



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Hélio Rodrigues Figueiredo Junior

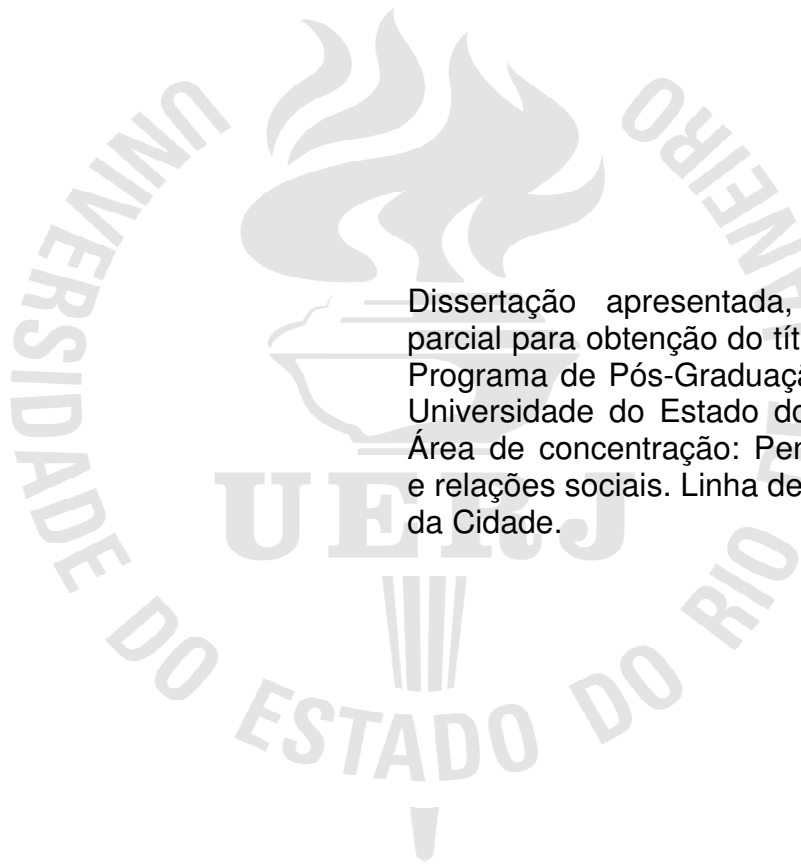
**A proteção do patrimônio cultural brasileiro no âmbito da
propriedade privada**

Rio de Janeiro

2015

Hélio Rodrigues Figueiredo Junior

A proteção do patrimônio cultural brasileiro no âmbito da propriedade privada



—Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
—Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais. Linha de pesquisa: Direito da Cidade.

Orientadora: Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F475 Figueiredo Júnior, Hélio Rodrigues.

A proteção do patrimônio cultural brasileiro no âmbito da propriedade privada / Hélio Rodrigues Figueiredo Júnior. – 2015.

188 f.

Orientador: Prof^ª. Dra. Vânia Siciliano Aieta.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito de propriedade Brasil – Teses. 2. Responsabilidade (Direito) - Teses. 3. Propriedade privada – Teses. 4. Patrimônio cultural – Teses. I. Aieta, Vânia Siciliano. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.121.2(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Hélio Rodrigues Figueiredo Junior

A proteção do patrimônio cultural brasileiro no âmbito da propriedade privada

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais. Linha de pesquisa: Direito da Cidade.

Aprovada em 31 de agosto de 2015

Banca Examinadora:

Prof^a.Dra. Vânia Siciliano Aieta (orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Dra. Arícia Fernandes Correia

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Jerson Carneiro Gonçalves Junior

Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais

Rio de Janeiro

2015

RESUMO

FIGUEIREDO JUNIOR, Hélio Rodrigues. *A proteção do patrimônio cultural brasileiro no âmbito da propriedade privada*. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O trabalho enfoca a preservação de imóveis particulares portadores de valor histórico-cultural como imposição constitucional, que decorre da função social integrante e conformadora do conteúdo do direito de propriedade privada. O patrimônio cultural imobiliário constitui categoria concreta e específica de bem submetido a um estatuto jurídico próprio, segundo uma doutrina que reconhece a multiplicidade dos estatutos dominiais em lugar da propriedade como criação abstrata e uniforme da lei. A característica de patrimônio cultural é inerente a determinados bens e independe de qualquer manifestação dos agentes públicos. O reconhecimento do valor cultural de um bem pelo Poder Público é ato de mera declaração, mediante operação direta de concretização de conceitos jurídicos indeterminados que se encontram delineados no artigo 216 da Constituição Federal. A omissão do Poder Público na preservação dos bens e dos valores culturais da comunidade não configura exercício de poder discricionário e pode ser suprida mediante atuação do Poder Judiciário. A proteção dos valores culturais se impõe como direito difuso da comunidade, salvo hipóteses de colisão com outros interesses também de estatura constitucional. Neste contexto se inserem os instrumentos jurídicos previstos na Constituição Federal para a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Palavras-chave: Patrimônio cultural brasileiro e função social da propriedade. Teoria da multiplicidade dos estatutos dominiais. Instrumentos jurídico-constitucionais para promoção e proteção.

ABSTRACT

FIGUEIREDO JUNIOR, Hélio Rodrigues. *The protection of Brazilian cultural heritage in the context of private property*. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Abstract: The work focuses on the preservation of private property holders of historical and cultural value as constitutional requirement, which stems from the integral and conformadora social function of the content of the right to private property. The immovable cultural heritage is concrete and specific category of assets subject to a special legal status, according to a doctrine that recognizes the multiplicity of dominial statutes in place of property as an abstract and uniform creation of the law. The characteristic of cultural heritage is inherent to certain goods and is independent of any manifestation of public officials. The recognition of the cultural value of an act by the government is a mere declaration by direct operation of embodiment of indeterminate legal concepts that are outlined in Article 216 of the Federal Constitution. The omission of the Government in the preservation of property and cultural values of the community does not constitute the exercise of discretion and can be remedied by action of the Judiciary. The protection of cultural values is required as diffuse right of the community, except chances of collision with other interests also constitutional stature. In this context fall within the legal instruments provided in the Federal Constitution to preserve the cultural heritage of Brazil.

Keywords: Brazilian cultural heritage and social function of property. Theory of multiplicity of dominial statutes. Legal and constitutional instruments for the promotion and protection.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	7
1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: ALGUMAS NOTAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E A DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO UM DIREITO DIFUSO	12
1.1	Os direitos fundamentais: do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático dos direitos difusos	12
1.2	O direito difuso à proteção do patrimônio cultural como direito fundamental	34
1.3	Duas etapas: a revelação do valor cultural e a sua proteção	43
2	A TOPOGRAFIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	89
2.1	As competências constitucionais	89
2.2	Conflitos de competência e princípio da subsidiariedade	101
2.3	O patrimônio cultural material e o imaterial: um sistema instrumental de proteção	111
2.3.1	<u>Inventário</u>	115
2.3.2	<u>Registro</u>	117
2.3.3	<u>Tombamento e outras formas de acautelamento e de preservação de bens culturais imobiliários</u>	119
2.3.4	<u>Vigilância</u>	128
2.3.5	<u>Desapropriação</u>	131
2.4	Responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural	132
3	ESBOÇO PARA UMA RELEITURA: O IMÓVEL CULTURAL DE PROPRIEDADE PRIVADA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	135
3.1	Algumas considerações preliminares	135

3.2	Esboço de uma evolução: da propriedade imobiliária do Estado Liberal à propriedade atual	139
3.3	Observações sobre a garantia constitucional da propriedade e a responsabilidade civil do Estado: esboço de uma releitura	155
	CONCLUSÃO	173
	REFERÊNCIAS	176

INTRODUÇÃO

A elaboração do estudo teve em vista uma situação bastante concreta: imóveis de propriedade particular e com valor histórico-cultural, ou seja, imóveis possuidores de valores simbólicos relevantes para a população, que desapareceram ou se encontram em risco pela inércia dos poderes públicos e ações ou omissões de proprietários não enquadráveis como sujeitos economicamente carentes.

Colecionadores se apropriam indevidamente de bens artísticos; incorporadores e construtores demolem imóveis referenciais antigos; engenheiros, arquitetos e decoradores “caçam” madeira e toda sorte de material de demolição para uso em “modernos” projetos de arquitetura. Apesar de reconhecer os seus valores culturais, muitas vezes, a sociedade permanece passiva na crença da incapacidade de fazer prevalecer, nesta seara, os seus direitos de cidadania.

É fato que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN e os seus congêneres estaduais vêm atuando na preservação de um patrimônio cultural no âmbito de suas respectivas atribuições.

No entanto, isto não ocorre em vários municípios, principalmente nos médios e pequenos, que mais facilmente ficam submetidos à ignorância de detentores de mandatos eletivos, à ausência de pessoal qualificado e à pressão de grupos econômicos avessos a quaisquer restrições ao direito de propriedade.

O fato é que a construção do patrimônio cultural nacional enfrenta como um de seus desafios a indicação de bens cuja significação propicie um sentimento de pertencimento, como reforço de uma identidade comunitária.

Trata-se de uma tentativa de sistematizar elementos, com o objetivo de uma melhor reflexão sobre algumas questões que rotineiramente são contrapostas ao direito das comunidades à preservação dos seus bens culturais.

A intenção do trabalho pode assim ser resumida na busca de subsídios para uma maior efetividade na proteção dos bens culturais, especificamente os imobiliários, no contexto de um Estado de Direito que, quanto mais aberto à participação popular e ao controle social, mais legítimo se torna e mais se aproxima do ideal democrático instituído pelo artigo 1º da Constituição de 1988. São reflexões acerca do sistema jurídico-constitucional e o direito difuso ao patrimônio cultural brasileiro, com enfoque no controle e na participação popular-democrática nos

processos administrativos para a defesa dos bens culturais, o direito de propriedade privada e sua função social.

Desta forma, o primeiro capítulo trata do patrimônio cultural, situando a sua proteção como direito fundamental de natureza difusa no Sistema Constitucional Democrático de 1988, que requer participação popular e motivação das decisões dos Poderes Públicos, em outros termos, transparência e controle social.

Uma vez estabelecida a premissa de que o valor cultural de um bem é dado da realidade social, que existe independentemente do seu reconhecimento pelos Poderes Públicos e de que a sua proteção enquadra-se na categoria de um direito difuso no contexto do Estado Democrático de Direito, os procedimentos para a sua proteção devem admitir participação e controle mais efetivos por parte da população.

Concebe-se que, mediante incidência direta de enunciado constitucional, em princípio, a qualificação de um bem como cultural envolva a concretização de um conceito jurídico indeterminado e sua promoção e proteção toque os tortuosos limites da discricionariedade administrativa.

Portanto, na medida em que se impõe aos Poderes Públicos a obrigação de proteger manifestações culturais que são produzidas e naturalmente percebidas no seio social, o entendimento passa a ser o de que a sua revelação deva envolver especialistas dos Órgãos Públicos de Defesa do Patrimônio Cultural e os cidadãos comuns, como forma de reduzir “zonas de incerteza” quanto à qualificação do bem e possibilitar que valores conflitantes sejam ponderados com um grau superior de legitimidade.

O segundo capítulo tem início com considerações sobre as competências constitucionais comuns e uma proposta para o enfrentamento de eventuais conflitos negativos, mediante a aplicação do princípio da subsidiariedade. Encaram-se situações de omissões recíprocas, nas quais as justificativas para a inação dos detentores de mandatos eletivos nas diversas esferas da Federação são limitadas à tentativa de exclusão de si e de indicação aos demais dos deveres de proteção e de preservação de determinados bens, simplesmente, rotulando-os ora como bens culturais federais, ora estaduais/distritais, ora municipais. Vê-se situação na qual a realidade do desinteresse pela questão acaba mascarada e o bem desprotegido, sem que qualquer agente público assuma uma responsabilidade ou, ao menos, o ônus político pelo desrespeito ao patrimônio cultural comunitário.

Como observado no decorrer do trabalho, o patrimônio cultural brasileiro constitui-se de bens de natureza material e imaterial (CF, art. 216). Trata-se da defesa de valores comunitários, com características de imaterialidade, que por vezes exigem a manutenção de suportes materiais únicos e insubstituíveis (mote principal do estudo: os bens culturais imobiliários) e outras independem da conservação de qualquer bem de natureza material específica (por ex.: costumes e tradições).

No entanto, na medida em que o objetivo é a promoção e a proteção dos valores culturais brasileiros, aspecto da cidadania de caráter essencialmente imaterial, relacionado à dignidade humana, como são os sentimentos de pertencimento comunitário/brasileiro, a memória social afetiva e os laços históricos, a divisão constitucional entre bens culturais de natureza material e bens culturais de natureza imaterial torna-se bastante relativa.

A realidade demonstra estreita inter-relação entre os valores culturais que se expressam em práticas, costumes e tradições, e a expressão material do meio ambiente cultural. A preservação de bens culturais geralmente citados como de natureza imaterial exige, muitas vezes, a conservação de bens materiais únicos e insubstituíveis - basta a observação da possibilidade de extinção de manifestações culturais tradicionais em razão do desaparecimento dos locais de suas práticas, conforme referido no decorrer do trabalho.

O fato é que os bens culturais materiais carregam uma carga de imaterialidade que não pode ser desconsiderada. O patrimônio cultural, constituído de bens de natureza material e bens de natureza imaterial, portadores de referência aos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, deve ser olhado de uma forma sistêmica. Por estas razões, foram efetuadas observações no texto a respeito da promoção e da proteção de bens culturais normalmente classificados como de natureza imaterial, que à primeira vista não diriam respeito ao foco principal do estudo.

A verdade é que ao direito difuso da proteção aos bens imóveis de propriedade particular portadores de valor cultural opõem-se geralmente interesses egoístas dos respectivos proprietários, que nisso enxergam interferências com implicações constitucionais sobre o âmbito das suas liberdades (condicionamentos decorrentes da obrigação de conservar/recuperar), prejuízos econômicos (obrigação de conservar, impossibilidade de descaracterização ou de demolição para utilização

de terreno em atividades mais lucrativas) e quebra ao princípio da isonomia (restrições e obrigações não impostas aos demais proprietários imobiliários).

Subjacente a tudo, está a questão da propriedade privada e da sua função social. É assim que o terceiro capítulo enfoca a complexidade decorrente da garantia constitucional da propriedade privada sobre os bens imobiliários com valor cultural, cuja proteção constitui um aspecto da sua função social, passível de concretização mediante aplicação direta do próprio texto constitucional, que dispõe que “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” (art. 216, caput) e que impõe que o “poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro” (art. 216, § 1º).

No que se refere ao direito de propriedade, observa-se que a complexidade do mundo contemporâneo trouxe a necessidade do desenvolvimento de uma doutrina da multiplicidade dos estatutos dominiais, mediante a qual o conteúdo dos direitos da propriedade privada passou a ser definido segundo as situações concretas dos diversos bens, em lugar da propriedade como uma criação abstrata e uniforme da lei.

Sob a pressuposição de que parcela substancial dos imóveis históricos brasileiros de relevância para grupos formadores da sociedade brasileira tem desaparecido em razão da ignorância e da omissão de agentes públicos e da especulação imobiliária, que acompanha o avanço capitalista, e não de uma absoluta insuficiência econômica dos seus respectivos proprietários, o objetivo principal deste terceiro capítulo é oferecer um contraponto ao argumento da falta de recursos públicos para a proteção do patrimônio cultural, que estaria fundado em uma concepção do direito de propriedade privada absoluta própria à ideologia do Estado Liberal e que é também sistematicamente apresentada como uma desculpa para a inação dos Poderes Públicos na proteção de determinados imóveis. Efetua-se uma argumentação com a finalidade de excluir, em princípio, o direito de indenização dos proprietários de imóveis reconhecidos pelos agentes sociais como bens culturais, no contexto da ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988.

Entende-se que a inexistência do direito à indenização, como regra, e a imposição das obrigações da manutenção e da recuperação dos bens culturais

imobiliários ao proprietário privado, independentemente de recursos públicos e como simples decorrência da condição de proprietário, não afeta a garantia constitucional da propriedade e atende de forma mais efetiva ao dispositivo constitucional que impõe a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Em hipóteses excepcionais, vislumbra-se a possibilidade de compensações ao proprietário dos imóveis culturais, como observância aos princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Enfim, o objetivo do trabalho foi a procura de elementos que, sob o ordenamento da Constituição de 1988, sejam capazes de possibilitar uma proteção mais efetiva ao patrimônio cultural brasileiro e respostas possíveis/plausíveis que possam ser oferecidas, em contraposição aos argumentos dos proprietários dos bens culturais imóveis e aos Poderes Públicos, que se opõem às medidas preservacionistas, além da mera alegação de que o interesse público deva sempre se sobrepor ao interesse do particular.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: ALGUMAS NOTAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E A DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO UM DIREITO DIFUSO

1.1 Os Direitos fundamentais: do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático dos direitos difusos

De forma genérica, é possível afirmar que a ideia de direito natural como expressão de Justiça finca suas raízes no pensamento grego e, desde então, acompanha a história ocidental com referência a princípios imutáveis e universais, extraídos de uma “natureza das coisas”, relacionados ou não a uma vontade divina, mas sempre antecedentes à vontade dos homens e condicionantes da própria legitimidade do direito positivado.

Com o desenvolvimento do Estado Liberal, os direitos naturais são negados e o direito positivo passa a ser visto como a única expressão da Justiça. O positivismo jurídico identifica o direito às leis, aos mandamentos e às regras ditadas pelo Estado. Esta a situação que o constitucionalismo atual põe em cheque, reaproximando o direito positivado ao ideal superior de Justiça.

Conforme Michel Villey em sua crítica aos direitos humanos¹, Thomas Hobbes fundamentava ideologicamente o absolutismo, no qual o Estado figurava como a fonte exclusiva de todo o direito, como necessário para a supressão de uma condição originária de liberdade visando garantir a paz social. Admitiam-se,

¹ Conforme se espera fique evidenciado no seu decorrer, o trabalho desenvolveu-se sob a pressuposição da existência de um direito humano/fundamental à proteção de um patrimônio cultural relacionando-o à noção de dignidade humana. No entanto, não há como deixar de refletir sobre incômodas considerações de Michel Villey: “Ó medicamento admirável! – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para instauração do absolutismo; por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do Liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos. Mas, no Ocidente, nosso último recurso contra o Estado Absoluto. E, se fossem levados a sério, trazer-nos-iam de volta a anarquia...”

Ferramenta de mil usos. Usaram-na em proveito das classes operárias ou da burguesia – dos malfeitores contra os juízes – das vítimas contra os malfeitores. Mas atenção! Cumpre escolher: ou bem de uns, ou bem dos outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens. A que se deverá o enorme sucesso desse lugar-comum dos direitos humanos na retórica contemporânea? Ao fato de que ele consegue esconder o reverso: militando por esses direitos contra o xá do Irã, teremos ajudado a instauração do regime de Komeini.” VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad.: GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 162.

naturalmente, as ameaças do Estado absoluto às propriedades da nobreza e da burguesia ascendente ².

Na segunda metade do século XVII, autores como John Locke, forneceram o suporte teórico-filosófico da modernidade, com a concepção da origem da propriedade em um “estado de natureza”: “direito (*right*) que cabe inicialmente ao indivíduo sobre a ‘sua pessoa’, em consequência sobre seu trabalho, sobre suas atividades (...), prolongamento de sua pessoa” ³. A partir daí, o direito de propriedade passou a ser visto como uma emanção da liberdade humana, ideologicamente alçado à condição do “direito natural absoluto” da era moderna, oponível ao próprio Estado e transmissível aos herdeiros.

O ideal do Estado Liberal que prevaleceu, gestado sob o influxo do racionalismo iluminista, fundou-se nas concepções de igualdade formal e de liberdade individual, com o Estado abstendo-se de intervir na esfera das autonomias individuais: defesa perante o Estado absolutista que buscava superar. É desta quadra a origem contemporânea mais próxima do reconhecimento jurídico dos direitos humanos, das liberdades relacionadas ao desenvolvimento da personalidade humana, que passaram a constituir o núcleo inviolável de direitos inerentes a todas as pessoas, como emanção de suas dignidades ⁴.

A partir da segunda metade do século XVIII, a expressão “direitos do homem” adquiriu popularidade em substituição à expressão “direitos naturais”⁵, reflexo do racionalismo iluminista: não mais a transcendentalidade dos direitos naturais eternos e imutáveis, mas a metafísica de direitos inerentes à condição humana, fruto de uma razão extraída da dinâmica social.

Segundo se indica, o termo “direitos fundamentais” teve a sua origem na França de 1770 e difundiu-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ⁶.

Nota-se tendência a uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos humanos teriam conotação mais ampla e imprecisa que direitos fundamentais. Estes seriam apenas os direitos humanos positivados ⁷.

² VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad.: GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 150-151.

³ Ibid. p. 155.

⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 172-173.

⁵ Ibid. p.28.

⁶ Ibid. p. 25.

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.⁸

A realidade é que se não há coincidência, há estreita simbiose entre os conceitos, de maneira que direitos humanos são em geral apresentados no contexto constitucional como direitos fundamentais. Os direitos fundamentais seriam direitos positivados para a garantia da pessoa⁹, titular de valores básicos que informam toda a ordem jurídica¹⁰.

