder Judiciário. Este não controlará o mérito do ato administrativo fundado em argumentos políticos, mas num discurso jurídico capaz de demonstrar que a decisão de não proteger determinado bem viola o direito constitucional à identidade cultural.²⁷ Esse controle pode se efetivar de maneira bastante clara sobre o requisito da proporcionalidade, que deve ligar o motivo e o objeto do ato. Se a administração reconhece o valor cultural do bem, mas não se propõe a preservá-lo para as gerações futuras, há nítido descompasso entre os elementos do mérito administrativo.

Mas e se a administração não reconhece o valor cultural de determinado bem, pode o Judiciário compelir o poder público a fazê-lo? Ora, uma vez que a própria Constituição defere à comunidade o poder-dever de promover e proteger o patrimônio cultural, o Judiciário se mostra a arena propícia a incluir a sociedade no debate público.

Nesse sentido, tem-se sustentado que

a ação civil pública pode ser manejada para a tutela de bem que ainda não tenha sido reconhecido como de valor cultural pelo poder público. Sem dúvidas, a proteção que o Ministério Público e o Poder Judiciário estão obrigados a oferecer ao patrimônio cultural não podem restar dependentes da iniciativa da administração pública em promover o tombamento ou o registro documental do bem cultural. Tal conclusão decorre do princípio da indeclinabilidade da jurisdição que ressalta a obrigação do magistrado em tornar efetiva a tutela jurídica conferida constitucionalmente.²⁸

²⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 104.

²⁸ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Atuação do Ministério Público na Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial, in Revista Brasileira de Direito Ambiental, 2005, p. 42.

Também Hely Lopes MEIRELLES, há duas décadas, já admitia a possibilidade de o juiz determinar ao administrador a realização do tombamento, nos casos em que a omissão trouxer prejuízos à proteção do bem.²⁹ Semelhantemente, Édís MILARÉ entende que o Poder Judiciário pode declarar a existência de valor cultural no bem e estabelecer as restrições necessárias à sua preservação, cabendo a fiscalização e aprovação de intervenções que possam lhe trazer repercussões aos órgãos especializados do Poder Executivo.³⁰

Percebe-se, assim, o quão inclusiva é a tutela coletiva, porquanto permite o acesso das diferentes comunidades ao debate público acerca do destino e conservação de bens que dizem respeito diretamente a elas, sua história, identidade e memória. Não há, portanto, qualquer violação ao princípio democrático com a utilização do Judiciário como palco de debate.³¹ Ao contrário, essa postura transforma o processo em instrumento de concretização da democracia participativa.

A tutela de direitos coletivos pode ser considerada um dos desdobramentos da postura instrumentalista, em que o processo se volta à realidade para conformar as novas demandas aos valores constitucionais. E duas das principais carências surgidas com a pós-modernidade são, sem dúvidas, a crise da democracia representativa e o conseqüente afastamento popular dos centros de decisão política.³²

Nesse sentido, BAUMAN indagar por que, ao mesmo tempo em que se acredita viver, atualmente, num mundo livre, a maior parte da população não se sente capaz de transformá-lo. Se a liberdade foi conquistada, questiona ele, como explicar a sensação de que não se pode construir um mundo melhor? Para o autor,

o aumento da liberdade individual pode coincidir com o aumento da impotência coletiva na medida em que as pontes entre a vida pública e privada são destruídas ou, para começar, nem foram construídas. (...). A chance para mudar isso depende da ágora – esse espaço nem privado nem público, porém mais precisamente privado e público ao mesmo tempo. Espaço onde os problemas particulares se encontram de modo significativo – isto é, não apenas para extrair prazeres narcísiticos ou buscar alguma terapia através da exibição pública, mas para procurar coletivamente alavancas controladas e poderosas o bastante para tirar os indivíduos da miséria sofrida em particular.³³

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 491.

³⁰ MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 212-213.

³¹ Em sentido contrário posiciona-se CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais: o tombamento. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 96.

³² “O Estado Moderno necessita do sistema representativo. A cidadania, porém, não se resume na possibilidade de participação através das eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data, ou seja, uma tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Como diz Clèmerson Clève, vivemos um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Trata-se, em outras palavras, de democratizar a democracia através da participação, intensificando a otimização das participações dos homens no processo de decisão”. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19-20.

³³ BAUMAN, Zygmunt. Em Busca da Política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 10-11.

Com efeito, a tutela coletiva pode bem ser compreendida como uma espécie de ágora contemporânea, em que tais direitos são protegidos da única maneira capaz de garantir a sua efetividade: a partir de um debate público, que englobe seus aspectos políticos, sociais e jurídicos. Fica evidente, assim, a carga axiológica que a postura instrumentalista reconhece ao direito substancial, buscando concretizá-lo integralmente, abarcando todas as suas facetas.

O direito processual coletivo se apresenta como uma forma de reaproximar o cidadão dos centros de tomada de decisão, uma vez que abre a possibilidade de se discutir de maneira ampla, e num espaço público, o tratamento que deve ser dispensado aos valores assegurados na Constituição. Verifica-se, portanto, que a tutela coletiva serve à participação da sociedade na administração da *res publica*.³⁴