Sob a premissa de que os direitos humanos são inerentes à dignidade e, portanto, universais, anteriores e conformadores dos ordenamentos jurídicos, oponíveis ao próprio Estado, é que o movimento constitucionalista retorna, em certa medida, aos ideais de justiça do direito natural.

Vicente de Paulo Barretto indica a conveniência da atribuição de sentidos equivalentes às expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. O entendimento de que só os direitos humanos positivados seriam direitos fundamentais significaria a possibilidade de o Estado vir a negar algum direito humano eventualmente não positivado¹¹.

O fato é que o conteúdo dos direitos humanos expande-se com o gradual reconhecimento de novos direitos. Ao mesmo tempo, multiplicam-se as “formas de opressão, tanto pelo Estado como pela economia”¹².

Como se espera evidenciar no decorrer do texto, o direito à promoção e à proteção ao patrimônio cultural brasileiro diz respeito à dignidade humana, como um direito positivado na Constituição de 1988, ou seja, um direito fundamental. É com este objetivo que, de forma sucinta, se esboça uma evolução dos direitos

⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 16.

⁸ *Ibid.* p. 42.

⁹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 35.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 101.

¹¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206-207.

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

humanos/fundamentais a partir do Estado Liberal, na medida em que a dignidade humana encontra-se em constante construção e desenvolvimento, como categoria axiológica aberta, no contexto pluralístico e de diversidade de valores das sociedades democráticas¹³.

No Estado Liberal, a segurança jurídica expressava-se mediante o formalismo de textos legais gerais e abstratos. Pressupunha-se que a lei concebida como expressão de uma vontade geral era o instrumento adequado para determinar o conteúdo e os limites dos direitos humanos ou fundamentais. Daí, o princípio básico da reserva da lei, isto é, da garantia de que a regulamentação do estatuto das liberdades seria matéria reservada apenas ao legislador¹⁴.

O fato é que o conteúdo dos direitos humanos do Estado Liberal cristalizou-se em favor dos interesses da burguesia, que encontrava justificação teórica na concepção de igualdade abstrata entre os homens. A ideologia individualista prevaleceu na maior parte dos textos constitucionais surgidos no decorrer do século XIX, com uma concepção do direito de propriedade privada inviolável e sagrado¹⁵.

Tratou-se da consagração de um ideal que possuía como característica a supremacia do individual sobre o social¹⁶, onde a “mais alta exteriorização da personalidade do indivíduo era o gozo pacífico, seguro e absoluto da propriedade”¹⁷.

Era a ideia de liberdade que fundamentava a propriedade como um direito pretensamente absoluto e o contrato como um espaço de total autonomia dos indivíduos, “pilares institucionais da sociedade liberal burguesa”, juntamente com a família¹⁸.

A consolidação dos ideais da autonomia individual do Estado Liberal, com igualdade formal entre os seres humanos e a sua relação com as teorias do contrato social e da soberania popular, também forçou uma ampliação dos direitos políticos a contingentes cada vez maiores da população, até o estágio do sufrágio universal.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51-52.

¹⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11 ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 66.

¹⁵ *Ibid.* p. 33-34.

¹⁶ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 42.

¹⁷ *Ibid.* p. 43.

¹⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59.

Apesar da possibilidade de se vislumbrar a participação política como emanção da liberdade, a universalização do direito ao voto seguiu lenta evolução, na medida em que não se atribuía inicialmente à liberdade política o mesmo valor que se atribuía à liberdade individual. A liberdade política era tratada como simples instrumento para a garantia do fim maior da liberdade-autonomia individual¹⁹.

É somente com o amadurecimento do Estado de Direito que a generalidade dos homens passou a ostentar a qualidade de membros de uma comunidade política pluralista, com o direito (e também o dever) de participar da formação da vontade do Estado²⁰.

Na modernidade, todos estão submetidos ao Direito: o poder é limitado, os mandatários submetidos à separação dos poderes, às leis legitimamente promulgadas e os direitos fundamentais garantidos²¹.

Após observar, de forma esquemática, que os direitos civis do século XVIII representaram a afirmação dos indivíduos perante as monarquias absolutas e que os direitos políticos tiveram como referência o surgimento do Estado de Direito em substituição ao absolutismo monárquico no século XIX, Vicente de Paulo Barretto considera que os direitos sociais significaram “uma mudança qualitativa na ordem jurídica”, com a produção de legislação voltada ao atendimento dos interesses dos não proprietários, como um dos resultados da paulatina universalização dos direitos políticos²².

A realidade é que a história ocidental demonstrava que a pressuposição ideológica dos homens formalmente livres e iguais perante a lei acirrava desigualdades e colocava crescente contingente populacional em situação de miséria extrema e incapacitante para o gozo dos benefícios das liberdades burguesas. Foi no contexto conflituoso do início do século XX que algumas constituições, como a Mexicana de 1917, a da República de Weimar de 1919 e a

¹⁹ “A partir dessa concepção, estava aberto o caminho para toda sorte de restrições à participação política: na medida em que o instrumento não se mostra adequado à sua função única de assegurar a liberdade individual contra o poder público, é razoável que sofra ele manipulações, destinadas a reconduzi-lo à sua missão servil”.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 37-38.

²⁰ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 179.

²¹ GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro. *O cidadão Legislador: iniciativa popular de emenda constitucional no Estado democrático de Direito*. São Paulo, 2012, p. 39.

²² BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 148.

Brasileira de 1934 buscaram “superar os polos opostos do individualismo e do coletivismo”²³. Tem-se aqui a busca da universalização do acesso aos direitos fundamentais das liberdades²⁴. Isto, se por um ângulo pode ser considerado conquista do proletariado, por outro, pode ser visto como concessão “inteligente” e necessária de uma burguesia dependente da mão-de-obra para a manutenção da ordem social garantidora dos seus privilégios.

A atuação estatal se impôs como medida impeditiva da degradação da dignidade humana, tarefa que o liberalismo foi incapaz de executar²⁵.

O Estado Social pressupõe a busca das liberdades materiais, com atuação estatal positiva para atender as necessidades básicas e desenvolver a personalidade de indivíduos concretos. O advento dos direitos sociais pode ser encarado como uma ruptura com a cômoda ideologia individualista e abstencionista do Estado Liberal e de “sua incapacidade para evitar ou corrigir as tensões sociais, fruto das desigualdades econômicas”²⁶. Com o Estado Social de Direito, os direitos fundamentais, constitucionalizados, deixaram de ser meros limites aos poderes do Estado ou “garantias negativas dos interesses individuais” e passaram a incluir valores determinantes de atuações positivas aos poderes públicos²⁷.

No contexto do Estado Democrático de Direito põe-se a observância da dignidade da pessoa humana, simultaneamente, com uma dimensão negativa, que limita a atuação estatal, e com uma dimensão prestacional, que exige que o Estado atue tanto para preservar a dignidade já existente, quanto para promovê-la, criando condições para possibilitar o seu exercício e a sua fruição por todos²⁸.

O fato é que a contraposição entre liberdades individuais e direitos sociais encerra formas distintas de tutela aos direitos da pessoa, em dois modelos díspares de organização política: os pressupostos ideológicos e estruturais de um Estado Liberal abstencionista limitado à preservação das esferas de liberdade de pessoas

²³ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 35.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

²⁵ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 40.

²⁶ LUÑO, op.cit., nota 23, p. 182.

²⁷ Ibid. p. 17.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58.

abstratas, formalmente iguais, contrastam com a categoria jurídica dos direitos sociais dotados de eficácia²⁹.

O Estado Providência convive com a manutenção dos valores liberais, como se verifica em matéria de propriedade e de contrato³⁰.

Neste sentido, Chantal Millon-Delsol resume o papel desempenhado pelo Estado como um dos principais dilemas políticos dos dois últimos séculos: o exercício das liberdades tende a recusar a intervenção estatal e a realização de alguma igualdade tende a exigir a intervenção estatal³¹.

Na complexidade contemporânea, Rosângela Marina Luft diagnostica políticas com aspectos liberais, neoliberais e sociais concomitantemente adotadas para o enfrentamento das diversas temáticas públicas³².

É assim que o Estado Social e Democrático de Direito pode também ser apresentado como uma espécie de conciliação: direitos sociais são direitos de liberdade, na medida em que são instrumentos para o desenvolvimento e a extensão das liberdades básicas a todos os cidadãos³³.

Porque la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos (a este tipo de sociedade cuya ley, a tenor de la consabida imagen sarcástica de Anatole France, prohíbe a los ricos como a los pobres mendigar, robar pan o dormir bajo los puentes); mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder (situación que evoca la divisa del igualitarismo cínico de la *Animal Farm* de George Orwell, a tenor de la cual "todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros")³⁴.

Portanto, o Estado Democrático de Direito engloba o núcleo dos direitos do Estado Liberal, acrescido dos aspectos sociais do Estado Social de Direito. A legislação passa a ser um instrumento de ação concreta para assegurar condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade³⁵.

²⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 211-212.

³⁰ HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 2 ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 4.

³¹ MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 58.

³² LUFT, Rosângela Marina. *Políticas públicas urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49.

³³ LUÑO, op. cit., nota 29, p. 213.

³⁴ Ibid. p. 213-214.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 47.

O Estado Democrático de Direito procura dar conteúdo e tornar mais eficazes os valores traçados pelo Estado Liberal-Democrático: liberdade, propriedade individual, igualdade, segurança jurídica e representação política³⁶.

A pessoa humana deixa de ser vista como um indivíduo possuidor de liberdade absoluta que, no contexto liberal-burguês, somente encontrava a sua limitação na propriedade do outro, para ser o cerne de um sistema de solidariedade, cuja finalidade política e jurídica passa a se sustentar na compreensão do outro, como pessoa dotada de igual valor e dignidade³⁷. A partir deste momento, em que o sistema constitucional elegeu a dignidade da pessoa humana como valor máximo³⁸, é que Ricardo Arone indica uma “repersonalização”, com “publicização” do direito privado no sentido de uma “despatrimonialização” dos direitos reais³⁹.

Segundo Luiz Edson Fachin, na atual Constituição Brasileira a postura patrimonialista foi substituída por uma concepção que se centra no desenvolvimento e na emancipação humanas, considerando a dignidade de pessoas concretas, com as suas relações interpessoais⁴⁰.

Há uma transposição dos pilares do Direito Positivo do Estado Liberal, calcado no instrumento contratual estabelecido entre partes formalmente iguais e em uma concepção abstrata de propriedade absoluta, para o homem concreto e as suas necessidades no contexto social⁴¹. É com referência à teoria moral de Kant que Vicente de Paulo Barretto observa o desdobramento do princípio da dignidade nas máximas de “não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana”⁴².

Para além de uma dimensão natural da dignidade da pessoa, relacionada às necessidades biológicas do ser, reconhece-se uma dimensão histórico-cultural, cujo

³⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206.

³⁷ *Ibid.* p. 266.

³⁸ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 51.

³⁹ *Ibid.* p. 38.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

⁴¹ ARONE, op. cit., nota 38, p. 44.

⁴² BARRETTO, op. cit., nota 36, p. 70.

conteúdo se revela no contexto das situações concretas da “conduta estatal e do comportamento de cada pessoa”⁴³.

A noção de direitos fundamentais deixa paulatinamente de se confundir com a das liberdades relacionadas aos direitos individuais tradicionais (garantidoras das esferas de autonomia subjetiva) e passa a ter também um sentido mais amplo, que compreende os novos direitos econômicos, sociais e culturais⁴⁴.

Em contrário às formulações constitucionais do Estado Liberal, que estabeleciam nítida separação entre Estado e Sociedade Civil, para apenas garantir a liberdade individual e fixar o estatuto jurídico da organização política de um estado alheio aos aspectos econômico-sociais e às relações jurídicas entre os cidadãos, o Estado Social e Democrático de Direito configura um sistema aberto aos dados da estrutura econômico-social, que supõe a abolição fática da referida separação, na medida em que passa a assumir a prerrogativa de transformar a estrutura econômico-social com base nos valores constitucionais, em especial, no valor da igualdade⁴⁵.

No dizer de Lenio Streck, o constitucionalismo contemporâneo trouxe para dentro do direito os conflitos sociais, que não eram objeto das preocupações do positivismo jurídico⁴⁶.

Esquemáticamente, o Estado Liberal representou a ascensão da burguesia em uma fase inicial de acumulação capitalista, que propugnava a implantação de um estado formalmente abstencionista e o estabelecimento de uma separação nítida entre o político e o econômico; o Estado Social de Direito, que se relaciona a um capitalismo mais maduro, passou a admitir uma atuação mais ampla do Estado na esfera econômica; o Estado Democrático de Direito representa uma evolução na qual a Constituição e a lei passam a ter por função instrumentalizar a ação do Estado, no sentido de se atingir os objetivos constitucionais⁴⁷.

No sistema dos direitos fundamentais, os direitos sociais apresentam-se objetivamente como conjunto normativo mediante o qual o Estado deve procurar

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 57-58.

⁴⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 47.

⁴⁵ *Ibid.* p. 148-149.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 347.

⁴⁷ *Ibid.* p. 53-54.

equilibrar as desigualdades sociais e, em sentido subjetivo, como medida para assegurar a faculdade de “participação na vida política, econômica, cultural e social das pessoas individuais, assim como dos grupos”, traduzindo-se em “determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos”⁴⁸.

O estudo do direito gradativamente também abandona uma aura de pureza ou neutralidade, na qual se concebia uma esfera jurídica completamente afastada dos demais fenômenos sociais⁴⁹. O pensamento jurídico contemporâneo abre-se aos valores da sociedade de forma conscientemente valorativa e problemática. Elementos antes considerados não jurídicos passam a ser explicitamente contextualizados na busca da solução adequada para o caso concreto⁵⁰. O direito se concretiza, com a norma cada vez mais vista como “texto da lei interpretado e aplicado à luz dos fatos concretos”⁵¹.

A consolidação das garantias básicas de liberdade como expressão da dignidade humana no Estado Liberal, com uma concepção de legalidade na qual os aplicadores do direito estavam estritamente jungidos à “vontade do legislador histórico” e que consubstanciaram um significativo avanço com relação aos contextos anteriores, foi também sucedida nos séculos subsequentes por paulatino acréscimo de novos direitos fundamentais até o Estado Social e Democrático de Direito, inserido no contexto pluralístico contemporâneo da sociedade de massas e das suas instabilidades, na qual o aplicador do direito passa também a se questionar sobre uma “vontade da lei”, desprendida da “vontade do legislador histórico”⁵².

⁴⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 181-182.

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

⁵⁰ *Ibid.* p. 12.

⁵¹ *Ibid.* p. 17.

⁵² “Antes, é precisamente aqui que começa a problemática central da teoria jurídica da interpretação: O conteúdo objectivo da lei e, consequentemente, o último ‘escopo da interpretação’, são determinados e fixados através da ‘vontade’ do legislador histórico, manifestada então e uma vez por todas, de modo que a dogmática jurídica deva seguir as pisadas do historiador – não, claro está, em razão da história, mas em razão da própria matéria em causa -, ou não será, pelo contrário, que o conteúdo objectivo da lei tem autonomia em si mesmo e nas suas ‘palavras’, enquanto ‘vontade da lei’, enquanto sentido objectivo que é independente do mentar e do querer ‘subjectivos’ do legislador histórico e que, por isso, em caso de necessidade, é capaz de movimento autónomo, é susceptível de evolução como tudo aquilo que participa do espírito ‘objectivo’? Em volta desta problemática se trava a luta das teorias da interpretação jurídica – designadamente abreviadas por teoria subjectivista e teoria objectivista – até os dias de hoje.”

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 170.

É assim que se pode afirmar, de forma esquemática, que a consolidação da teoria objetivista de interpretação, na qual o ato legislativo desprende-se da vontade de seu autor e adquire existência objetiva essencial para sua adaptação frente à impossibilidade do legislador prever toda a dinâmica e evolução sociais, veio em paralelo ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, enquanto que a teoria subjetivista de interpretação permanece presa à intenção ou à vontade do legislador original inerentes a uma concepção original do Estado Liberal: trata-se de um embate ainda atual, que Karl Engisch indica como “central da teoria jurídica da interpretação”⁵³.

Segundo ainda Karl Engisch, esboça-se um equilíbrio entre as teorias objetivistas e as teorias subjetivistas de interpretação para evitar que a vontade do legislador histórico seja frontalmente contrariada mediante sua substituição pela vontade do aplicador da lei⁵⁴.

A abertura do jurídico aos valores de uma sociedade pluralista, em frenética evolução, relacionada ao fenômeno do direito concebido como interpretação e aplicação à luz de fatos concretos, evidenciam a impossibilidade de uma produção legislativa capaz de tudo prever. Muito mais do que em épocas anteriores, pois bem consciente da impossibilidade de açambarcar expressamente toda a complexidade das vidas concretas em algum enunciado normativo, o legislador remete-se a princípios, a conceitos jurídicos vagos ou indeterminados e a cláusulas gerais, abrindo a possibilidade para que determinadas decisões fundamentais fiquem a cargo do intérprete-aplicador e passando a considerar como jurídico todo um conjunto de elementos do universo social.

A concepção de um controle de constitucionalidade neutro, que sob o prisma do positivismo jurídico se apresentava como democrático simplesmente em razão de fazer prevalecer as vontades da maioria, transforma-se, para se submeter à ordem superior dos valores da dignidade humana. Isto, principalmente, como decorrência

⁵³ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 171.

⁵⁴ “Como no-lo mostra uma vista de olhos sobre as outras ciências do espírito, a palavra e o conceito ‘interpretação’ tem elasticidade bastante para darem cobertura assim a uma interpretação histórico-subjetivista como a uma interpretação objectivista. Se da palavra, do conceito e da essência da interpretação nada resulta, pois, de decisivo para a nossa questão, então nada de unívoco se poderá afirmar *a priori* sobre a pendência entre as duas referidas doutrinas. Pelo que bem podem ter razão aqueles que dizem que a questão do correcto método interpretativo, quer dizer, do escopo último da interpretação, não pode ser decidida de uma vez por todas no sentido desta ou daquela doutrina, mas antes, está esse método na dependência das particulares tarefas que lhe cumpra levar a cabo.”
Ibid. p. 177.

das trágicas violações aos direitos humanos, verificadas sem ruptura das ordens constitucionais formais durante o século XX ⁵⁵.

O regime democrático, como expressão da vontade majoritária, revelada por intermédio de representantes eleitos ou de forma direta, passa a ter a sua legitimidade também condicionada à observância dos princípios jurídicos fundados nos valores inalienáveis da dignidade humana.

Vicente de Paulo Barretto considera que, ao contrário do que ocorria na ordem jurídica liberal das autonomias individuais, na ordem jurídica democrática a autonomia projeta-se no espaço público: todos são autores e destinatários de direitos, normas e instituições⁵⁶. O reconhecimento da superioridade hierárquica da dignidade humana exige condições materiais mínimas, que assegurem um livre desenvolvimento individual, com possibilidade de participação nas deliberações coletivas⁵⁷.

Com citação de Alain Touraine, Garcia de Enterría apresenta uma definição da democracia não como o triunfo das maiorias sobre as minorias, mas como o conjunto de garantias institucionais que possibilitam a convivência de uma razão instrumental com a diversidade das minorias, ou seja, uma política de reconhecimento do outro capaz de proporcionar uma dinâmica de alternância no poder, onde as minorias podem no futuro sempre se integrar às maiorias ou mesmo se tornar a maioria detentora do poder. Desta forma, a oposição, as críticas e também as impugnações aos atos de governo se integram na essência da democracia⁵⁸.

Garcia de Enterría expõe a democracia atual como bem mais do que um procedimento formal para a escolha de governantes⁵⁹. O cidadão de uma democracia não perde a sua liberdade no momento em que vota. A teoria

⁵⁵ CORREIA, Arícia Fernandes. *Por uma releitura dos princípios da legalidade administrativa e da reserva de administração*. Rio de Janeiro. 2008. 347 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 60-61.

⁵⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 101.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 32.

⁵⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6. ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.- Civitas, 2009, p. 69.

⁵⁹ Ibid. p. 67.

democrática não admite que decisões dos gestores públicos possam ser indiscutíveis⁶⁰.

Segundo Amartya Sen, eleições com oportunidades de se falar e de se escutar, sem medo de repressão, são apenas uma das formas de atuação democrática⁶¹.

As decisões governamentais não expressam verdades absolutas pelo simples fato de os governantes terem sido eleitos. Tampouco possuem mais valor do que as convicções formadas no seio da sociedade por cidadãos no contexto de liberdade, valor central da democracia⁶². As impugnações dos cidadãos às decisões governamentais devem ser acatadas com naturalidade, pois são indispensáveis à democracia.

A função estratégica do Poder Judiciário também ressalta com as constituições democráticas do pós-guerra, estabelecendo-se todo um debate acerca do constitucionalismo e da jurisdição constitucional entre correntes ditas procedimentalistas e substancialistas⁶³.

Tem-se aqui por suficiente a consideração de que, mesmo autores que defendem uma constituição procedimental, limitada ao estabelecimento das regras de representação e da deliberação democrática e legando tudo o mais ao legislador ordinário eleito, não deixam de reconhecer a indispensabilidade da garantia dos direitos fundamentais, no mínimo, para o desenvolvimento do livre debate público, que é indispensável à democracia⁶⁴.

O exercício democrático exige a ausência de discriminações; não somente uma igualdade formal, mas um mínimo de igualdade material entre as pessoas: "(...) todos são igualmente cidadãos, e não há cidadãos mais titulares de direitos e

⁶⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6. ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.- Civitas, 2009, p. 75.

⁶¹ SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. Barcelona: El Viejo Topo, 2006, p. 12.

⁶² ENTERRÍA, op.cit., nota 60, p. 69.

⁶³ "É nesse momento que aparecem os dois grandes eixos analíticos: o procedimentalismo e o substancialismo, problemática que atravessa o debate contemporâneo acerca do constitucionalismo e da jurisdição constitucional. Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial da justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores com Habermas, Garapon e Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, em alguma medida por Dworkin e, no Brasil, por juristas como Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Ingo Sarlet, José Adércio Sampaio, Fábio Comparato, entre outros". STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 55.

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 25.

deveres do que outros, não há cidadãos irresponsáveis ou imputáveis, não há privilégios, não há juízos nem foros privilegiados”⁶⁵.

Neste sentido, Martha Nussbaum indica como um dos pontos fortes do modelo de justiça baseado na doutrina do contrato social, apropriada por John Rawls, a concepção dos princípios políticos como decorrência de ajustes entre pessoas adultas, racionais, independentes e merecedoras de iguais considerações e respeito, sendo irrelevantes para os propósitos políticos as vantagens indicadas como artificiais: “classe, riqueza, status e hierarquias de poder existentes”⁶⁶. Relaciona-se como essencial para uma vida com dignidade a capacidade de participar efetivamente da vida e das escolhas políticas, com liberdade de expressão e de associação⁶⁷. É assim que se põe como limitação fática à Teoria da Justiça de John Rawls a impossibilidade de participação igualitária das pessoas que, temporária ou permanentemente, apresentam deficiências físicas ou mentais⁶⁸: considera-se aqui o enorme contingente de pessoas que, em situação de exclusão social, permanece sem condições básicas para o desenvolvimento adequado das suas capacidades.

Ocorre que, conforme referido por Lenio Streck, a mera eleição de agentes políticos que não se pautam pelos princípios democráticos em um contexto de escassez de instituições democráticas, dá surgimento a uma peculiaridade, na qual a delegação prevalece sobre a representação: durante os respectivos mandatos, os eleitos deixam de atuar como representantes, para adotar posturas fortemente individualistas⁶⁹.

No mesmo sentido, Jerson Gonçalves Carneiro Junior ressalta a dissociação entre as expectativas dos representados e as atuações dos representantes⁷⁰.

⁶⁵ AIETA, Vania Siciliano; GONÇALVES Júnior, Jerson Carneiro; KISA, Alexandre. *Direito Urbanístico e Ambiental Constitucional. A valorização das Cidades e dos cidadãos e do dever constitucional de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 191.

⁶⁶ NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie*. Trad.: CASTRO, Susana de. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 83.

⁶⁷ Ibid. p. 93.

⁶⁸ Ibid. p. 18.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 23.

⁷⁰ “O método usado pelo povo para escolher seus representantes é, em regra, irracional, que é simbolizado pela empatia, magnetismo e por injunção afetivas. Assim com qualquer relação humana, as afinidades iniciais são muitas (aqui, entre parlamentares representantes do povo no Poder Legislativo e Executivo federal, distrital e estaduais e municipais e a vontade popular). No entanto, as são antes da eleição, porque depois das eleições essas afinidades no exercício do poder

Considera que, na medida em que a teoria da representação política não é capaz de vincular a atuação dos representantes à vontade dos representados, a democracia participativa torna-se um anseio social cada vez mais premente⁷¹.

Conforme observação de Jonathan Fox, em artigo sobre as dificuldades da transição de sociedades dominadas por situações clientelistas para sociedades que garantam a cidadania plena, a democracia requer mais do que competições eleitorais periódicas - tomando o exemplo mexicano, extrai-se o alerta do autor de que muitos dos regimes autoritários que passaram a adotar procedimentos eleitorais periódicos não caminharam necessariamente para regimes mais democráticos, pois grande parte de suas populações é mantida à margem dos direitos básicos da cidadania⁷².

Em uma sociedade tão marcada pela desigualdade e pela opressão, na qual detentores do Poder sistematicamente desqualificam as manifestações contrárias aos seus atos reforçando um preconceito de incapacidade da população para entendê-los, o que também serve de pretexto para que informações não sejam convenientemente prestadas e cidadãos permaneçam sem condições de manifestação adequada, a teoria da ação comunicativa de Habermas torna-se particularmente sedutora, conforme observa Bárbara Freitag: a atração e o fascínio por Habermas no Brasil devem-se ao caráter radicalmente democrático da sua teoria, que pressupõe que todos tenham o direito de participar constantemente do diálogo político, com ampla liberdade argumentativa, sem violências, sem autoritarismos e sem demagogia, para a construção dos destinos da sociedade⁷³.

No contexto, conforme Bárbara Freitag, Habermas propugna na sua Teoria da Ação Comunicativa e na sua Teoria Discursiva do Direito uma democracia radical, praticada em “todos os níveis e nichos do mundo da vida e do sistema (político e

desaparecem como regra, e as diferenças aparecem. A vontade popular de mais participação na tomada de decisões na vida política, controle, transparência e prestação de contas do que fora prometido vem à tona ante a realidade nua e crua da vida dos cidadãos”.

GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro. *O cidadão Legislador: iniciativa popular de emenda constitucional no Estado democrático de Direito*. 2012. 385 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 68.

⁷¹ AIETA, Vania Siciliano; GONÇALVES Júnior, Jerson Carneiro; KISA, Alexandre. *Direito Urbanístico e Ambiental Constitucional. A valorização das Cidades e dos cidadãos e do dever constitucional de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 188.

⁷² FOX, Jonathan. The difficult transition from clientelismo to citizenship. Lessons from Mexico. *World Politics*. vol. 46, n. 2, Cambridge University Press, jan. 1994, p. 182.

⁷³ FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 147.

econômico)”: o poder do diálogo e da razão comunicativa, como práticas sociais disseminadas, tende a possibilitar que o melhor argumento prevaleça, proporcionando um entendimento mútuo⁷⁴. O ideal democrático relaciona-se à tolerância a distintos pontos de vista, com aceitação tanto dos acordos como dos desacordos e incentivo do debate público⁷⁵.

Uma razão comunicativa pressupõe um grupo em situação dialógica ideal, para propiciar que a verdade dos fatos situados no mundo objetivo, que a correção e a justiça das normas do mundo social e que a veracidade do interlocutor situado em um mundo subjetivo sejam postas a prova mediante processos argumentativos, com “justificação de cada ato da fala por parte dos interlocutores participantes da interação”⁷⁶.

O ideal da ação comunicativa é o esclarecimento dos distintos pontos de vista, na busca de consensos sobre a verdade do momento histórico vivido, mediante a ação cooperativa de todos⁷⁷.

Assim, percebem-se os comentários de Bárbara Freitag no sentido de que uma situação ideal pressupõe indivíduos com capacidades comunicativas desenvolvidas para atuarem de forma autônoma e respeitando-se reciprocamente⁷⁸. No entanto, segundo a autora, além de ressaltar a sua positividade, uma teoria da ação comunicativa deve considerar também os problemas que mantêm uma parte substancial da população destituída de capacidade para a participação no processo de formação da vontade política⁷⁹.

Bárbara Freitag observa que a ética discursiva pressupõe a generalização de uma competência comunicativa em ambientes sem coerções e violência, ideal que contrasta com a realidade de sociedades assoladas por fome, tortura, desemprego e desequilíbrio ecológico⁸⁰. Segundo a autora, para o enfrentamento destes problemas, Habermas admite ações estratégicas com o objetivo de “estabelecer as

⁷⁴ FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 237.

⁷⁵ SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. Barcelona: El Viejo Topo, 2006, p. 27-28.

⁷⁶ FREITAG, op. cit., nota 74, p. 101.

⁷⁷ Ibid. p. 39.

⁷⁸ Ibid. p. 64.

⁷⁹ Ibid. p. 65.

⁸⁰ Ibid. p. 103.

condições materiais e políticas para que a ação comunicativa e, no contexto dela, o discurso prático possa entrar em ação”⁸¹.

Em resposta dada à Bárbara Freitag durante uma entrevista, Habermas ofereceu argumento que indica uma estratégia para o enfrentamento de situações em que não seja possível o desenvolvimento de diálogo com todos os envolvidos: o filósofo propugna que a ação comunicativa seja substituída por reflexões, na qual o ator com a incumbência de decidir procure se colocar na posição e nas condições de vida e de interesses dos outros ausentes, mediante exercício que considere também, na procura do melhor, os argumentos que os ausentes provavelmente utilizariam e, desta forma, alcance uma espécie de consenso (ainda que virtual), capaz de resguardar a lógica comunicativa⁸².

Ainda que com a certeza de que a ação comunicativa tenha muitas limitações, parece inegável que a sua adoção como um padrão para o enfrentamento das questões que envolvam os interesses da comunidade representaria um salto democrático, conferindo, no mínimo, uma possibilidade de participação mais efetiva a uma parcela maior da população.

O Estado Democrático de Direito deve-se afirmar também com a defesa de uma cidadania participativa.

Marcos Augusto Perez defende a participação como um princípio de estruturação da Administração Pública⁸³. Segundo o autor, ao lado do princípio da especialidade relativo à descentralização administrativa e do princípio da hierarquia que estrutura as relações de subordinação e de coordenação entre órgãos públicos, a participação configura-se também como um princípio jurídico de organização da Administração, implícito no ordenamento constitucional e estruturador dos

⁸¹ FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 104.

⁸² No trecho da referida entrevista concedida à Bárbara Freitag, Habermas disse que “acontece que as condições factuais muitas vezes nos impedem de resolver tais discussões com todos os participantes ou até mesmo todos os envolvidos. Mas mesmo quando substituímos esse discurso efetivo por uma reflexão individual sobre as características de tal discurso e sobre os argumentos que nele seriam utilizados, somos compelidos a nos colocar, na medida do possível, na situação, na forma de vida e na constelação de interesses de todas as outras pessoas, por mais estranhas que elas nos sejam. Mesmo quando um discurso é exercitado *in foro* interno, o procedimento discursivo se distingue de um princípio moral que, como o imperativo categórico, está voltado para uma aplicação monológica.”

Ibid. p. 255.

⁸³ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163.

“processos formais de divisão de tarefas ou competências e tomada de decisão”, para maior legitimidade e eficiência administrativas⁸⁴.

Segundo Garcia de Enterría, a racionalidade e a objetividade dos atos governamentais exigem transparência absoluta e justificação constante⁸⁵. A liberdade de informação, a liberdade de investigação da gestão pública, a liberdade de crítica, o direito de pedir justificativas e de submeter os atos dos Poderes Públicos ao controle servem à transparência absoluta, requisito para o funcionamento eficaz da democracia⁸⁶. O autor faz referência à produção em 1994-1995, na Grã Bretanha, do Informe Nolan sobre os padrões de conduta na vida pública⁸⁷ com uma conclusão que condena qualquer medida restritiva da liberdade de informação e de investigação⁸⁸. Em princípio, todas as decisões do Poder Público “devem ser capazes de ser justificadas em público”⁸⁹.

A exigência de objetividade, de imparcialidade e de rendimento da Administração afastam entendimentos de que governantes democráticos gozam de discricionariedade absoluta, resultante tão-somente de um processo eleitoral. Isto, segundo o referido Informe Nolan, até para a nomeação de gestores e para a manutenção de uma linha de atuação⁹⁰.

Rechaça-se o discurso de um pretenso realismo político, que descrê da possibilidade de uma maior participação popular direta, observando que a democracia, como ideal em construção, não pode ser condenada à estagnação⁹¹. O princípio democrático exige que a participação popular direta seja estimulada e os seus canais aprimorados.

No contexto, observa-se que a democracia exige um regime de livre informação. O Estado Democrático de Direito é também o Estado da Transparência.

Ana Paula de Barcellos indica o aperfeiçoamento do sistema de informações sobre as ações públicas, com respaldo na Constituição, como um aspecto que é

⁸⁴ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169-170.

⁸⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6. ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.- Civitas, 2009, p. 108.

⁸⁶ *Ibid.* p. 110 – 111.

⁸⁷ *Ibid.* p. 82.

⁸⁸ *Ibid.* p. 86.

⁸⁹ *Ibid.* p. 98.

⁹⁰ *Ibid.* p. 100.

⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 64-65.

capaz de, em alguma medida, aprimorar o controle social⁹². Enfim, a transparência, com acesso às informações, é fator indispensável para a prática participativa.

No contexto democrático, o poder conferido pelas eleições aos representantes para regular a vida social não envolve o direito de esconder informações⁹³. Márcia Nina Bernardes lembra que a Corte Europeia de Direitos Humanos manifestou-se no sentido de que o direito de buscar e de receber informação “não se limita às informações e ideias positivas ou consideradas inofensivas, aplicando-se também e principalmente àquelas que são ofensivas, chocantes e incômodas”⁹⁴.

O direito à informação corresponde ao dever constitucional de publicidade, cujo descumprimento pode ser objeto de correção judicial⁹⁵. A efetivação do dever da publicidade impõe aos Poderes Públicos uma postura ativa no sentido proporcionar à população a mais fácil forma de acesso a informações relevantes, inteligíveis e no momento adequado⁹⁶.

A transparência integra a noção de controle social, indicada como um dos conteúdos mínimos da ideia de democracia⁹⁷.

Conforme lembra Ana Paula de Barcellos, ao direito de informação corresponde o dever constitucional de publicidade cujo descumprimento pode ser

⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Papeis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. Disponível em < <http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf> >. Acesso em 12/05/2014, p. 12.

⁹³ “We do not want governments to take actions that they would have not taken had we known why they are taking them. But this means that we have to know what the governments are doing and why independently of what they want us to know. Our authorization to rule should not include the authority to hide information from us. To promote representation, democracy requites a ‘regime of free information’ (John Dunn)”.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge University Press, 1999, p. 24.

⁹⁴ BERNARDES, Márcia Nina. Amicus curiae. Julia Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil – Caso 11.552. In: ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GOMEZ, José Maria (coord.). *Direitos Humanos: justiça, verdade e memória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 492.

⁹⁵ No limite, a negativa de adequada informação pode configurar ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

BARCELLOS, op. cit., nota 92, p. 23.

⁹⁶ “A intelegibilidade, por seu turno, diz respeito à linguagem e à apresentação da informação, de modo que ela seja compreensível – ou tão compreensível quanto possível – para seus destinatários. Se a informação é prestada em linguagem técnica, ou de forma tão complexa ou desordenada que as pessoas não são capazes de compreendê-la, não terão sido cumpridos os deveres de publicidade e de prestação de contas. Por outro lado, frequentemente a informação de um ato isolado, fora do seu contexto, pode tornar-se incompreensível para os destinatários”.

Ibid. p. 27-28.

⁹⁷ Id. op. cit., nota 92, p. 6.

objeto de correção judicial e, no limite, configurar ato de improbidade administrativa na forma do artigo 11 da Lei nº 8.429/92⁹⁸.

A Emenda nº 19/1998 conferiu ao § 3º do artigo 37 da Constituição Brasileira redação que inseriu “o acesso dos usuários a registros e a informações sobre atos de governo” no contexto da participação na Administração Pública direta e indireta, como desdobramento de um direito fundamental, que já estava previsto no inciso XXXIII do artigo 5º da redação original da Constituição: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

O dever imposto aos órgãos públicos e aos seus agentes pelo inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição não deve ser confundido com os direitos previstos no inciso seguinte, que já pressupõem um déficit na disponibilização das informações.

As informações devem ser prestadas de ofício e da forma mais eficiente, ou seja, com facilidade e simplicidade para o acesso do cidadão, de forma integral, com perfeita inteligibilidade e imediatamente.

Portanto, neste cenário, a disponibilização de ofício da informação deve ocorrer no primeiro momento em que possível. A Lei nº 12.527/2011 estabelece a obrigação do imediato fornecimento de informações disponíveis, sem a possibilidade de protelações.

Na mesma direção, Angela Moulin S. Penalva Santos lembra que a transparência exige que, além de confiáveis, os dados sejam dispostos de forma que facilitem o entendimento para que a população possa se posicionar conscientemente⁹⁹.

Tomando por base investigações realizadas em Uganda e na África do Sul, Carol L. Dauda considerou que, nos casos observados, a descentralização com aberturas democráticas e transparência para a participação das populações locais marginalizadas pode ser um elemento capaz de aprimorar os mecanismos de

⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Papeis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. Disponível em < <http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf> >. Acesso em 12/05/2014, p. 23.

⁹⁹ SANTOS, Angela Moulin S. Penalva. *Município, descentralização e território*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 68.

exigência de prestação de contas dos administradores (“accountability”)¹⁰⁰. Com relação a Uganda, Ritva Reinikka e Jakob Svensson também apresentaram dados que demonstraram uma sensível melhora nos serviços públicos de educação em decorrência da facilitação do acesso público às informações¹⁰¹.

É com as características acima que o Estado Democrático de Direito põe-se diante dos desafios contemporâneos da sociedade dos enormes aglomerados humanos, onde os problemas sociais se multiplicam, ao mesmo tempo em que assumem características de uniformidade. Cada vez mais, os efeitos nefastos da produção e da circulação de bens voltados a uma sociedade de consumo superlativo afetam o bem estar de todos e colocam em risco as gerações futuras¹⁰². O ser humano conscientiza-se de que ele próprio ameaça a sobrevivência e a dignidade da sua espécie.

As questões ecológicas e a necessidade de desenvolvimento sustentável, diretamente relacionadas aos problemas como poluição ambiental, crise do abastecimento hídrico e destruição da flora e da fauna, bem como outros aspectos próprios do bem estar coletivo e que decorrem da dignidade humana, exigiram o reconhecimento dos direitos difusos que, a despeito de essenciais sob o ponto de vista individual, trazem as características da não individualização e da transgeracionalidade.

É assim que a defesa da dignidade humana passou a exigir outros direitos, além dos direitos individuais¹⁰³. São os direitos difusos, comuns aos membros da coletividade, com conteúdos políticos de extrema relevância no quadro

¹⁰⁰ DAUDA, Carol L. Democracy and decentralisation: Local politics, marginalisation and political accountability in Uganda and South Africa. *Public Administration and Development*. vol. 26, John Wiley & Sons Ltd., October 2006, p. 301 – 302.

¹⁰¹ REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob. The power of information: Evidence from a Newspaper Campaign to Reduce Capture. *Policy Research Working Papers*. World Bank Group, March 2004, p. 21.

¹⁰² “Reduzido a uma fórmula: a miséria é hierárquica, o smog é democrático. Com a ampliação dos riscos da modernização – com ameaça à natureza, à saúde, à alimentação etc. -, relativizam-se as diferenças e fronteiras sociais. Isto ainda continua a provocar consequências bastante diversas. Objetivamente, porém, os riscos produzem, dentro de seu raio de alcance e entre as pessoas por ele afetados, um efeito equalizador. Nisto reside justamente sua nova força política. Nesse sentido, sociedades de risco simplesmente não são sociedades de classes, da mesma forma como seus conflitos não podem ser conflitos de classe”.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad.: NASCIMENTO, Sebastião. São Paulo: ed. 34, 2010, p. 43.

¹⁰³ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 72.

constitucional e tutelados jurisdicionalmente por processos de natureza objetiva¹⁰⁴, cujo reconhecimento produziu uma erosão na tradicional divisão entre interesses públicos e interesses privados, na medida em que não têm como titular o Estado e nem satisfazem necessidades individuais exclusivas¹⁰⁵.

O rol dos direitos relacionados à dignidade humana ampliou-se com o advento dos direitos difusos, de “terceira geração”¹⁰⁶, que materializam poderes de titularidade coletiva, consagrando o princípio da solidariedade no sistema constitucional, ao lado dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) e dos direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais)¹⁰⁷. Em razão do advento dos direitos de terceira dimensão, Lenio Luiz Streck refere-se a uma proeminência do direito público no Estado Democrático de Direito¹⁰⁸.

Sem renunciar aos avanços de cada uma das etapas, evoluiu-se do ideal do Estado Liberal de Direito, meramente ordenador, para o Estado Social de Direito provedor e, na sequência, para o Estado Democrático de Direito, que assume mais fortemente uma função transformadora, com o reconhecimento dos direitos difusos legitimadores das pretensões transindividuais e reforço da ideia de participação popular e controle social.

Se de fato há impossibilidade de lesões a uma dignidade transindividual, ou seja, de lesões abstratas, na medida em a dignidade seria um atributo exclusivo de pessoas individuais e concretas, nada impede que um ato atente contra uma dimensão comunitária da individualidade e atinja, de maneira comum e indiscriminada, direitos difusos que, apesar de indivisíveis, afetam a todos nas suas qualidades fundamentais de seres humanos individualmente considerados, conforme observação de Ingo Sarlet¹⁰⁹.

¹⁰⁴ LEAL, Márcio Flávio Maíra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 78.

¹⁰⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A fruição dos bens culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 330.

¹⁰⁶ ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual, *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, v. 57, n. 378, abr. 2009, p. 90.