Atribuir ao juiz a função de implementar direitos que os demais poderes insistem em ignorar contribui sobremaneira para ampliar o direito de participação popular. Isso porque o Judiciário se torna verdadeiro palco de debate e cobrança, a última instância a quem a comunidade pode apelar para ver concretizado o direito à preservação de sua memória, tal como constitucionalmente garantido. Trata-se de uma forma de democracia direta, em que se assegura a participação do povo na definição dos rumos políticos. Não mediante representantes eleitos, mas diretamente, por meio de ação. Nesse sentido,

a jurisdição constitucional é um importante instrumento que possibilita, de um lado, a participação direta do cidadão no processo de interpretação e efetivação das normas constitucionais (...). De outro lado, desempenha importante papel como instância de limitação dos poderes conferidos aos representantes do povo. Essa limitação se opera por meio do Judiciário, mas é levada a efeito pelo próprio povo. Em primeiro lugar, como corolário do princípio da inércia da jurisdição. Nenhum juiz atua sem ser demandado. Assim, quando o juiz atua, é o próprio povo quem, por meio dele, o faz. Em segundo lugar, porque o juiz é também um representante do povo.³⁵

Conceber esse espaço como uma ágora aberta ao debate público, portanto, promove a democracia direta a partir da inclusão de novos agentes na identificação e gestão do patrimônio cultural, que fica acessível aos maiores interessados na preservação da memória e identidade nacional: os próprios grupos que compõem a nação e ajudaram a escrever sua história.

5. CONCLUSÃO

A implementação dos direitos fundamentais pelo Poder Jurisdiccional contribui para a formação de uma democracia consensual, que busca assegurar que todos os afetados por uma decisão tenham a oportunidade de participar do processo que a origina. É um modelo preocupado com as minorias políticas, portanto mais

³⁴ “Se é verdade que labora em prol das ações coletivas o fato de que por elas se permite a integração da coletividade na boa gestão da coisa pública, assim atendendo ao ideal da democracia participativa, não é menos verdade que por essa ampla via passam a afluir ao judiciário novos e instigantes questionamentos, de que é exemplo emblemático o contraste judicial sobre as políticas públicas, levando a uma releitura sobre posicionamentos antes assentados, que davam pela insindicabilidade dos atos de governo, ou dos discriçãoários”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2007, p. 18.

³⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdiccional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*, p. 78.

adequado a países (ou blocos de países) heterogêneos, marcados pela diversidade cultural.³⁶

Como se percebe, compreender o Judiciário dentro da conjuntura atual significa outorgar uma importante função a este que foi concebido como um poder neutro, vazio, nulo. Ele passa de mero espectador a verdadeiro agente a serviço dos valores constitucionais. Como poder contramajoritário que é, a Jurisdição exercerá a função de freio dos demais poderes, cuja omissão poderá ser a qualquer tempo questionada pelas comunidades interessadas em preservar bens formadores de seu patrimônio cultural. Mais do que isso, a inércia de Executivo e Legislativo, quando desarrazoada, poderá ser suprida pela atuação direta do juiz, em favor da concretização do mandamento constitucional que assegura à sociedade o direito de participação na gestão do patrimônio cultural.

Conclui-se, dessa maneira, que o argumento de que o controle judicial sobre o mérito administrativo implicaria violação ao princípio da separação de poderes é ultrapassado. Esse princípio deve ser interpretado sob o enfoque do neoconstitucionalismo, sob o qual

um exame mais cuidadoso faz perceber que a polêmica não mais se justifica. Hoje a doutrina percebe que a garantia constitucional aos direitos fundamentais decorrem correlatos direitos à prestação de proteção que são oponíveis às três esferas de manifestação de poder do Estado. O novo sistema processual em vigor, em especial após a nova redação do art. 84 do CDC que é aplicável à defesa do patrimônio cultural por expressa disposição do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, é comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. No contexto das tutelas de afastamento do ilícito e inibitória, o juiz pode declarar a existência de valor cultural de determinado bem e estabelecer medidas mais adequadas à sua proteção ou determinar que a administração proceda ao tombamento ou ao registro documental do bem cultural, conforme o caso. Cabe observar, no entanto, que quando o juiz optar por declarar o valor cultural dos bens materiais ainda é necessário o estabelecimento de medidas restritivas análogas ao do tombamento. Este fato reforça o entendimento de que é imprescindível a atuação ministerial no sentido de colher informações sobre a existência e características do bem cultural.³⁷

Tem-se, assim, que o Judiciário há muito deixou de ser um poder nulo, como concebido por Montesquieu. Ao contrário, seu delineamento constitucional lhe outorga o papel de fiscalizador e implementador dos valores constitucionais, conformando os direitos fundamentais e limitando a atividade (e a falta de atividade) dos demais poderes. Por conseqüência, é perfeitamente possível que o Judiciário reconheça, mediante provocação da sociedade, o valor cultural de determinado bem, e determine à Administração que assegure a preservação desse legado, principalmente quando as comunidades interessadas tenham sido alijadas do debate público. Eis aí o verdadeiro espírito da democracia participativa.

³⁶ LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 51-65.

³⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Atuação do Ministerio Público na proteção do patrimonio cultural imaterial, p. 43-44.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003;
- ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005;
- BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000;
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008;
- CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na Preservação de Bens Culturais: o tombamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991;
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. V. I;
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. V. II;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005;
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil– Processo Coletivo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, V. 4;
- FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, nº 93, novembro/1979;
- FONSECA, Maria Cecília Londres. **O Patrimônio em Processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 1997;
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2009;
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;
- LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 2007;
- MARCHESAN Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural, **in Revista de Direito Ambiental**, nº 20;
- MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais, **in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, nº 2, jan/mar de 1993;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1990;

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Atuação do Ministério Público na Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial, **in Revista Brasileira de Direito Ambiental**, 2005;

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A proteção do patrimônio cultural. Competências constitucionais municipais e o direito de construir regulado pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3160>>. Acesso em: 03 jun. 2008;

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos, **in Revista de Direito Ambiental**, nº 21;

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural, **in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, nº 66. São Paulo: RT, out./dez. 1993;

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004;

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

Data de recebimento: 18 de março de 2010

Data de aprovação: 24 de maio de 2010