¹⁰⁷ Conforme voto do Ministro Relator Celso de Mello na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 – Distrito Federal.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 401.

¹⁰⁹ Segundo o autor, uma atuação estatal que buscasse a defesa de uma dignidade humana transindividual ou difusa, com a possibilidade do sacrifício da dignidade individual concreta em prol de

Desta forma, o Estado perde paulatinamente a exclusividade para tratar das questões transindividuais, cujo protagonismo passa a ser, cada vez mais, compartilhado com a sociedade. Ampliam-se os fóruns de questionamentos e as possibilidades de cidadãos e de organizações civis atuarem na defesa de direitos que, apesar de indivisíveis, quando lesionados, atingem a dignidade individual de cada um.

Portanto, a ampliação da legitimidade para a defesa dos direitos difusos constitui uma importante abertura à participação democrática direta dos cidadãos nas questões de interesse comunitário. O reconhecimento e a efetividade dos direitos difusos significam a possibilidade de intervenções dos cidadãos para a defesa dos seus direitos fundamentais, correção de eventuais déficits de informação e participação democrática com controle social.

1.2 O direito difuso à proteção do patrimônio cultural como direito fundamental

A indeterminação de sujeitos, a indivisibilidade de objeto, intensa litigiosidade interna e tendência à transição no tempo e no espaço são indicadas como as características básicas dos direitos difusos¹¹⁰. São notas presentes nas questões relativas à defesa dos bens integrantes do patrimônio cultural, que diz respeito a “todos e a cada um dos membros da comunidade”¹¹¹.

Como referido, a clássica dicotomia entre direito público e direito privado não atende às necessidades da tutela aos valores culturais que, como direitos difusos, não são titularizados nem por indivíduos determinados e nem pelo Estado¹¹².

Evidente que não se trata da proteção de manifestações culturais tomadas em um sentido antropológico amplo, o que englobaria qualquer atividade ou obra humana.

uma concepção abstrata de coletividade (uma concepção que não considerasse pessoas concretas), significaria a admissão de uma discricionariedade que relativizaria os avanços até aqui alcançados. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63-64.

¹¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.294.

¹¹¹ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 31.

¹¹² REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 171.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho lembra que a proteção ao patrimônio cultural não pode abranger indiscriminadamente toda e qualquer manifestação, sob pena de restrição ao caráter dinâmico, inerente às produções culturais ¹¹³.

Especificamente com relação ao patrimônio imobiliário, José Casalta Nabais observa que a classificação de uma quantidade excessiva de bens como portadores de valor cultural, com as limitações de uso disto decorrentes, pode conduzir a uma banalização contrária e prejudicial à adequada proteção de um acervo mais restrito ¹¹⁴. Ainda que, em princípio, concorde-se com isto, cabe o alerta contra um argumento genérico, sistematicamente apresentado, no sentido de que “não podemos conservar tudo”, que, na realidade, pode transformar-se em “pretexto para demolir tudo” ¹¹⁵.

De fato, a preservação dos valores culturais deve ser criteriosa. Porém, as discussões sobre a promoção e a proteção ao patrimônio cultural brasileiro deve estar inserida no contexto democrático, que exige compartilhamento social, com a possibilidade da efetiva participação dos cidadãos: totais transparência e controle social.

¹¹³ “A preservação do meio ambiente, natural e cultural, não pode ser global, porque isto implicaria impedir qualquer intervenção antrópica modificativa do meio ambiente e manteria estático o processo cultural. Preservar toda intervenção cultural humana na natureza ou toda manifestação cultural é um absurdo e uma contradição, porque à guisa de proteger as manifestações passadas, se estaria impedindo que a cultura continuasse a se manifestar. Implicaria não admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como preservar intocado o meio ambiente natural, seria matar a vida. Se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas, não haveria possibilidade de evolução ou desenvolvimento social.”

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21.

¹¹⁴ “Pois bem, também no domínio da proteção do patrimônio cultural não podemos deixar de ter presente a regra do bom senso, a que os povos, há muito tempo, deram expressão linguística em aforismos bem conhecidos como ‘o ótimo é inimigo do bom’ ou ‘quem tudo quer tudo perde’. Na verdade, uma pretensa proteção superlativa dos bens culturais pode, afinal de contas, redundar numa proteção bem menor ou mesmo numa desproteção total desses mesmos bens.”

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. Coimbra: Almedina, 2010, p 26.

¹¹⁵ “Um imenso patrimônio arquitetural desaparece na indiferença generalizada das pás dos demolidores. Mesmo quando a administração pública não é o autor das destruições ela não se opõe a ele. A fórmula é: ‘Não podemos conservar tudo’; ela serve de pretexto para demolir tudo”.

HAROUËL, Jean-Louis. *História do Urbanismo*. Trad: SALGADO, Ivone. Campinas – SP: Papirus, 1990, p 131 – 132.

O fato é que o enquadramento de determinado bem na categoria de patrimônio cultural pode assumir aspectos de muita complexidade ¹¹⁶. Considerando a natural evolução do processo cultural, o que se verifica é uma constante e interminável busca de equilíbrio entre a promoção, com o incentivo de novas produções, e a conservação de determinados valores já consolidados, além da necessidade de uma compatibilização com outros interesses fundamentais.

Laila Nazem Mourad e Nelson Baltrusis observam que manifestações cotidianas triviais incorporam-se vagarosamente à noção de patrimônio cultural: “o simples fato de passarmos todos os dias pelas ruas de nossa cidade para ir ao trabalho, à escola, fazer compras, voltar para casa, atribui significados a estes lugares, criados a partir dos percursos, da hierarquia dos lugares, relações econômicas e intrapessoais, enfim, cria valores coletivos de uma comunidade”¹¹⁷.

Trata-se de um significado especial que, no caso dos imóveis antigos, se agrega lentamente a eles e, com o transcurso do tempo, constituem-se elementos representativos e necessários para a permanência da identidade histórico-cultural das comunidades.

Conforme Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mítica que dela faça o povo” ¹¹⁸.

Os bens culturais só o são porque guardam uma evocação, representação, lembrança, quer dizer, por mais materiais que sejam, existe neles uma grandeza imaterial que é justamente o que os faz culturais. A razão cultural da obra de arte não está no suporte nem nas tintas, mas na imaterialidade complexa deles criada. Uma casa, beleza natural, objeto ou instrumento tem valor cultural não pelo material com o qual estão construídos, mas pelo que evocam, seja um estilo, um processo tecnológico ou um fato histórico. A última casa de adobe de uma região não será preservada por ser de adobe,

¹¹⁶ “Poucos conceitos são de elucidação tão difícil quanto o conceito de cultura. Isso se deve não à dificuldade intrínseca de analisar um determinado fenômeno objetivo chamado ‘cultura’, mas à própria complexidade de sua história como conceito, que impossibilita qualquer fácil acesso a seu significado. Assim, é seguindo sua história como conceito e distinguindo as diversas experiências que contribuíram para sua formação que se esclarecerão seus diferentes significados e as origens de uma série de conceitos de cultura. Em outras palavras, pode-se dizer que o termo ‘cultura’ é ele próprio cultural, na medida em que, como produto de um desenvolvimento histórico, de um diálogo da sociedade consigo mesma, ele traz as marcas de sua formação [...]”

SHELLING, Vivian. *A presença do povo na cultura brasileira: ensaio sobre o pensamento de Mário de Andrade e Paulo Freire*. Trad.: CAROTTI, Frederico. Campinas: Unicamp, 1990, p. 21.

¹¹⁷ MOURAD, Laila Nazem; BALTRUSIS, Nelson. Lutas pela conquista do direito à moradia no Centro Histórico de Salvador. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 272.

¹¹⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 15.

mas porque, sendo de adobe e última, é uma referência a um processo construtivo, portanto cultural.¹¹⁹

Ana Lúcia Goelzer Meira observa que “como muda a sociedade e mudam os seus valores, o que é considerado patrimônio cultural se modifica – é construído e reconstruído permanentemente”¹²⁰. A autora, a título de exemplificação, apresenta a nota seguinte:

Um exemplo dessa questão, em Porto Alegre, é o acervo de edificações representativas do ecletismo que não era valorizado pelos arquitetos modernistas e que, a partir da década de 1970, passou a ser valorizado e inclusive tombado como patrimônio federal, estadual e municipal (antiga sede dos Correios e Telégrafos, atual MARGS, antiga Cervejaria Brahma, etc.).¹²¹

No mesmo sentido, Tiago Alves de Figueiredo observa a dinâmica segundo a qual bens que hoje consideramos símbolos do patrimônio cultural não possuíam tal qualificação no passado e que o futuro trará novos elementos, alçando outros bens ao estado de patrimônio cultural¹²².

A formação dos aspectos culturais definidores e caracterizadores das diferentes comunidades humanas é um processo coletivo constante e anônimo¹²³: “as coisas são veículos culturais, tornam-se bens culturais e por isso devem ser preservadas”¹²⁴.

Os bens culturais adquirem um valor intrínseco que os diferencia dos demais e que constitui pré-requisito para a sua proteção¹²⁵. Valor cultural é “algo” que se agrega a determinado bem, “algo” que lhe é inerente e que lhe confere características especiais.

Assim é que se observa, com José Afonso da Silva, que os valores fazem parte da realidade e apenas abstratamente podem ser concebidos como objetos

¹¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 48.

¹²⁰ MEIRA, Ana Lúcia Goelzer. *O passado no futuro da cidade: políticas públicas e participação dos cidadãos na preservação do patrimônio cultural de Porto Alegre*. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 15.

¹²¹ *Ibid.* p. 15.

¹²² FIGUEIREDO, Tiago Alves de. Políticas públicas de proteção ao patrimônio cultural – algumas considerações. In: AIETA, Vânia Siciliano (coord.). *Cadernos de Direito da Cidade. Estudos em homenagem à Professora Maria Garcia. Série II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 251.

¹²³ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 83-84.

¹²⁴ *Ibid.* p. 85.

¹²⁵ SOUZA FILHO, op. cit., nota 119, p. 27.

independentes: “são projeções do espírito humano que impregnam de sentido, de valorações, o mundo do ser”¹²⁶.

Para Miguel Reale, o “bem cultural pode apresentar dois elementos: - ao primeiro chamaremos de ‘suporte’ e ao segundo de ‘significado’, sendo este a expressão particular de um ou mais valores”¹²⁷. Segundo o autor, os bens culturais devem não apenas ser explicados, mas compreendidos, o que envolve a análise do elemento valorativo ou axiológico que lhe confere um sentido ou significado especial¹²⁸.

Se arrancarmos o elemento valorativo do mundo da cultura, nada terá sentido. Groethuysen, discípulo ilustre de Dilthey, dá-nos exemplo interessantíssimo, mostrando o que representa o elemento estimativo na compreensão dos fenômenos culturais.

Imaginemos, diz ele, que repentinamente, a Humanidade se torne insensível, sem vibrações estéticas, por ter-se-lhe obliterado o sentido do belo. Que representariam então os museus, como o Louvre, ou o do Vaticano? Uma coleção de coisas, uma reunião de objetos em que nada vibra. Pedacos de granito ou de mármore, blocos de bronze, retalhos de telas, algo que se parte, que se fragmenta. Poder-se-ia ‘explicar’ o material todo, mas já se não poderia ‘compreender’. O elemento axiológico é a essência da compreensão da cultura. No fundo, cultura é compreensão; e compreensão é valoração. Compreender, em última análise, é valorar, é apreciar os entes sob prismas de valor, vivenciando-os.¹²⁹

Compreensão não é projeto isolado, mas decorrência de compartilhamento com todos: “nunca se compreende sozinho; sempre se compreende com o Outro, ainda que esse Outro não seja visível, fisicamente”¹³⁰. Em outros termos, o valor cultural resulta das “diversas intersubjetividades, constituídas e constituintes das diferentes situações hermenêuticas em que se inserem os intérpretes”¹³¹.

Fixa-se a premissa de que o valor cultural é uma característica de determinados bens em razão da sua relevância comunitária especial, que tem por isso um interesse legítimo na sua preservação. Portanto, não é o Poder Público que confere ao bem a característica de patrimônio cultural. Pelo contrário, é em razão do bem ser um patrimônio cultural reconhecido pela comunidade e por ter a sua função social cumprida com a sua preservação, que se fala nos deveres de reconhecimento do seu valor e de atuação na sua proteção.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

¹²⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223.

¹²⁸ *Ibid.* p. 251-252.

¹²⁹ *Ibid.* p. 255.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 330.

¹³¹ *Ibid.* p. 395.

Os bens culturais desempenham importante função social, na medida em que são elementos fundamentais da civilização e da cultura dos povos, conforme observação de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

O patrimônio ambiental, natural e cultural, assim, é elemento fundamental da civilização e de cultura dos povos, e a ameaça de seu desaparecimento é assustadora, porque ameaça de desaparecimento a própria sociedade. Enquanto o patrimônio natural é a garantia de sobrevivência física da humanidade, que necessita do ecossistema – ar, água e alimentos – para viver, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de sua vida. Um povo sem cultura ou dela afastado, é como uma colmeia sem abelha rainha, um grupo sem norte, sem capacidade de escrever sua própria história e, portanto, sem condições de traçar o rumo de seu destino.¹³²

Lúcia Reiszewitz equipara os bens culturais aos bens ambientais, como elementos de relevância para a sadia qualidade de vida¹³³. A higidez do patrimônio cultural é um dos aspectos de um meio ambiente sadio¹³⁴. São bens cuja preservação garante a sobrevivência histórica e cultural da sociedade¹³⁵ e a sua defesa configura direito fundamental¹³⁶ pois, de acordo com José Duarte Nogueira, “falar do futuro implica forte consciência do passado”¹³⁷.

Conforme Perez Luño, a inserção dos direitos culturais em uma constituição enquadra-se como medida para “preservar e promover a identidade histórica e cultural da nação”¹³⁸. Neste sentido, Lúcia Reiszewitz observa que o direito à memória relaciona-se à sobrevivência histórica e envolve a construção da cidadania, identidade nacional e soberania; não há qualidade de vida sem a observância do aspecto cultural, que é inerente ao ser humano¹³⁹.

¹³² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 16.

¹³³ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 99.

¹³⁴ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes contra o ordenamento urbano e o Patrimônio Cultural – alguns aspectos. In: TINÓCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 31.

¹³⁵ REISEWITZ, op. cit., nota 133, p. 99.

¹³⁶ Ibid. p. 108.

¹³⁷ NOGUEIRA, José Duarte. A proteção do Patrimônio Cultural no Século XXI. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 45.

¹³⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 199.

¹³⁹ REISEWITZ, op. cit., nota 133, p. 59.

O surgimento dos direitos culturais ocorre com a tutela aos interesses sociais, para garantir condições dignas de existência a todos ¹⁴⁰. Em consonância, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto relaciona os direitos culturais a uma sobrevivência digna ¹⁴¹ e Marcos Paulo de Souza Miranda observa o patrimônio cultural da sociedade como inerente à própria dignidade da pessoa ¹⁴².

O direito a uma identidade cultural, com a valorização do ser humano e de suas produções comunitárias possui uma relação direta com a ideia da dignidade. Integra o contexto dos direitos fundamentais.

É o que se observa no voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa, como relator no RE 121.140-7-RJ, que ressaltou a elevação do patrimônio cultural ao “patamar dos valores fundamentais a serem protegidos, resguardados e preservados” ¹⁴³.

Extraí-se do sistema constitucional uma complementariedade entre os diferentes direitos fundamentais, para atender as diversas faces da dignidade da pessoa. Em outros termos, há, sob a sistemática constitucional, uma interdependência ou mútua implicação entre as diversas formulações normativas que tratam dos direitos fundamentais ¹⁴⁴.

Esta idea de orden y regularidad, que irradia del conjunto normativo para proyectarse en sus partes integrantes, es la que permite concebir los derechos y libertades constitucionales como un sistema y, de este modo, abordar su proceso hemenéutico como búsqueda del sistema, o unidad de

¹⁴⁰ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 65-66.

¹⁴¹ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes contra o ordenamento urbano e o Patrimônio Cultural – alguns aspectos. In: TINÔCO, Lívia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 42.

¹⁴² MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 54, abr./jun. 2009, p.233.

¹⁴³ O Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 121.140-7-RJ será objeto de análise nos capítulos seguintes. Por agora cabe ressaltar apenas o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Maurício Corrêa, que situa o seu posicionamento sobre o patrimônio cultural como um valor fundamental: “O patrimônio cultural é elevado pela ordem constitucional ao patamar dos valores fundamentais a serem protegidos, resguardados e preservados. Nos três estágios dos Poderes Públicos, tanto o municipal, o estadual, como o federal, atribuem-se-lhes as competências para a expedição de normas reguladoras para a garantia da intangibilidade desses bens públicos, o que não impede, por exemplo, que no Rio de Janeiro, se reconheça como patrimônio histórico, o Largo do Boticário”. Voto do Ministro Relator Maurício Corrêa no Recurso Extraordinário nº 121.140-7 – Rio de Janeiro, 2ª Turma, DJ de 26.02.2002.

¹⁴⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 135.

sentido sistemático, de las normas singulares formuladoras de cada derecho fundamental.¹⁴⁵

Jerson Carneiro Gonçalves Junior também observa o princípio da unidade da Constituição, cujos enunciados devem ser considerados como integrantes de um sistema unitário de regras e de princípios¹⁴⁶.

É o que se nota especificamente com relação aos direitos sociais à educação e à cultura, que se aproximam de tal forma que não há como estabelecer uma linha divisória precisa entre as suas respectivas esferas. Muito pelo contrário, o que se observa é uma natural e recíproca superposição entre os objetos da educação e da cultura: não há como excluir o aspecto cultural do educacional, ou vice-versa.

Segundo Vicente de Paulo Barretto, o princípio da dignidade da pessoa abrange o acesso aos “bens espirituais, como a educação e a cultura”, bem como o respeito aos sentimentos inerentes aos seres humanos¹⁴⁷.

Educação e cultura são direitos fundamentais estreitamente relacionados, indispensáveis para o livre desenvolvimento da personalidade humana e, portanto, pressupostos também para o aprimoramento do regime democrático¹⁴⁸.

La necesidad de reconocer una serie de situaciones subjetivas en el terreno de la educación y de la cultura constituye un presupuesto básico en la formación del Estado social y democrático de Derecho. De una parte, porque objetivamente existe una correlación inmediata entre libertad y democracia, de un lado, y educación y cultura, de otro. Ya que no puede darse un ejercicio de la libertad y un funcionamiento efectivo de la democracia sin un substrato educativo y cultural que los cimente, pues cualquier forma de progreso político, económico y social exige, como requisito indispensable, la difusión de la cultura y, con ella, la libertad de conocer y la capacidad para juzgar. A la vez que, en el plano subjetivo, la educación y la cultura suponen prolongaciones de la libertad de ideas y de manifestación del pensamiento y condición *sine qua non* para el libre desarrollo de la personalidad. La indispensabilidad de la cultura tiene una puntual repercusión en la esfera de la subjetividad. Por ello, el poder de

¹⁴⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 136.

¹⁴⁶ GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro. *O cidadão Legislador: iniciativa popular de emenda constitucional no Estado democrático de Direito*. 2012. 385 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 76-77.

¹⁴⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetichismo dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71.

¹⁴⁸ “O exercício das liberdades humanas e o acesso ao patrimônio cultural enquanto memória do que fomos só não interessa a um Estado autoritário e anti-democrático. Organizar a convivência humana garantindo liberdades individuais e coletivas é a única razão que justifica o poder político. Nesse sentido, governante algum teria motivo para temer a crítica ao próprio sistema que a política cultural desencadeia. Por outro lado, para manipular os sujeitos em nome do particular interesse de quem ocupa o poder, basta manipular a cultura, colocando-a a serviço da política”.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 115.

humanización y emancipación de la educación y la cultura debe hacerse accesible a todos los ciudadanos.¹⁴⁹

No entanto, se a observância do direito social à educação como dever do Estado possui características que lhe conferem tanto uma dimensão difusa quanto uma individual, na medida em que é possível uma razoável aferição quanto ao seu cumprimento individual, pois desenvolvida em instituições escolares, com currículos básicos e possibilidade de fiscalização individualizada, o mesmo não ocorre, em princípio, no que se refere ao direito social à cultura, caracteristicamente um direito difuso, não passível de individualização.

É assim que se entende que o direito social à promoção e à proteção ao patrimônio cultural brasileiro situa-se no contexto sistêmico dos direitos fundamentais, com acentuada dimensão transindividual ou difusa.

Ressalta-se que a ausência de uma menção expressa à cultura na relação constitucional dos direitos fundamentais sociais, no Título II da Constituição Federal de 1988, não lhe retira este caráter¹⁵⁰, pois são reconhecidos outros direitos fundamentais dispersos no texto constitucional¹⁵¹.

Perez Luño refere-se aos direitos fundamentais dispersos ou disseminados no texto constitucional, que não perdem as suas características de fundamentalidade pelo fato de não estarem relacionados sob um título do texto constitucional específico para os direitos e garantias fundamentais¹⁵².

De acordo com o entendimento de Elimar Szaniawski sobre o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, Tânia Maria dos Santos considera a inserção da cultura como “uma das formas de liberdade na formação da personalidade”¹⁵³: direito fundamental relacionado ao desenvolvimento livre da personalidade e dignidade humana¹⁵⁴.

¹⁴⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 195-196.

¹⁵⁰ CF, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 118-119.

¹⁵² LUÑO, op. cit., nota 149, p. 165.

¹⁵³ SANTOS, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2007, p. 93.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 95.

A preservação do patrimônio cultural diz respeito ao desenvolvimento social com qualidade de vida, na medida em que consubstancia valores que identificam o ser humano como tal ¹⁵⁵.

A promoção e a proteção dos bens culturais inserem-se no contexto dos direitos sociais, econômicos e culturais que, tanto em suas dimensões negativas como prestacionais concretizam aspectos da dignidade humana¹⁵⁶, valor fundante vinculativo do Poder Público e dos particulares em todas as suas relações¹⁵⁷.

O fato é que as questões que envolvem a preservação dos bens culturais exigem uma análise das variáveis dos casos concretos, buscando uma compatibilização entre interesses, com abertura à participação de todos os atores sociais, como pressuposto para a legitimidade das decisões no Estado Democrático de Direito.

Aflora a característica da intensa litigiosidade, inerente aos direitos difusos, com contraposição entre interesses na preservação dos bens culturais e outros interesses também de natureza fundamental.

Põe-se aqui a questão sobre os parâmetros para o enfrentamento e a busca de solução juridicamente adequada para os conflitos que envolvam direitos difusos, especialmente os relacionados à defesa do patrimônio cultural no Estado Democrático de Direito, que pressupõe transparência e controle social, diante da tomentosa matéria da discricionariedade dos agentes estatais e dos seus limites.

1.3 Duas etapas: a revelação do valor cultural e a sua proteção

Como referido, o Estado Democrático de Direito coloca a cidadania como princípio fundamental, o que pressupõe a democratização dos processos, mediante a abertura da possibilidade de participações ativas dos cidadãos nas estruturas do Poder, a garantia dos direitos sociais fundamentais e a “preservação do meio ambiente, no qual está inserido o patrimônio cultural”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 50.

¹⁵⁶ Ibid. p.108.

¹⁵⁷ Ibid. p. 33.

¹⁵⁸ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 103.

Ao comentar o advento do Estatuto da Cidade, Luigi Bonizzato considera que a participação dos cidadãos em todas as dimensões é fator indispensável para o aprimoramento das relações e das instituições democráticas¹⁵⁹. Segundo o autor, a gestão democrática da cidade tem sido apontada como uma grande conquista¹⁶⁰.

Rosângela Lunardelli Cavallazzi coloca como desafio para a efetividade da proteção cultural uma maior eficácia social, a partir de um critério de legitimidade, diretamente relacionado a uma maior participação dos cidadãos na “construção da ordem simbólica da lei e da linguagem”¹⁶¹.

Portanto, não é adequada à conformação democrática do Estado a ideia de um patrimônio composto exclusivamente por bens selecionados pelo Poder Público, em especial por agentes dos Poderes Executivos nas mais diversas esferas da Federação, distanciados dos sentimentos das populações, com a produção de uma “visão alienada e elitista sobre a cultura”¹⁶².

Os instrumentos para a preservação do Patrimônio Cultural não podem mais encontrar inspiração exclusiva nos princípios do Direito Administrativo ou do Direito Civil: “(...) mais do que disciplinar uma relação entre administração e administrados, com a supremacia do interesse público ditada pelo Executivo, importa na preservação da identidade cultural de um povo, numa relação horizontalizada entre Estado e sociedade, na qual aquele não detém o monopólio dos instrumentos de preservação e nem da definição do interesse público em cada caso concreto”¹⁶³.

O fato é que a defesa do patrimônio cultural, na medida em que trata da proteção dos bens representativos de uma identidade comunitária, sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, não pode continuar a ser visto como uma matéria exclusiva dos “especialistas”, sob pena de se adotar uma concepção discriminatória, contrária ao caráter pluralístico da democracia como um sistema no qual se afirma não apenas a liberdade de opinião e de crença, como também o exercício da

¹⁵⁹ BONIZZATO, Luigi. *O advento do Estatuto da Cidade e consequências fáticas em âmbito da propriedade, vizinhança e sociedade participativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 163.

¹⁶⁰ Ibid. p. 165.

¹⁶¹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Perspectivas contemporâneas do patrimônio cultural: paisagem urbana e tombamento. . In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 145.

¹⁶² BARRETO JÚNIOR, Luis Fernando Cabral. O controle judicial das omissões do Poder Público no dever de proteção ao Patrimônio Cultural. In: TINÓCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Waress de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 152.

¹⁶³ Ibid. p. 155.

liberdade individual na estrutura social para a busca do equilíbrio entre as forças sociais¹⁶⁴.

Como considerado, o patrimônio cultural é integrado por valores que dão significado a uma existência social, que afeta à comunidade como um todo e a cada cidadão. José Casalta Nabais observa que a valorização e a produção de um patrimônio cultural não pode ser assunto exclusivo do Estado, mas deve envolver a todos e a cada um dos membros da comunidade, “enquanto pessoas livres, responsáveis e minimamente conscientes da sua condição de cidadãos de corpo inteiro da comunidade local, da comunidade regional, da comunidade nacional, ou até mesmo da humanidade”¹⁶⁵.

Negar voz aos cidadãos comuns nesta matéria seria afastá-los de um aspecto importante da vida social, com a limitação do que deveria ser o patrimônio cultural brasileiro a um conjunto de bens do agrado de apenas uma camada restrita da população inserida nos meandros da burocracia estatal.

Os especialistas dos órgãos oficiais de preservação cultural devem servir assim como instrumentos para o reconhecimento do valor cultural dos bens, a ser buscado nos sentimentos da comunidade, que tem todo o direito de contestar, de se opor, de ser ouvida e de ter as suas manifestações analisadas pelo Poder Público, que deve decidir apresentando as suas motivações de forma fácil, inteligível e completa.

Referindo-se o direito a um patrimônio cultural comunitário próprio à identidade do indivíduo integrante do grupo social, aspecto da sua dignidade juntamente com os direitos de participação e de controle social no Estado Democrático de Direito, é possível estabelecer que tanto os entes estatais como pessoas privadas (proprietários e não proprietários) são abrangidos pelos deveres de proteção aos bens culturais.

O texto da Constituição de 1988 situa a proteção aos bens culturais como dever do Estado, ao mesmo tempo em que, de acordo com os parâmetros necessários para a construção de um Estado Democrático de Direito, confere à comunidade o direito de colaboração para a proteção do patrimônio cultural, que deixou de ser a representação de uma identificação oficial (logo artificial) da nação,

¹⁶⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 6.

¹⁶⁵ NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 35.

para ser o conjunto dos bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Esta talvez a grande novidade: conferir à sociedade e aos seus grupos formadores, de forma reforçada, um protagonismo, no qual a matéria relativa ao patrimônio cultural deixa de estar na esfera exclusiva dos Poderes Públicos, para passar a ser uma representação da sociedade brasileira e da sua diversidade¹⁶⁶. Pois, afinal, com a Constituição de 1988 a tutela jurídica do patrimônio cultural foi democratizada e alçada ao “status de direito constitucional fundamental e difuso”¹⁶⁷.

Decisões antes tidas por insindicáveis no contexto ideológico de uma democracia meramente representativa e que afetavam toda uma comunidade, passaram a ter a possibilidade de ser questionadas no quadro do Estado Democrático de Direito, que reconhece a legitimação de cidadãos e de grupos sociais para atuarem perante novos centros de decisão, principalmente, o Poder Judiciário, além dos tradicionais Órgãos Parlamentares.

Em síntese, o que se afirma é que apesar da indispensabilidade dos conhecimentos especializados para o reconhecimento dos valores culturais, pois só especialistas são capazes de revelar aspectos que leigos não percebem e que justificam a proteção de vários bens¹⁶⁸, a promoção e a proteção ao patrimônio

¹⁶⁶ “A Constituição Federal de 1988 trouxe abordagem mais abrangente em relação aos titulares desse interesse, deixando claro que se trata do interesse da sociedade brasileira, a qual, com o advento da tutela jurisdicional dos interesses difusos, tem a possibilidade de participação ativa no processo preservacionista desses bens.”

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 100.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 172.

¹⁶⁸ Neste ponto, ressalta-se a relevância da atuação dos especialistas que, por vezes, sem qualquer apelo social, recomendam a preservação de espaços como testemunhos de indignidade e de desumanidade como, por exemplo, calabouços, senzalas, salas de tortura e campos de concentração. A questão foi tocada no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no recurso especial nº 1.293,608-PE, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 04.12.2012, DJ 24.09.2014 (item 5 da ementa do acórdão). Segue aqui transcrita a íntegra da ementa do acórdão, que será objeto de outras referências no decorrer do trabalho:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. AÇÃO DEMOLITÓRIA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E PAISAGÍSTICO DE OLINDA. REFORMA DE IMÓVEL RESIDENCIAL SEM LICENÇA URBANÍSTICA E EM DESACORDO COM EXIGÊNCIAS LEGAIS. ARTS. 187, 1.228, § 1º, 1.299 E 1.312 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSUIDORA DIRETA E RESPONSÁVEL PELO ACRÉSCIMO AO IMÓVEL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 934, III, DO CPC. *PERICULUM IN MORA REVERSO*. UNESCO. CONVENÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO MUNDIAL, CULTURAL E NATURAL.

DIREITO DE CONSTRUIR E AÇÃO DEMOLITÓRIA

1. Inexiste direito de construir absoluto, na exata medida das limitações urbanístico-ambientais e da tutela dos vizinhos incidentes sobre o próprio direito de propriedade, que lhe dá origem e serve de suporte (art. 1.228, § 1º, do Código Civil). Embora caiba ao proprietário levantar em seu terreno as construções que lhe aprouverem, ficam ressalvados os direitos dos vizinhos e os regulamentos

cultural brasileiro deve ser também tratada como um assunto dos cidadãos comuns, portadores do direito difuso à preservação da cultura de sua comunidade. Portanto, além dos pareceres técnicos, as manifestações de grupos populares também devem ser seriamente consideradas, principalmente, quando reúnam conjunto significativo de pessoas em prol da conservação de valores, que afirmam representativos da sua singularidade cultural.

administrativos (art. 1.299 do Código Civil). Tal preceito se harmoniza com o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal) e com o espírito da nova codificação civil, que considera ato ilícito o exercício de direito quando excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil).

2. A pretensão para o ajuizamento de Ação Demolitória surge a partir da conclusão de obra em desconformidade com as vedações legais. Antes disso, a ordem jurídica confere ao prejudicado a possibilidade de propor Ação de Nunciação de Obra Nova.

3. Apesar de o art. 1.299 do Código Civil referir-se apenas à figura do proprietário, o art. 1312 prescreve que 'Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta Seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos'. O dispositivo destina-se a quem descumprir obrigação de não fazer construção que ofenda comandos legais ou administrativos, assim como as normas de postura, seja na condição de possuidor, seja na de proprietário, seja na de simples detentor ocasional do imóvel.

4. São legitimados passivos da Ação Demolitória o possuidor, o dono da obra e quem dela se beneficia diretamente, mesmo que não ostentem título de proprietário, o que se confirma pelo recurso à analogia com as normas que disciplinam a Ação de Nunciação de Obra Nova. Ao prever esse procedimento especial, o Código de Processo Civil, em seu art. 934, III, atribui legitimidade ao Município para ajuizar demanda contra o particular – e não somente contra a pessoa do proprietário – que construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura. Descabido, pois, falar em legitimidade exclusiva do proprietário.

TOMBAMENTO

5. Por meio de tombamento ou de outras formas de intervenção administrativa e judicial, a atuação do Estado não protege – nem deve proteger ou muito menos exaltar – apenas estética refinada, arquitetura suntuosa, produção artística luxuosa, templos esplendorosos, obras grandiosas dedicadas ao ócio, ou sítios comemorativos de façanhas heroicas dos que instigaram ou lutaram em guerras, com elas ganharam fama ou enriqueceram. Além de reis, senhores e ditadores, a História vem contada também pelos feitos, revoltas e sofrimentos dos trabalhadores, dos pobres, dos estigmatizados e dos artífices mais humildes da Paz. Para que deles, do seu exemplo, coragem e adversidade nunca se olvidem as gerações futuras, fazem jus igualmente à preservação de seus monumentos, conjuntos e locais de interesse, com suas peculiares marcas arquitetônicas, mesmo que modestas e carentes de ostentação, assim como seus rituais, manifestações culturais, raízes etnológicas ou antropológicas, e até espaços de indignidade e desumanidade – do calabouço à senzala, da sala de tortura ao campo de concentração.

6. Tal qual quando socorre as promessas do futuro, o ordenamento jurídico brasileiro a ninguém atribui, mesmo ainda para satisfazer interesse individual ou econômico imediatista, o direito de, por ação ou omissão, destruir, inviabilizar, danificar, alterar ou comprometer a herança coletiva e intergeracional do patrimônio ancestral, seja ele tombado ou não, monumental ou não.

7. Cabe ao Poder Judiciário, no seu inafastável papel de último guardião da ordem pública histórica, cultural, paisagística e turística, assegurar a integridade dos bens tangíveis e intangíveis que a compõem, utilizando os mecanismos jurídicos precautórios, preventivos, reparatórios e repressivos fartamente previstos na legislação. Nesse esforço, destaca-se o poder geral de cautela do juiz, pois, por mais que, no plano técnico se diga viável a reconstrução ou restauração do imóvel, sítio ou espaço protegido, ou a derrubada daquilo que indevidamente se ergueu ou adicionou, o remendo tardio nunca passará de imitação do passado ou da Natureza, caricatura da História ou dos processos ecológicos e geológicos que pretende substituir.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte não provido.”

Recurso Especial nº 1.293.608 – PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 04.12.2012, DJ 24.09.2014.

Como já referido, foi-se o tempo em que a ideia de legalidade expressava a crença na possibilidade de clareza e de total segurança jurídica, como decorrência de normas elaboradas com rigor tal que garantissem univocidade a todas as decisões judiciais e atos administrativos.

O princípio da legalidade permanece, no entanto, com nova feição: as leis, cada vez mais, são elaboradas de uma forma que muitas decisões judiciais e administrativas deixam de encontrar seu fundamento em uma simples operação de subsunção a conceitos fixos, inseridos em enunciados normativos genéricos e abstratos, que se acreditavam bastantes para, de antemão, fornecerem soluções imediatas a qualquer situação que se apresentasse em concreto.

José Carlos Barbosa Moreira, em texto dedicado à análise da aplicação das regras da experiência e dos conceitos juridicamente indeterminados, considera a grande diversidade sociocultural para concluir que a concretização dos conceitos vagos deve levar em conta as peculiaridades locais, na medida em que nem toda regra de experiência é universalmente válida¹⁶⁹. O ponto assume caráter mais acentuado quando envolvidos direitos difusos, caracterizadamente tendentes a uma maior transição no tempo e no espaço, o que significa a “possibilidade de o intérprete ‘chegar a resoluções angularmente diversas’ na aplicação de um mesmo enunciado normativo, diante de diferentes casos ou momentos históricos”¹⁷⁰.

O caráter problemático do direito exige uma “interpretação tópica”, pois a positivação do texto normativo ocorre “quando de sua interpretação perante um caso concreto ou hipótese concretizante”¹⁷¹. Lenio Streck observa que norma é “texto aplicado/concretizado”¹⁷². Eros Roberto Grau vê um caráter constitutivo no ato da interpretação como concreção do direito¹⁷³.

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 72.

¹⁷⁰ No ponto, o que se acentua nas hipóteses que envolvam conflitos relacionados aos direitos difusos com a característica acentuada da tendência à transição no tempo e no espaço, Ricardo Arone observa a possibilidade de o intérprete “chegar a resoluções angularmente diversas” na aplicação de um mesmo enunciado normativo, diante de diferentes casos ou momentos históricos.

ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 25.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 35.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 395.

¹⁷³ “Em síntese: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a

No contexto, considera-se a concepção de Karl English da subsunção como uma sotoposição dos casos concretos, individualizados, aos enunciados normativos ou hipóteses legais e não como subordinação abstrata ao tipo legal de um grupo ou espécie de casos: cada ato de subsunção é uma nova subsunção e não uma repetição automática e irrefletida das subsunções anteriores¹⁷⁴.

É assim que o legislador passou a recorrer aos conceitos juridicamente indeterminados, aos conceitos discricionários e às cláusulas gerais¹⁷⁵, conferindo aos aplicadores do direito a competência para, eles próprios, efetuarem as valorações necessárias¹⁷⁶. Houve um “afrouxamento da decisão às circunstâncias particulares do caso concreto e às concepções variáveis da comunidade jurídica”, o que não significa que se deixe de estar vinculado pelo ordenamento jurídico a “certas linhas de orientação e certos limites”¹⁷⁷.

Conforme José Carlos Barbosa Moreira, a fixação dos conceitos juridicamente indeterminados abre ao aplicador da norma alguma margem de liberdade, algo de subjetivo, pois envolvida prolação de juízos de valor¹⁷⁸.

definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universo ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular”.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 163.

¹⁷⁴ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 2004, p. 94 – 95.

¹⁷⁵ Karl English indica que a principal característica das cláusulas gerais se relacionada com o domínio de uma técnica legislativa que possibilita submeter e ajustar um vasto grupo de situações a uma consequência jurídica, sendo o método exemplificativo uma combinação ente cláusula geral e método casuístico (ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 2004, p. 231). Judith Martins-Costa considera como característica das cláusulas gerais a exigência de uma operação mais complexa que envolveria, além da subsunção dos casos na *fattispecie*, a determinação pelo próprio intérprete dos efeitos a incidirem com caso concreto. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 326-327). Esta discussão sobre as características e natureza da cláusula geral, apesar de relevante, é deixada de lado, na medida em que, em princípio, entende-se que as ideias de conceito jurídico indeterminado e de discricionariedade são suficientes para o desenvolvimento do trabalho.

¹⁷⁶ ENGLISH, op. cit., nota 174, p. 206 - 207.

¹⁷⁷ Ibid. p. 280.

¹⁷⁸ “Na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor. Exemplo frisante é o dos ‘atos contrários à moral e aos bons costumes’, cuja prática, na dicção do art. 395, nº III, do Código Civil, acarreta a perda do pátrio poder.”

A propósito, Karl Engish observa serem raros os conceitos absolutamente determinados, tais como os numéricos (por ex.: distâncias, prazos, valores monetários) - os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, ao menos em parte¹⁷⁹.

É neste contexto que se insere a matéria da promoção e da proteção ao patrimônio cultural brasileiro, pois, conforme observado, “como muda a sociedade e mudam os seus valores, o que é considerado patrimônio cultural se modifica – é construído e reconstruído permanentemente”¹⁸⁰. Desta forma, diante da impossibilidade de uma descrição exaustiva e minuciosa de situações fáticas, o legislador se limitou a indicações genéricas e deixou ao aplicador a identificação das hipóteses concretas de enquadramento de bens na categoria de patrimônio cultural¹⁸¹, assim como as consequências disto decorrentes.

A efetividade da proteção ao patrimônio cultural brasileiro, como um direito difuso, exige uma legislação capaz de abranger toda a sua diversidade e dinâmica, além de um enfoque jurídico aos aspectos subjetivos inerentes à concretização dos conceitos jurídicos indeterminados e da aplicação da discricionariedade.

É como elemento de complexidade que se observa também que eventual consideração do aspecto cultural como valor absoluto não encontra guarida no Estado Democrático de Direito¹⁸². O reconhecimento da dignidade humana diz

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____, *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 65.

¹⁷⁹ “Que numa noite sem luar, pelas vinte quatro horas, nos espaços não iluminados, domina a escuridão, é uma coisa clara; dúvidas fazem já surgir nas horas do crepúsculo.”

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 2004, p. 208 – 210.

¹⁸⁰ MEIRA, Ana Lúcia Goelzer. *O passado no futuro da cidade: políticas públicas e participação dos cidadãos na preservação do patrimônio cultural de Porto Alegre*. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 15.

¹⁸¹ “A questão assumirá importância particular caso se trate de palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato -, o cuidado de ‘preencher os claros’, de cobrir os ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, ao propósito, em ‘conceitos jurídicos indeterminados’”.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____, *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 64.

¹⁸² Fazendo uma referência a Alain Touraine e Marilena Chauí, Tânia Maria dos Santos observa: “A convivência gera a existência de conflitos de valores insuperáveis que devem ser reconhecidos num sistema político para serem democráticos. Uma sociedade nacional culturalmente homogênea é, por definição, antidemocrática.”

respeito ao desenvolvimento social com qualidade de vida, o que exige compatibilização em concreto entre interesses na defesa do patrimônio cultural e demais interesses também relevantes: “o conflito de direitos deve ser resolvido em concreto, e não em abstracto; ou seja, pela análise das implicações no caso concreto e não pela radical consideração da superioridade abstracta de um dos direitos em conflito sobre o outro”¹⁸³. É disso que se cuida na sequência.

Fernando Alves Correia, em comentário sobre o procedimento de formação do Plano Diretor Municipal em Portugal, observa não só a possibilidade de participação dos cidadãos com diferentes posicionamentos, mas também a necessidade da colaboração e da concertação entre os diversos entes da Administração Pública, que se colocam muitas vezes de forma antagônica e conflituosa em torno de algumas questões específicas¹⁸⁴. É uma situação comum nas questões relativas à preservação dos bens culturais imóveis, nas quais particulares e representantes dos diversos entes estatais se colocam em posições antagônicas. Uns propugnam a conservação do bem, enquanto outros entendem que as medidas preservacionistas seriam entrave ao desenvolvimento, bem como, em determinados casos, infringência à propriedade privada, na qualidade de um direito também de natureza fundamental. Nesta circunstância, ressaltam-se os particulares e os agentes públicos como potenciais participantes da produção de decisões sobre a preservação dos valores culturais.

Como já referido, a defesa do patrimônio cultural envolve a proteção de valores de relevância espiritual coletiva, não econômicos, decorrentes das obras ou da valorização humana¹⁸⁵.

SANTOS, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 65.

¹⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Inovação, Criatividade e Acesso à Cultura. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 314.

¹⁸⁴ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 268-269.

¹⁸⁵ “Ainda que sem pretender dar uma definição de cultura – tarefa das mais difíceis e talvez das mais inglórias – pode assentar-se em que cultura envolve: - tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância colectiva; - tudo que se reporta a bens não econômicos; - tudo que tem que ver com obras de criação ou de valorização humana, contrapostas às puras expressões da natureza”.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 159.

Ocorre que, apesar da consideração do aspecto não econômico dos bens culturais, são comuns, principalmente no que se refere aos imóveis, conflitos entre interesses coletivos na preservação e interesses econômicos imediatos, geralmente individuais-egoísticos, ocultados sob argumentos de desenvolvimento social.

A questão foi tocada no Acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3540 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 01 de setembro de 2005 e publicado em 03 de fevereiro de 2006, que, com base no artigo 170, VI, da Constituição Federal, avaliou que o exercício das atividades econômicas deve ser harmonizado com os princípios que privilegiam “um dos mais significativos direitos fundamentais”, que é a preservação do meio ambiente, referido como abrangente de aspectos naturais, culturais, urbanos e laborais.¹⁸⁶

¹⁸⁶ “EMENTA: MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS – ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160 – 161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de

Sobre o ponto, Luís Fernando Cabral Barreto Júnior afirma que, com a Constituição de 1988, as questões relativas ao Patrimônio Cultural foram deslocadas da esfera do Direito Administrativo para o âmbito do Direito Ambiental, com a incidência dos princípios da prevenção e da precaução¹⁸⁷. É neste contexto que Ana Maria Moreira Marchesan oferece uma interpretação bastante interessante, com aplicação do princípio da precaução como forma para maior efetividade à proteção cultural:

Além das questões relacionadas à materialidade dos bens culturais, é possível invocar o princípio da precaução no tocante à incerteza, à oscilação da identificação do valor cultural de um bem, ou seja, no tocante à imaterialidade axiológica inerente a todo bem cultural. Conforme averbamos alhures, a atribuição de valor cultural a determinado bem costuma se dar posteriormente, por uma série de fatores que envolvem

meio ambiente artificial (urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. – O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. – A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. – Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. – É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III) (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

¹⁸⁷ BARRETO JÚNIOR, Luis Fernando Cabral. O controle judicial das omissões do Poder Público no dever de proteção ao Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 151.

múltiplos e diferenciados processos de apropriação, recriação e representação construídos e reconhecidos culturalmente e que ocorrem muitas vezes antes da criação ou constituição do próprio bem.

Quando o reconhecimento desse valor depende de uma avaliação técnica, essa não pode ser medida com uma régua nem se compreende dentre as ciências exatas. Ao contrário, assentar-se-á no campo das ciências humanas, condicionada a uma adequada fundamentação. Como todo e qualquer saber, esse está em constante e dinâmica evolução, de sorte que, sem que saibamos hoje se determinado bem poderá ou não ter reconhecido seu valor cultural, cautelas se impõem.

É claro que essa recomendação não pode ser levada ao extremo, sob pena de engessar a vida em sociedade.

Aplicar-se-á a prudência referida aos bens sobre os quais, hoje, ainda se têm dúvidas quanto ao seu valor. Dúvida implica inexistência de um saber homogêneo sobre algo. [...]

Entre autorizar ou não a demolição de um bem sobre o qual a sociedade ainda diverge sobre seu valor parece que a negativa é a melhor resposta, ainda que isso importe no sacrifício pessoal do proprietário, o qual poderá, nesses casos, em função da correta distribuição das cargas públicas, vindicar alguma indenização.¹⁸⁸

Maurício Chagas assevera que a preservação da memória e da identidade não pode ser vista em contraposição ao progresso e lembra uma afirmação de Jack Lang, quando Ministro da Cultura da França: a “cultura é o nosso petróleo”¹⁸⁹.

Compreende-se que, embora aspectos econômicos devam ser levados em conta nas questões relativas à preservação do patrimônio cultural¹⁹⁰, isto, no entanto, não pode significar uma subordinação da proteção dos valores culturais exclusivamente aos ditames de mercado, de forma que somente seriam merecedoras de proteção as expressões culturais economicamente rentáveis: “isto nem sempre é possível e, em alguns casos, inclusive, não é desejável”¹⁹¹.

O enfoque dos bens culturais como simples fonte potencial de rendimentos pode, por exemplo, significar a negação da proteção e o conseqüente desaparecimento de valores culturais nas comunidades não vocacionadas à indústria do turismo.

¹⁸⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 130.

¹⁸⁹ CHAGAS, Maurício. Patrimônio Cultural. In: TINÓCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 17.

¹⁹⁰ Tem-se bem claro que a promoção e a proteção dos bens culturais demandam recursos econômicos.

¹⁹¹ ELIZABETH, Grace. Sociedade Patrimônio Cultural. In: TINÓCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 52.

A concepção de uma proteção ao patrimônio cultural voltado apenas ao mercado é uma espécie de colonização da autenticidade das comunidades, que passam a ter as suas singularidades culturais submetidas aos crivos externos e não mais aos seus próprios valores. O orgulho do pertencimento passa a se condicionar à admiração ou aceitação externas. A desvalorização das identidades acarreta o empobrecimento da diversidade cultural humana ¹⁹².

A promoção do desenvolvimento econômico dissociado de um desenvolvimento social contrasta com as proposições do Estado Democrático de Direito da Constituição Brasileira de 1988.

Não há como deixar de reconhecer que a solução para vários litígios envolvendo os interesses de massa ou de grupos sociais exigem escolhas políticas, campo real do exercício de um poder discricionário, com a possibilidade de opção, diante de fatos concretos, por uma solução dentre outras juridicamente possíveis ¹⁹³.

Trata-se da busca de um difícil e instável equilíbrio, na qual a utilização econômica dos bens integrantes do patrimônio cultural deve se adequar às exigências da preservação e da valorização social e não o inverso. Não cabe aqui uma resposta sobre se isto ocorrerá, e em que proporção. Cabe, apenas, a transcrição das palavras de Lúcia Reisewitz no sentido de que “existe a possibilidade jurídica desse patrimônio, pois a preservação da memória, da ação e identidade do povo brasileiro é um direito constitucionalmente assegurado” ¹⁹⁴.

Sob o enfoque de uma equivalência de tratamento constitucional entre os valores culturais e os valores ambientais ¹⁹⁵, transcrevem-se considerações do Ministro Celso de Mello no voto proferido na já referida Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1-DF, que indicam a ponderação concreta, em cada caso, como fórmula para a superação de antagonismos entre interesses fundamentais, nos quais valores constitucionais relevantes se contrapõem:

¹⁹² NOGUEIRA, José Duarte. A proteção do Patrimônio Cultural no Século XXI. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 55.

¹⁹³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

¹⁹⁴ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 128.

¹⁹⁵ “Portanto, a atual Constituição coloca, no mesmo pé de igualdade, a proteção dos valores históricos e culturais e o meio ambiente como um todo.”
MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 12, nov./dez. 2003, p.1197.

(...) a superação de antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais) ponderar e avaliar *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso concreto, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (...) -, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente.

É assim também que, considerando a natureza do Jardim Botânico do Rio de Janeiro como um bem público da União, com tombamento efetuado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso Especial 808.708-RJ com a formulação de um juízo de proporcionalidade, no qual prevaleceu o direito difuso da comunidade nacional à integridade do bem imóvel culturalmente valioso, como expressão de sua função social, diante do alegado direito à moradia naquele específico local¹⁹⁶, por aqueles que ocupavam irregularmente parte da sua área¹⁹⁷.

Entende-se que um exemplo simples e bastante corriqueiro é capaz de fornecer uma aproximação com a questão: quando se argumenta que bem prestes a ser demolido para a construção de via pública deva ser preservado, por possuir valor cultural ainda não reconhecido pelo Poder Público, colocam-se duas questões distintas, que devem ser analisadas sucessivamente para a produção de decisões motivadas: primeiro a decisão sobre a adequação da situação fática do imóvel no que se refere ao seu valor cultural, conforme conceitos delineados no artigo 216 da Constituição (operação de concretização de conceito jurídico indeterminado: o bem possui valor cultural ou não) e, na sequência, a ponderação dos valores constitucionais eventualmente postos em conflito (reconhecido o valor cultural do bem, a sua preservação ou a sua destruição para a construção da via pública

¹⁹⁶ Não se negou o direito fundamental à moradia digna, negou-se apenas o direito o direito à moradia naquele específico local, em razão da sua relevante função social como um bem integrante do patrimônio cultural brasileiro.

¹⁹⁷ É o que se lê no seguinte trecho de ementa do Acórdão do STJ: “19. A grave crise habitacional que continua a afetar o Brasil não será resolvida, nem seria inteligente que se resolvesse, com o aniquilamento do patrimônio histórico-cultural nacional. Ricos e pobres, cultos e analfabetos, somos todos sócios na titularidade do que sobrou de tangível e intangível da nossa arte e histórica como Nação. Daí que mutilá-lo ou destruí-lo a pretexto de dar casa e abrigo a uns poucos corresponde a deixar milhões de outros sem teto e, ao mesmo tempo, sem a memória e a herança do passado para narrar e passar a seus descendentes.”

Recurso Especial nº 808.708-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 18.08.2009, DJ 04/05/2011.

exigiria uma opção, o que não significa, evidentemente, arbitrariedade). Vislumbra-se aqui uma espécie de cumulação sucessiva de pedidos, conforme previsto na teoria geral do processo, na qual um é prejudicial ao outro; o atendimento do primeiro põe-se como premissa para a análise do segundo¹⁹⁸, embora a decisão final possa formalmente vir em um único momento.

Considerando os pressupostos de que não é o Poder Público que confere ao bem a característica de patrimônio cultural e de que a preservação do bem assim caracterizado é uma forma de cumprimento de sua função social, há uma obrigação no seu reconhecimento e, em princípio, na sua proteção. No exemplo esboçado, se não houvesse relevante interesse público na construção da via (ou a presença de alternativa plausível que possibilitasse o atendimento de ambos os interesses na sua fundamentalidade), o reconhecimento do valor cultural (operação de concretização do conceito jurídico) deveria, em princípio, significar o dever de sua proteção.

Esta hipótese da destruição de um bem a que se atribui valor cultural imobiliário com a justificativa da construção de uma via pública evidencia assim duas fases distintas no que se refere à promoção e à proteção dos bens culturais: a primeira, que envolve a própria revelação ou descoberta do bem como portador de um valor cultural preexistente; a segunda, diz respeito às consequências do reconhecimento do valor cultural, com o enfrentamento das questões relativas às formas de proteção ou até a não preservação do bem, diante de outros interesses, que também encontrem suporte constitucional (da solução deste conflito pode resultar a preservação do bem como uma expressão cultural viva ou a sua supressão).

É o que se vê esboçado no Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 153531/SC, Relator Min. Francisco Rezek, publicado no DJ de 13 de março de 1996, que, sem negar o aspecto cultural da prática conhecida como “farra do boi”¹⁹⁹ (o que, por consequência, como referido adiante, sugere o seu registro para fins históricos, como uma prática cultural extinta: “registro

¹⁹⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 203.

¹⁹⁹ Luís da Câmara Cascudo, baseado em informantes que indica, identifica no Dicionário do Folclore Brasileiro a prática nomeada de “boi na vara” como “aparentemente” exclusiva do litoral do Estado de Santa Catarina, mais acentuadamente entre os municípios de São Francisco do Sul e de Laguna. Trata-se de “divertimento popular” caracterizado como “folgado” no qual o bovino é molestado “até o completo esgotamento do animal, quando, então, matam-no e repartem a sua carne entre os participantes da *brincadeira*”.

CASCUDO, Luís da Câmara. *Dicionário do folclore brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Global, 2012, p. 118.

como uma prática cultural do seu tempo”, conforme parágrafo único do artigo 7º do Decreto nº 3.551/2000), proibiu-a em razão da vedação da crueldade para com os animais, com o que, no caso, prevaleceram os valores consubstanciados no inciso VIII do artigo 225 da Constituição Federal²⁰⁰.

Acredita-se que a visão do processo para a promoção e a proteção de bens culturais seccionado em duas etapas possibilita o enfrentamento mais fácil das discussões que se travam sobre o caráter vinculado/discricionário e declaratório/constitutivo do ato administrativo que dele resulta. (em especial o tombamento).

Portanto, os processos envolvendo a promoção e a proteção de bens culturais, esquematicamente, podem ser divididos em duas etapas: a primeira, de cunho predominantemente declaratório, visando constatar o valor cultural do bem no contexto social mediante a concretização de conceitos jurídicos indeterminados, com um grau muito acentuado de objetividade; a segunda, com o confronto do interesse na proteção do bem qualificado positivamente como cultural com demais interesses de ordem fundamental, onde presente um grau superior de poder discricionário (não arbitrário). Esta segunda fase envolve questões relacionadas às medidas mais apropriadas para a promoção e a proteção dos bens culturais e o confronto do direito difuso ao patrimônio cultural com outros direitos também de ordem fundamental.

Nada de novo aqui: José Carlos Barbosa Moreira indica que os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição dos fatos, enquanto que o exercício do poder discricionário se situa no campo dos efeitos, com a possibilidade jurídica da escolha da consequência decorrente da incidência do modelo normativo ao fato concreto:

Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o “fato” (*Tatbestand, fattispecie*) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do “fato”, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade de

²⁰⁰ “EMENTA – COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VIII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’.”
Recurso Extraordinário nº 153531/SC, Relator Min. Francisco Rezek, publicado no DJ de 13 de março de 1996

aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador²⁰¹.

Judith Martins-Costa observa que os conceitos indeterminados “integram, sempre, a descrição do ‘fato’ em exame com vistas à aplicação do direito”²⁰², ou seja, no conceito indeterminado o aplicador reconhece que fato concreto se enquadra na hipótese abstratamente estabelecida, para fazer incidir uma consequência jurídica.

No mesmo sentido, Hartmut Maurer situa os conceitos jurídicos indeterminados e o “espaço de apreciação” como questões do “tipo legal”, enquanto que o poder discricionário estaria colocado no âmbito das consequências jurídicas²⁰³. Portanto, segundo o autor, a valoração concreta para a aplicação do conceito jurídico indeterminado situa-se no “âmbito do conhecimento”²⁰⁴.

Inicia-se assim pela análise isolada dos dispositivos conceituadores dos bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro, considerando a premissa, já estabelecida, de que o valor cultural é uma característica objetiva, preexistente a qualquer manifestação do Poder Público, que determinados bens possuem em razão da sua relevância especial para a comunidade, que tem um interesse legítimo na sua preservação.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela primeira vez sobre o regime legal do patrimônio histórico e artístico brasileiro em julgamento de 19 de agosto de 1943, na Apelação Cível nº 7.377, Relator Ministro Castro Nunes²⁰⁵. Na situação, o

²⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 66.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.326.

²⁰³ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad.: HECK, Luiz Afonso. Barueri-SP: Manole, 2006, p. 152.

²⁰⁴ Ibid. p. 154.

²⁰⁵ “APELAÇÃO CÍVEL Nº 7.377 – Distrito Federal – EMENTA

- Patrimônio histórico. Serviço de proteção, tombamento. Questão constitucional. Apreciação judiciária. Inscrição de bens particulares, desnecessidade de desapropriação. Instâncias administrativas, recurso.

- Os atos administrativos, de qualquer natureza, estão sujeitos ao exame dos tribunais.

- Ao Judiciário cabe decidir se o imóvel inscrito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tem ou não valor histórico ou artístico, não se limitando a sua competência a verificar apenas se foram observadas as formalidades legais no processo de tombamento.

- Verificada a procedência do valor histórico do imóvel de domínio particular como integrante de um conjunto arquitetônico, subsiste o tombamento compulsório com as restrições que dele decorrem para o direito de propriedade, sem necessidade de desapropriação.

proprietário insurgia-se contra o tombamento de seu imóvel, situado na Praça 15 de Novembro, cidade do Rio de Janeiro²⁰⁶, tendo como uma de suas alegações a de que o prédio não possuía características históricas relevantes. A discussão desenvolveu-se, em parte, sobre a possibilidade de o Poder Judiciário reapreciar os motivos do ato administrativo de tombamento. Ou seja, no caso, reanalisar a caracterização do bem como patrimônio histórico.

Em texto datado de 1945, sobre o referido acórdão do Supremo Tribunal Federal (na Apelação Cível nº 7.377), Victor Nunes Leal observou o motivo do ato administrativo (neste caso, o valor histórico do bem) como parte da sua configuração legal, pois, a “verificação dele está incluída na análise da legalidade”²⁰⁷. O motivo é realidade objetiva exterior ao agente e precede a existência do ato como condição para a sua validade, assim, o controle dos atos administrativos se estende ao exame dos motivos²⁰⁸.

Portanto, inexistente na hipótese uma discricionariedade impeditiva da reapreciação dos pressupostos legais do ato de tombamento pelo Poder Judiciário, no que se refere à qualificação do bem como portador de valor histórico ou artístico. Concluiu-se então que a constatação do valor cultural não envolvia apreciação de conveniência ou de oportunidade, mas sim averiguação da correta aplicação da lei²⁰⁹.

Considerou-se ainda que artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937²¹⁰ estabelecia critérios que, apesar de “vagos” (ou indeterminados), bastavam para a aferição da

ACÓRDÃO

Vistos, etc. – Acorda o Supremo Tribunal Federal, pelos ministros componentes da 1ª Turma, de acordo com os votos proferidos e constantes das notas taquigráficas, em negar provimento ao recurso, unanimemente.”

Supremo Tribunal Federal - Apelação Cível nº 7.377 – Rel. Min. Castro Nunes.

²⁰⁶ Imóvel conhecido como “Arco do Teles”, remanescente de uma antiga residência setecentista.

²⁰⁷ “Apurar se realmente ocorreu um fato, sem o qual o ato não podia ser praticado, não equivale a dizer se aquele motivo era razoável, ou não, mas apenas se era verdadeiro. Se era falso o motivo, isto é, se o fato real pressuposto por lei não ocorreu, o ato não pode subsistir, é ilegal, porque baseado em falsa causa”.

LEAL, Victor Nunes. *Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração*. In: _____. *Problemas de direito público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 245.

²⁰⁸ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello que ainda observa que o motivo é de direito, quando reside na lei, e é de fato, quando se encontra na realidade empírica. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 87-88.

²⁰⁹ “Ora, saber se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não constitui exame de conveniência ou oportunidade, mas precisamente uma indagação de se foi devida ou indevidamente aplicada”.

LEAL, op. cit., nota 207, p. 254.

²¹⁰ Dec.-Lei 25/1937:

legalidade quanto ao enquadramento do bem como patrimônio histórico: o dispositivo legal continha elementos suficientes para a efetividade da lei, independentemente de uma regulamentação ²¹¹.

Uma análise sobre o artigo 216 da Constituição de 1988 demonstra a presença de critérios igualmente indeterminados para a conceituação do patrimônio cultural brasileiro, agora ampliado pelos bens de natureza imaterial, além dos materiais, “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” ²¹². Não mais apenas os móveis e

Art. 1º. Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

²¹¹ “Ora, saber se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não constitui exame de conveniência ou oportunidade, mas precisamente uma indagação se foi devida ou indevidamente aplicada a lei. Dir-se-á que a lei não fornece os critérios para essa qualificação, não havendo, pois, referência legal para se apurar o erro ou acerto da qualificação. O argumento é em parte, mas não totalmente verdadeiro. A lei estabelece aqueles critérios, bastante vagos é certo, mas os estabelece. Para que um bem se considere integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, exige o art. 1º do decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937:

1, que esteja vinculado a fatos memoráveis da história do Brasil; ou

2, que tenha excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico; ou

3, que se trate de sítios ou paisagens de feição notável, por obra da natureza ou do homem.

O intuito da lei não foi, portanto, dar autoridade irrestrita ao órgão incumbido do tombamento, mas cerceá-lo com o significado limitativo das expressões empregadas: “fatos memoráveis”, “excepcional valor” e “feição notável”. E esses critérios, mais ou menos vagos – mas que exigem severidade no julgamento -, deveriam ser melhor esclarecidos no regulamento a que alude o § 2º do art. 4º e que jamais foi baixado.”

LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. In: _____. *Problemas de direito público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 254.

²¹² “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.

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

§ 4º. Os danos e apeças 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.

imóveis de valor excepcional ou vinculados a fatos memoráveis da história do Brasil, conforme referidos no Decreto-Lei nº 25/1937.

De forma exemplificativa, os incisos do artigo 216 indicam como patrimônio cultural brasileiro “as formas de expressão”; “os modos de criar, fazer e viver”; “as criações científicas, artísticas e tecnológicas”; “as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais”; “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Considera-se que a efetividade que se extraía dos conceitos indeterminados do citado artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937, que então bastavam para a proteção de bens históricos e artísticos, está agora no artigo 216 da Constituição Federal de 1988.

O que ressalta é que o artigo 216 da Constituição de 1988 trouxe elementos qualificativos para os bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro e, ao mesmo tempo, mais abrangentes do que os que constavam do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937 e que, desde longa data, foram tidos como suficientes para a edição dos atos de tombamento dos bens culturais materiais. Em síntese, se o texto do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937 foi bastante para que dele se extraíssem os elementos de caracterização dos bens culturais, da mesma maneira e com muito mais razão, pois no contexto da efetividade constitucional do Estado Democrático de Direito, deve servir o artigo 216 da Constituição de 1988 para a revelação dos bens culturais.

Assim, os bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro revelam-se mediante operações de concretização de conceitos “vagos” ou “indeterminados”, tal como sempre ocorreu para a aplicação do artigo 1º do Decreto nº 25/1937, com a fundamental diferença de que não mais se concretiza um comando legal de cunho autoritário, que pretendia conferir exclusivamente ao Estado a escolha do conjunto dos bens a serem protegidos, mas sim um comando constitucional no contexto de

§ 6º.É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributárias líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I – despesas com pessoal e encargos sociais;

II – serviço da dívida;

III – qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.”

um Estado Democrático de Direito, mediante um procedimento que deve ser aberto à comunidade, com ampla possibilidade da participação popular.

Como será objeto de consideração subsequente, não se trata mais de simples adequação entre os interesses dos agentes públicos e os interesses dos proprietários particulares, mas sim, de direitos fundamentais difusos postos em confronto, ao mesmo tempo, com outros direitos também de natureza difusa e com direitos fundamentais individuais.

O § 1º do artigo 216 deixa claro que a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro competem primordialmente ao Poder Público, cabendo à comunidade uma atividade de colaboração: para o Poder Público há imposição decorrente da utilização dos verbos no imperativo (“promoverá” e “protegerá”); a comunidade poderá colaborar. Sendo a colaboração direito da comunidade, o Poder Público não pode obstá-la, devendo, muito pelo contrário, estimulá-la de todas as formas com a facilitação da participação de todo cidadão.

Observa-se também que a competência administrativa para a preservação do patrimônio cultural, além de refletir e de envolver o poder para a emissão de atos jurídicos diante de bens com valor cultural, deve ser analisada na sua vertente de encargo, de dever e de obrigação. Quem possui competência administrativa tem que exercê-la, pois a “competência tem expressão compulsória”²¹³. Em outros termos, exclui-se, por ilegítima, a mera omissão da Administração diante de valores constitucionais relevantes²¹⁴, sendo função do Poder Judiciário, desde que acionado, afastar as lesões decorrentes das omissões da Administração²¹⁵.

De fato, vista a proteção do patrimônio cultural brasileiro como um direito difuso fundamental das comunidades, entende-se que a matéria não possa ser

²¹³ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da competência constitucional administrativa*. Curitiba: Genesis, 1995, p.60.

²¹⁴ “Conclui-se que, sob qualquer ângulo, quando se analisa a implementação de direitos constitucionalmente garantidos, não há que se falar em poder discricionário pelo qual caiba à Administração a escolha entre agir e não-agir. A inação não é uma possibilidade dada pela Constituição. A Administração tem o dever de agir, escolhendo, dentre as possibilidades, aquelas que promovam o fim da maneira que julgar mais adequada e eficiente, ou, em outras palavras, aquela atividade que propicie o maior nível de implementação dos direitos prestacionais.” BREYNER, Frederico Menezes. Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa. *Revista Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, v. 22, n. 139, jan./fev. 2008, p. 135.

²¹⁵ HARTMANN, Analúcia. A ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (org.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 406.

negligenciada e nem a sua apreciação ser afastada do Poder Judiciário, sob pena de inobservância ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”)²¹⁶. Neste contexto, observa-se que a expressão “poder público”, utilizada no § 1º do artigo 216 da Constituição confere competência inclusiva ao Poder Judiciário para, desde que provocado, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro.

Miguel Seabra Fagundes também admitia a intervenção do Poder Judiciário para determinar ao Poder Público inerte uma atuação no sentido de preservar o patrimônio cultural²¹⁷ e Hely Lopes Meirelles considerava que, nas situações de omissão do Poder Executivo com relação ao tombamento de bem que

²¹⁶ É assim que se entende desde o paradigmático Acórdão proferido pelo Pleno no Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível nº 7.377, em 17 de junho de 1942: “O ministro OROZIMBO NONATO entendeu que ‘o Conselho do Patrimônio não decide soberanamente se determinado prédio é ou não monumento histórico’, devendo o judiciário ‘em espécie, ou em caso concreto apreciar a legalidade do ato’. ‘Podemos rever a decisão do Conselho’ – disse o ministro LAUDO DE CAMARGO -, devendo o processo voltar à Turma, ‘para que se verifique se, de fato, se trata de monumento histórico’. O ministro CASTRO NUNES concordava ‘em princípio’, ‘com restrições decorrentes do próprio ensinamento da jurisprudência’, mas, apesar das reservas antecipadas em tese, examinou a prova no julgamento de mérito pela Turma. O direito de provocar o exame do judiciário sobre tais provas – disse ele – assiste a todo proprietário atingido pelo tombamento, como decorrência ‘da sujeição dos atos administrativos de qualquer natureza (...) ao controle judicial’. Por isso, considerava inoperante o dispositivo legal que não admite recurso das decisões do Conselho Consultivo do S.P.H.A.N., ‘se se quiser entender que essa vedação alcança o judiciário’. [...]. O ministro FILADELFO AZEVEDO também reivindicou a faculdade de apreciar a classificação feita pelo órgão administrativo, o que fazia, ‘embora sob os mais discretos contornos e a fim de evitar que sob a aparência de técnica se disfarcessem o exagerado arbítrio ou a injustiça notória’. Ambos, porém, apreciando o laudo pericial do Prof. PEDRO CALMON, mantiveram o tombamento impugnado.”

LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. In: _____. *Problemas de direito público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 243-244.

²¹⁷ “E como a Administração Pública pode ferir o interesse geral, tanto por ação como por omissão – e nesse campo até muito por omissão – a *actio popularis* não se há de restringir aos casos de bens, sítios ou paisagens, que o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico haja tombado, seja pelo seu vinculamento a fatos memoráveis da história pátria, seja pelo seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico, seja ainda pelas suas qualidades naturais acrescidas pela indústria humana (Dec.-lei nº 25, de 30.11.1937, art. 1º). Se assim não se entender, desaparecerá uma das oportunidades mais úteis para o uso da ação popular nesse setor, que é o de compelir a Administração Pública a maior zelo ao inventariar e defender o patrimônio espiritual da comunidade, ligado a bens de valor histórico, artístico ou paisagístico. É certo que essa matéria envolve a apreciação do mérito de atos administrativos (a valia dos bens sob aqueles aspectos), mas também ocorre apreciação de mérito nos casos em que, sendo tombado o bem, se impugnem medidas administrativas, sob o fundamento de que o prejudicam. O que acontece é que o alargamento do controle jurisdicional, além do aspecto de legitimidade, resulta da vontade da lei, porquanto consequência necessária da ampliação do conceito de patrimônio para os fins de propositura de ação popular. Aqui há destarte, como consequência virtual do tratamento que o legislador emprestou à matéria, uma exceção ao princípio excludente da apreciação do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atual.: BINENBOJM, Gustavo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 437-438.

reconhecidamente devesse ser protegido, o Judiciário poderia determinar ao Executivo que fizesse a proteção”²¹⁸

De igual forma, Luiz Alberto Thompson Flores Lenz posicionou-se em parecer proferido na ApCiv 700199227, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul ²¹⁹, com indicação de decisão também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, diante de omissão da Administração, determinou o tombamento municipal de imóvel, com a fixação de responsabilidade solidária do Poder Público e do proprietário pela sua restauração interna e externa (Apelação Cível nº 70013861158, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, julgado em 02/05/2007)²²⁰.

Conforme Luís Fernando Cabral Barreto Júnior, não atende em nada aos interesses da preservação do patrimônio cultural a permanência do entendimento de que o “valor de um bem cultural depende do tombamento, de que o poder público não tem obrigação de restaurar bem tombado, salvo se o desapropriar, e, principalmente, arrimados no princípio da tripartição dos Poderes, de que o Poder Judiciário não poderia determinar a proteção ou restauração de bens”²²¹.

Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho tanto a ação popular (Lei nº 4.717, de 1965) quanto ação civil pública (Lei nº 7.374, de 1985) seriam pertinentes quando bens culturais estivessem sendo danificados ou em risco evidente²²².

Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior admite que os legitimados para a propositura de ação civil pública possam “exigir posturas concretas da Administração, no sentido de providências visando adoção de medidas com vistas à declaração do tombamento de um bem, ou mesmo de proteção daqueles já tombados” ²²³. Ana Maria Moreira Marchesan admite a possibilidade de o Poder Judiciário controlar as ações e omissões do Poder Executivo com relação à proteção

²¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. Atual: AZEVEDO, Eurico de Andrade; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 128.

²¹⁹ LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores Lenz. Pareceres: Ação civil pública. Tombamento de bens de valor histórico e cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 12, n. 47, jul./set. 2007, p.194.

²²⁰ *Ibid.* p. 195.

²²¹ BARRETO JÚNIOR, Luis Fernando Cabral. O controle judicial das omissões do Poder Público no dever de proteção ao Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Waress de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 150-151.

²²² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75.

²²³ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199.

dos bens culturais²²⁴. No mesmo sentido colhem-se também as manifestações de Sandra Cureau²²⁵, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto²²⁶, Maria Coeli Simões Pires²²⁷, Lúcia Valle Figueiredo²²⁸, Toshio Mukai²²⁹ e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves²³⁰.

Entende-se que inexista poder discricionário para a omissão no reconhecimento (ou declaração) do valor cultural de bens ou ainda para que se deixe de exercer vigilância sobre o patrimônio cultural. A mera inércia não pode ser considerada exercício de poder discricionário.

As expressões indicativas do enunciado do artigo 216 da Constituição não podem ser vistas como empecilhos para a sua efetividade e nem como atribuição de um poder dito discricionário, para que agentes públicos escolham com total liberdade e exclusividade, segundo seus juízos pessoais e singulares de conveniência e de oportunidade, os bens que considerem portadores de valor cultural. Como referido, os termos do artigo 216 da Constituição consubstanciam uma técnica legislativa adequada à dinâmica mutável dos valores culturais, que encontra efetividade no contexto do Estado Democrático de Direito.

Karl English classifica os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos descritivos, quando designam “objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçionáveis” (por ex.: escuridão, intenção, velocidade, cores)²³¹ e em conceitos indeterminados estritamente normativos, mais frequentes e que radicam o teor dos seus sentidos “em quaisquer

²²⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Inquérito civil e ação civil pública na tutela do patrimônio cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 131.

²²⁵ CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, v. 2, n. 9, out./dez. 2003, p.194.

²²⁶ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 13, n. 51, jul./set. 2008, p. 192.

²²⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 325.

²²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

²²⁹ MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 12, nov./dez. 2003, p.1201.

²³⁰ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, abr/jun 2002, p. 44.

²³¹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 210.

normas, quer estas provenham do Direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura”²³².

Com relação aos conceitos jurídicos indeterminados normativos, English observa que o significado próprio do termo normativo é encontrado na necessidade de uma valoração para a sua aplicação ao caso concreto, pressupondo uma indeterminação, que os situa como uma “classe especial de conceitos indeterminados”²³³.

É com base na doutrina exposta que se afirma que o reconhecimento de um bem cultural configura o preenchimento de um conceito jurídico indeterminado normativo, de acordo com os elementos indicativos extraíveis do artigo 216 da Constituição Federal: referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

A declaração do valor cultural é operação de densificação de conceitos jurídicos indeterminados, expressos na Constituição Federal, mediante a emissão pelo aplicador do direito de juízos de valores nos casos concretos²³⁴. Segundo Edimur Ferreira Faria, cabe a constatação, em concreto, se o bem representa manifestação cultural, para que o conceito jurídico indeterminado se concretize²³⁵.

²³² “Pelo contrário, dizer que uma coisa é ‘alheia’ e pode, portanto, ser possível objecto de um furto, de um abuso de confiança ou de um dano patrimonial, significa que ela ‘pertence’ a outro, que não ao agente. Por conseguinte, pressupõe-se aqui logicamente o regime de propriedade do Direito civil como complexo de normas. Eu não posso de forma alguma pensar uma coisa como ‘alheia’ sem pensar ao mesmo tempo nas normas sobre propriedade. Sentido normativo (e não simplesmente referido a valores) têm-no de igual modo conceitos jurídicos como: ‘casamento’, ‘afinidade’, ‘funcionário público’, ‘menor’, ‘indecoroso’, ‘íntegro’, ‘indigno’, ‘vil’ (‘baixo’) e outros semelhantes, todos os quais radicam o seu teor de sentido em quaisquer normas, quer estas provenham do Direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura.”

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 212.

²³³ “Se alguém é casado ou é menor, isso pode ser ‘estabelecido’ através de critérios descritivos. Ao contrário, se uma predisposição caracteriológica é ‘indigna’, se um motivo é ‘vil’, se um escrito é ‘pornográfico’, se uma representação é ‘blasfema’ – pense-se a este propósito no célebre quadro de GEORGE GROSZ, representando Cristo na cruz com a máscara de gás na face e botas nos pés (sobre o caso, RGestSt. 64, PP, 121 e SS.) -, isso só poderá ser decidido com base numa valoração. Os conceitos normativos desta espécie chamam-se conceitos ‘carecidos de um preenchimento valorativo’. Com essa horrorosa expressão quer-se dizer que o volume normativo destes conceitos tem que ser preenchido caso a caso, através de actos de valoração”.

Ibid. p. 213.

²³⁴ MAGALHÃES, Thiago Faria de Godoy. A importância do conceito jurídico indeterminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Esmape*, Recife, v. 12, n. 25, t. 1, jan. jun. 2007, p. 371.

²³⁵ “Trata-se, pois, de conceito jurídico indeterminado, cabendo à Administração, por seus agentes, verificar, no caso concreto se o bem é dotado de uma das manifestações culturais previstas na lei”. FARIA, Edimur Ferreira O tombamento e seus reflexos. In: DIAS, Maria Teresa Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (coord.). *Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 78 – 87.

José dos Santos Carvalho Filho destaca em artigo sobre a discricionariedade administrativa que, sem grandes problemas quanto a sua aplicação, os conceitos jurídicos indeterminados sempre estiveram presentes nas normas jurídicas (tais como a boa-fé e a diligência do bom pai de família do Direito Civil), não havendo justificativa para que fiquem alijados dos campos do Direito Administrativo²³⁶. De igual forma, e com muito mais razão, devem ser admitidos na esfera Constitucional.

Na medida em que a caracterização do bem cultural depende da sua valoração, que requer a aferição do significado que a comunidade lhe confere como portador de referência à sua identidade como um grupo cultural, esta operação tem caráter predominantemente objetivo, devendo observar os valores éticos, morais, sociais e políticos da comunidade e não valores meramente pessoais²³⁷.

Na concretização dos conceitos indeterminados, o aplicador do direito deve se pautar nas valorações preexistentes no domínio social, também designadas “valorações objetivas” por Karl English²³⁸. Tratam-se das concepções dominantes na sociedade ou em grupos sociais que se relacionam a determinadas matérias e que devem orientar as decisões dos agentes públicos nos casos concretos²³⁹.

José Carlos Barbosa Moreira, no referido artigo em que se dedicou à análise das regras da experiência e dos conceitos juridicamente indeterminados, expõe o raciocínio da juridicidade de tais regras, pois, na medida em que aplicáveis na falta de normas jurídicas particulares, suprindo-lhes a falta e fazendo-lhes as vezes, assumem a natureza de normas jurídicas: quando se “afirma ou nega a possibilidade

²³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

²³⁷ FURCK, Christiane Hessler. Conceito legal indeterminado: a função social do contrato e a função criadora do juiz. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 9, n. 34, abr./jun. 2008, p. 96.

²³⁸ “Saber se o dedo indicador é um ‘membro importante do corpo’, se os combates de boxe e as lesões corporais que neles se aceitam são compatíveis com os ‘bons costumes’, se um curador ‘violou gravemente as suas obrigações de curadoria’, se uma representação gráfica (George Grosz: Cristo na máscara de gás) é ‘blasfema’ (...) ou pelo menos ‘injuriosa’ para a Igreja cristã (...), se um casamento ‘fracassou’, tudo isto são questões que a lei não quer ver respondida através de uma valoração eminentemente pessoal do juiz.”

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p 236 – 237.

²³⁹ “Se o juiz se sabe inteiramente fora daquele sector populacional que, por força do Direito, representa o padrão ou critério (se ele é, por exemplo, inteiramente indiferente do ponto de vista religioso ou se os prazeres da multidão apaixonada pelo desporto são para ele horrores plebeus), não é este seu ponto de vista eminentemente pessoal que interessa, mas, antes, aquilo que as ‘pessoas’ pensam e sentem nos sectores em questão.

Ibid. p. 237.

de enquadrar na moldura abstrata a situação concreta que se lhe depara, está interpretando a norma, na medida em que lhe precisa o sentido”²⁴⁰.

A qualificação jurídica, com a subsunção do fato à norma deve ser considerada uma *quaestio iuris*²⁴¹ passível, em princípio, de ser amplamente conhecida pelo Poder Judiciário.

Flávio Henrique Unes Pereira também indica que a aplicação de conceito jurídico indeterminado é questão relativa à interpretação da norma, juízo de legalidade, passível de amplo controle²⁴².

Sendo a operação da densificação de conceito juridicamente indeterminado conduzida por valorações objetivas, visando a produção da conclusão justa, é compreensível a incidência de amplo controle jurisdicional sobre ela.

Enfim, o que se põe é que a qualificação objetivamente inequívoca do bem cultural não pode ser negada ou desconhecida pelos Poderes Públicos. Não há

²⁴⁰ O autor considera o seguinte sobre o artigo 335 do Código de Processo Civil de 1973, inserido no capítulo sobre provas: “Já noutro escrito assinalamos a existência, no Código, do que parece uma dissonância entre a ideia subjacente à colocação do art. 335 e o teor da sua parte inicial. Aquela insinua uma limitação da relevância das regras de experiência ao terreno da prova, ao passo que esta pode talvez deixar entrever um pendor, consciente ou não, para a tese da juridicidade de tais regras: se elas são aplicáveis ‘em falta de normas jurídicas particulares’, isto é, se lhes fazem as vezes, se lhes suprem a ausência, devem ter igual natureza, devem ser essencialmente homogêneas. Ora, abstraindo-se da questão relativa à exatidão (para nós duvidosa) do enunciado, o certo é que, segundo entendimento muito autorizado, se nalgum contexto se legitima a aproximação, será menos no probatório do que no do trabalho mental realizado pelo juiz, diante de conceitos juridicamente indeterminados, para concretizar a norma legal e proceder à subsunção. Com efeito, sempre que o órgão judicial, invocando regra de experiência, afirma ou nega a possibilidade de enquadrar na moldura abstrata a situação concreta que se lhe depara, está interpretando a norma, na medida em que lhe precisa o sentido. Aí é que, em perspectiva tradicional, se tornaria menos difícil sustentar a afinidade, senão a equiparação, entre o emprego da regra de experiência e a aplicação da própria norma legal : incorreto que fosse o primeiro, falsa seria a interpretação adotada para a segunda. Mas essa função das regras de experiência nada tem que ver com a apuração dos fatos – nem, por conseguinte, com a prova!”.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____ . *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 70.

²⁴¹ “Ora, a qualificação jurídica, a subsunção, pode ser e tem sido vista, sem erro, como *quaestio iuris*: a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora não mantenha inteira coerência ao propósito, registra vários casos em que assim se entendeu. Mas aqui se põe, de forma aguda, o problema do método. A maneira tradicional de enfrentar a indagação sobre o cabimento ou o descabimento do controle pressupõe que tenhamos necessariamente de admiti-lo quando se trate de questão de direito. Nessa óptica, só “desqualificando” a questão da qualificação, relegando-a ao plano das meras *quaestiones facti*, é que se poderia logicamente excluir a admissibilidade do controle. É bem provável que os Tribunais, aqui e alhures, se valham de tal expediente, rotulando ora de *quaestio iuris*, ora de *quaestio facti* a questão da qualificação, segundo lhes pareça, respectivamente, que merece ou não revisão o entendimento adotado no julgamento de grau inferior.” Ibid. p. 71.

²⁴² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. *Revista CEJ*. Brasília, v. 11, n. 36, jan./mar. 2007, p. 30.

neste ponto discricionariedade para que o agente público deixe de reconhecer um valor cultural que a comunidade efetivamente atribua a um determinado bem.

Conforme Rui Arno Richter, “repugna à lógica, à sensibilidade e ao bom senso” o entendimento de que apenas com um ato administrativo, como que num “passe de mágica”, o bem passe a portar valor cultural: “no que respeita a valor cultural do bem, tem natureza declaratória, pois o dito valor, chega a ser uma obviedade dizer, é anterior ao seu reconhecimento”²⁴³.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto também se refere à inexigibilidade do tombamento para a preservação do valor cultural diante do conjunto exemplificativo dos instrumentos de proteção relacionados no § 1º do artigo 216 da Constituição de 1988²⁴⁴.

Retornando à premissa de que a caracterização do bem cultural signifique a concretização de um conceito jurídico indeterminado, realizado com base em valorações preexistentes no domínio social e que objetivamente não admitiria outra resposta senão a da presença da qualificação cultural, configura-se aqui situação passível de amplo controle jurisdicional. Na hipótese do não estabelecimento de algum conflito na conservação do bem com outros direitos também de ordem fundamental, conclui-se com os ensinamentos de Toshio Mukai, no sentido de que o ato administrativo de tombamento encerra um poder-dever da Administração e não pode ser tido como discricionário²⁴⁵. No ponto, ainda na vigência da Constituição anterior, Pontes de Miranda também observava a ausência de discricionariedade do ato estatal, na medida em que se exigia o pressuposto do valor cultural²⁴⁶.

²⁴³ RICHTER, Rui Arno. Omissão do Poder Público na gestão do Patrimônio Cultural. In: TINÓCO, Lívia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 88.

²⁴⁴ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes contra o ordenamento urbano e o Patrimônio Cultural – alguns aspectos. In: TINÓCO, Lívia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 35.

²⁴⁵ “Ora, se é assim, se há um poder-dever da Administração no ato de tombamento, jamais esse ato pode ser discricionário; ao contrário, sendo vinculado esse ato, se um imóvel tiver valor histórico, natural ou artístico ou, ainda, arqueológico, não há como a autoridade deixar de tombá-lo, pois, constitucionalmente, pesa-lhe o dever de fazê-lo”.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 194.

²⁴⁶ “O ato estatal não é discricionário. Há o pressuposto de ter valor artístico, ou histórico, ou de beleza natural, o bem que se tomba como monumento ou documento protegido”.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 369.

Considerando a abertura dos órgãos com competência para a atuação na proteção do patrimônio cultural brasileiro aos anseios reais da população, vê-se a manifestação de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves que, após advertência contra arbitrariedades, observa que pareceres técnicos que recomendem tombamento, a princípio, devem ser acatados, diante do dever constitucional do “Estado proteger o patrimônio cultural e natural através de um instrumento jurídico adequado”²⁴⁷. Trata-se de entendimento que remete à Hely Lopes Meireles, que assinala que a técnica impõe-se como fator vinculante nos serviços públicos especializados, “sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de comprovada eficiência”²⁴⁸.

Ocorre que o alto grau de vagueza dos conceitos juridicamente indeterminados²⁴⁹ também põe o intérprete perante situações concretas de incerteza objetiva quanto à sua aplicação, além das já referidas hipóteses centrais ou não controversas de incidência. É o que se constata com relação às características conceituais delineadas no artigo 216 da Constituição Federal. Considerando as circunstâncias sociais objetivamente aferíveis, há situações em que se afirma com elevada certeza que um bem possui ou que não possui valor cultural relevante e outras de “fronteira” ou de “penumbra” no que se refere ao significado cultural de algum específico bem para a comunidade.

Karl Engisch reconhece, com base em Phillip Heck, um “núcleo conceitual”, no qual há uma clara noção do enquadramento das situações concretas sob o conceito jurídico indeterminado e um “halo conceitual”, no qual se encontram as dúvidas sobre a adequação de situações ao referido conceito jurídico²⁵⁰. Adiante, em nota, o

²⁴⁷ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, abr/jun 2002, p. 54-55.

²⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atual: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 107.

²⁴⁹ “o conceito de vagueza é um conceito relativo às acepções do termo ‘significado’ – um dos mais ambíguos e complexos da teoria da linguagem”.

VARELA, Laura Beck. LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 308.

²⁵⁰ “Que numa noite sem luar, pelas vinte quatro horas, nos espaços não iluminados, domina a escuridão, é uma coisa clara; dúvidas fazem já surgir nas horas do crepúsculo.”
ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 208 – 210.

autor refere-se à aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados como um espaço de livre apreciação, quando admissíveis, em concreto, decisões divergentes, mas igualmente corretas, situação caracterizada por um contrassenso na substituição de uma “decisão por outra (judicial ou de uma instância superior) pretensamente ‘melhor’, mas na verdade ‘tão problemática como a primeira’”, e situações de estrita concretização de conceitos jurídicos indeterminados, nas quais somente admissíveis “uma interpretação e uma aplicação unívocas, que conseqüentemente, têm de ser controláveis”²⁵¹.

José Eduardo Martins Cardozo indica que é justamente a existência das “zonas de incerteza” ou de “halos conceituais”, situadas entre esferas de certeza positiva e de certeza negativa quanto à inclusão dos fatos sociais em um conceito jurídico que o qualificam como indeterminado²⁵². A questão é apresentada pelo autor com referência à uma polêmica entre os adeptos das teorias designadas da “multivalência” e da “univocidade”, com origem na Alemanha. Em apertada síntese, as teorias da multivalência propugnariam a relação dos conceitos jurídicos indeterminados com o poder discricionário e a possibilidade de mais de uma decisão correta para um caso concreto e as teorias da univocidade considerariam a aplicação do conceito jurídico indeterminado de forma vinculada e capaz de gerar apenas uma única solução correta²⁵³. Este autor posiciona-se entre as duas teorias, considerando a possibilidade da aplicação das teorias da multivalência nas hipóteses de “zona de incerteza” ou de “halo conceitual” e das teorias da univocidade nos casos de zona certeza positiva e de zona de certeza negativa.

Assim, a ideia da concretização do conceito juridicamente indeterminado como a produção, sempre, de uma única conclusão juridicamente aceitável é

²⁵¹ “O que distingue o espaço de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados (num sentido mais estrito) é a possibilidade da igual correção de decisões divergentes no caso concreto, a qual faz com que seja um contra-senso pretender substituir uma decisão por outra (judicial ou de uma instância superior) pretensamente ‘melhor’, mas na verdade ‘tão problemática como a primeira’, ao passo que o conceito jurídico indeterminado em sentido estrito visa uma interpretação e uma aplicação unívocas que, conseqüentemente, têm de ser controláveis”
ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 266.

²⁵² CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 66-67.

²⁵³ *Ibid.* p. 68-69.

refutada por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não.”²⁵⁴.

Além de situar a possibilidade da discricionariedade tanto na hipótese quanto no comando da norma, Celso Antônio Bandeira de Mello a vê também possível como decorrência da finalidade da norma, na medida em que se reportaria a valores com conceitos vagos ou indeterminados (por ex.: “segurança pública”, “moralidade pública”, “interesse público”)²⁵⁵. De igual forma, o autor considera, na questão da concretização dos conceitos indeterminados ou fluidos, hipóteses de “zonas de certezas positivas”, “zonas de certezas negativas” e uma zona intermediária, de dúvida objetiva quanto ao enquadramento ou a exclusão de situações concretas do âmbito do conceito: nesta última situação haveria a possibilidade de mais de uma conclusão juridicamente aceitável, caracterizando-se aqui também um poder discricionário²⁵⁶.

Juarez Freitas afirma a possibilidade de uma discricionariedade administrativa cognitiva, relacionada à concretização dos conceitos jurídicos indeterminados, e uma discricionariedade, com mais de uma opção lícita no que se refere à escolha das consequências ou dos resultados²⁵⁷.

Karl English pondera que a indeterminação e a normatividade, que podem se localizar tanto na “hipótese” como na “estatuição” da norma, não são suficientes para fazer de um conceito um conceito discricionário²⁵⁸. Segundo o autor, que em nota explicativa situa os conceitos discricionários como subespécies dos conceitos jurídicos indeterminados²⁵⁹, o que se põe é a possibilidade da revisão e da correção das decisões administrativas pelo Judiciário e das decisões judiciais por tribunais

²⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

²⁵⁵ *Ibid.* p. 19.

²⁵⁶ *Ibid.* p. 29.

²⁵⁷ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24-25.

²⁵⁸ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 216.

²⁵⁹ “Como adiante no texto se exporá, vejo os conceitos que exprimem discricionariedade, na medida em que surjam como conceitos legais, como uma subespécie dos conceitos jurídicos indeterminados. Muitas vezes, porém, os conceitos jurídicos indeterminados são referidos como conceitos subpostos à competência de interpretação e subsunção do juiz, e, logo, como conceitos que nessa medida se contrapõem aos genuínos conceitos de discricionariedade. Então o aspecto metodológico torna a situar-se e a apagar-se por detrás do da revisibilidade judicial (da ‘barreira de controlo’, como também se diz)”.

Ibid. p. 263 - 264.

superiores²⁶⁰, diante da particularidade que em “parte da norma abre a possibilidade de uma escolha entre várias alternativas de facto possíveis”²⁶¹.

Conforme ainda Karl English, os conceitos jurídicos indeterminados reportam-se a valorações objetivas e não pessoais e, no máximo, permitem “um espaço residual de apreciação pessoal do justo, porque a sua interpretação e aplicação no caso concreto é ambivalente”²⁶². De forma diferente, os conceitos estritamente discricionários, em geral formulados “pela sua própria estrutura como indeterminados e normativos (p. ex., ‘interesse público’, ‘equidade’, ‘dureza’), decorrem de um grau superior de autonomia que é conferido pelo próprio Direito aos agentes públicos, normalmente consubstanciada no verbo “poder” como significativo de um “poder de escolha” segundo convicções pessoais²⁶³.

Assim, admite-se uma diferença relativa, ou seja, de grau entre os espaços deixados à subjetividade nas hipóteses dos conceitos meramente indeterminados e dos conceitos propriamente discricionários: os conceitos meramente indeterminados admitem, quando muito, espaços de livre apreciação apenas residualmente (somente nas hipóteses em que os critérios de valoração objetiva se mostrem insuficientes para decisão de caso concreto); nos conceitos propriamente discricionários, o agente com competência para decidir em concreto recebe do Direito um espaço maior de apreciação.

No sentido exposto, José Carlos Barbosa Moreira indica como o ponto comum entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade a

²⁶⁰ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 214.

²⁶¹ *Ibid.* p. 219.

²⁶² *Ibid.* p. 225 - 226.

²⁶³ “O que então distingue o espaço de livre apreciação do genuíno poder discricionário é a mais forte (pelo menos quanto ao grau) vinculação a limites que resultam do conteúdo do particular conceito jurídico (‘aptidão’, ‘equidade’, ‘necessidade de serviço’, etc.) em causa (muito embora admitindo certa ‘latitude’ de possibilidades de aplicação). As genuínas atribuições de poderes discricionários, mesmo que possam ser referidas em sentido lato como ‘conceitos jurídicos’, não carecem no entanto de ser circunscritas por características ou denotações concretas, são porventura atribuídas através de disposições em que se usa o verbo poder (...) ou mediante a fórmula ‘decide segundo a sua livre discricção’, e apenas são determinadas através dos limites impostos pelo Estado de Direito a todo o exercício do poder discricionário (proibição do arbítrio, proibição do excesso ou falta de proporcionalidade, princípio da igualdade, justa ponderação dos interesses). Todavia os limites entre o espaço de livre apreciação e a atribuição de um poder discricionário podem ser fluidos, designadamente se se reconhece também uma ‘discricionariedade do lado da hipótese legal’ (...). Segundo BACHOF, em todo caso, o ponto da questão parece residir essencialmente no ‘caráter mais apertado da vinculação’ e na necessidade de subsunção (...). Infelizmente domina na relação terminológica bastante confusão relativamente ao problema da relação entre conceito jurídico indeterminado, espaço de livre apreciação, discricionariedade do lado da hipótese e discricionariedade do lado da estatuição.”

Ibid. p. 266 – 267.

confiança que se confere à “prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação”²⁶⁴. Porém, o autor sugere não ser necessária a desqualificação da operação de concretização do conceito juridicamente indeterminado como questão de direito (*quaestio iuris*): “parece suficiente que, em vez de recusar-lhe *ad hoc* a natureza de *quaestio iuris*, se reconheça, com apoio em considerações de teleológica, que nem sempre é controlável a solução das questões de direito”²⁶⁵. Com este raciocínio, o autor mantém a separação esquemática, com os conceitos juridicamente indeterminados na descrição do fato, cuja concretização nem sempre é passível de controle jurisdicional, e a discricionariedade no campo dos efeitos.

Na mesma linha de José Carlos Barbosa Moreira, Hartmut Maurer observa que, em princípio, os conceitos jurídicos indeterminados “podem e devem” ser “revisados completamente pelos tribunais”, salvo casos em que a revisão judicial encontre “limites materiais e, com isso, juridicamente insuperáveis”²⁶⁶. O autor também situa o poder discricionário na esfera das consequências jurídicas²⁶⁷, ressaltando, no entanto, que poder discricionário não significa liberdade ampla, mas sim “poder discricionário juridicamente vinculado”²⁶⁸.

De qualquer sorte, não há como deixar de reconhecer uma aproximação da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados nas zonas de incerteza ou de halo conceitual com a discricionariedade. Isto, de certa forma, esborra a simplicidade esquemática inicial e torna mais complexa a questão do controle jurisdicional em determinadas hipóteses.

Ainda que se veja o preenchimento, em concreto, de conceito jurídico indeterminado como espaço de livre apreciação residual para hipóteses de incerteza objetiva na configuração cultural de determinado bem e a discricionariedade como atribuição de um grau superior de poder para a atuação e a escolha da providência a ser adotada²⁶⁹, o que se vê de comum em ambas as situações é um aspecto de

²⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 66.

²⁶⁵ *Ibid.* p. 72.

²⁶⁶ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad.: HECK, Luiz Afonso. Barueri-SP: Manole, 2006, p. 170.

²⁶⁷ *Ibid.* p. 143.

²⁶⁸ *Ibid.* p. 148.

²⁶⁹ “Muitos autores salientam designadamente, com razão, que a discricionariedade implica não apenas livre escolha dos fins, mas também, em dadas circunstâncias, livre escolha dos meios, embora não seja possível negar uma certa relatividade desta distinção”.

subjetividade, a respeito do qual se põem as questões relativas aos limites e as possibilidades de controle jurídico.

Segundo Karl Engisch, além de limites legais claramente estabelecidos para a decisão do agente público, a subjetividade encontra limitações outras, conforme o “direito consuetudinário ou segundo a ‘ideia de Direito e de Estado’”, assim como a “proibição da ‘arbitrariedade’ e da ‘falta de pertinência’”²⁷⁰.

Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade estão situados no Estado Democrático de Direito como elementos de efetividade dos enunciados normativos, atrelados às “regras teleológicas e axiológicas” que, se não determinam exatamente a decisão material, “lhe dão um quadro lógico de suporte”²⁷¹, com vedações “do particularismo, do arbítrio, do abuso e do excesso de poder”²⁷².

Nota-se aqui que a discricionariedade consolidou-se como uma brecha na ideia de legalidade no Estado Liberal, que constituía obstáculo à livre ação dos administradores. Ocorre que a vagueza e a ambiguidade dos enunciados normativos podem conduzir a que, sob o rótulo da discricionariedade, muitas vezes, se descambe para a arbitrariedade²⁷³. Mas o combate à arbitrariedade encontra suporte no contexto do Estado Democrático de Direito.

A prática do Poder Judiciário de deixar de analisar determinadas situações sob o argumento de não invadir a esfera de competência dos demais Poderes é também objeto da crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na medida em que pode cancelar práticas arbitrárias²⁷⁴.

É assim que se observa, com Celso Antônio Bandeira de Mello, que a Constituição de 1988 provocou uma inversão no exame da discricionariedade:

Passar-se-á a admitir que a parte demonstre, que o interessado exiba que, ao lume do conjunto das circunstâncias concretas ocorrentes, o campo de liberdade abstratamente suposto pela regra de Direito sofreu um

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 243 – 244.

²⁷⁰ Ibid. p. 242 - 243.

²⁷¹ Ibid. p. 248 – 249.

²⁷² Ibid. p. 249.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 399.

²⁷⁴ “Por outro lado, as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei.”
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38.

complementar balizamento, de maneira a converter o que era liberdade, em necessidade. E, portanto, que o comportamento, afinal, era *in concreto* um comportamento obrigatoriamente vinculado ou, quando menos, que o ato praticado não era o pertinente, pois não se incluía ente os admissíveis em face do caso em pauta, razão pela qual terá de ser anulado.²⁷⁵

Odete Medauar observa que o progressivo estabelecimento de parâmetros legais para o exercício do poder discricionário tem feito com que diversos aspectos da discricionariedade passem a integrar aspectos de legalidade²⁷⁶. Traçando ligeiro histórico, a autora observou inicialmente o advento da possibilidade de controle sobre as normas de competência, sobre regras de forma, sobre a conformidade ao fim de interesse público e sobre os “antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levaram à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, o controle do motivo”²⁷⁷. Na sequência, a autora observa que esfera antes apontada como de discricionariedade passou a estar sujeita aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, da segurança jurídica e também aos princípios da Administração Pública estabelecidos no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade e da eficiência).

Alexandre de Moraes ressalta o surgimento doutrinário em favor da possibilidade de controle jurisdicional, a ser exercido de forma restritiva “em relação aos atos discricionários, quando da existência de expressões legais que não apresentam noções precisas, tais como interesse público, conveniência administrativa, ordem pública”, visando coibir hipóteses concretas, nas quais o Poder Público se afaste de forma evidente do sentido que possa, com bom senso e razoabilidade, ser atribuído às expressões legais²⁷⁸. Trata-se de um controle sobre a adequação da atuação administrativa aos princípios constitucionais, inclusive no que se refere ao princípio da eficiência²⁷⁹, ou seja, possibilita correção das situações onde evidentes as atuações ineficientes de agentes públicos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as finalidades decorrentes do ordenamento caracterizam-se como funções no sentido jurídico e impõem-se aos

²⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44.

²⁷⁶ MEDAUAR, Odete. Parâmetros de controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 80.

²⁷⁷ *Ibid.* p. 81.

²⁷⁸ MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 423.

²⁷⁹ *Ibid.* p. 430.

agentes estatais como deveres para a satisfação de interesses alheios, cujo cumprimento é obrigatório²⁸⁰: os poderes são deferidos aos agentes estatais tão-somente para o exercício de funções voltadas exclusivamente para cumprimento de deveres em proveito alheio²⁸¹.

Ainda, a discricionariedade é conferida para que o administrador satisfaça rigorosamente o intuito legal²⁸². Se a conduta do agente público não atinge a finalidade do ordenamento jurídico, o ato praticado é inválido²⁸³. Portanto, o mérito do ato administrativo encerra apenas a liberdade para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno para o atingimento do escopo ou finalidade da lei e tudo o que não se enquadra no escopo da lei extrapola o mérito e macula o ato. O autor também observa que a “causa é a relação de adequação lógica entre o pressuposto de fato (motivo) e o conteúdo do ato (...) em vista da finalidade legal” e, se o ato administrativo é praticado sem suficiente adequação lógica entre o seu motivo e o seu conteúdo, em vista da finalidade estabelecida no ordenamento, não há idoneidade de causa e o ato é inválido²⁸⁴. A motivação é a exteriorização das razões justificadoras do ato²⁸⁵ que, por relacionar-se ao exercício democrático do poder, deve ser suficiente, clara e congruente²⁸⁶.

De forma semelhante, após observar que todo ato administrativo sempre possui algum “resíduo de apreciabilidade em face do interesse público”²⁸⁷, Diogo de

²⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello considera a possibilidade de discricionariedade também na finalidade da norma, com a observação de que sendo a finalidade valor e não sendo os valores “unissignificativos”, a fluidez da finalidade refluí sobre o pressuposto de fato”: “Se a lei disser, figure-se, que deverão ser expulsas da praia, a bem da moralidade pública, as pessoas que estejam trajando vestes de banho indecorosas, o pressuposto deste comando (hipótese da norma), impositivo da obrigação de expulsar, seria estar trajando uma veste pouco decorosa. Este seria o pressuposto de fato: a veste pouco decorosa. A finalidade seria a defesa da moralidade pública. Dir-se-á: o pressuposto é fluido, porque a noção de veste pouco decorosa sofre variável no tempo e no espaço, mesmo num dado tempo o espaço pode ensanchar algumas dúvidas. Mas, em rigor, se bem se atentar para a questão, perceber-se-á que a falta de precisão do conceito de pouco decoro no traje não está residente no pressuposto de fato, em si mesmo considerado. Está residente na finalidade da norma que fala em moralidade pública, pois, dependendo da noção que se tenha de moralidade pública, determinado traje será pouco decoroso ou será decoroso. Logo, o pressuposto de fato ganha fluidez não porque a tenha em si mesmo, mas em decorrência da finalidade da norma estar manejando conceitos de valor que, eles sim, são altanto vagos, altanto imprecisos.”

MELLO, Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

²⁸¹ *Ibid.* p. 13 - 14.

²⁸² *Ibid.* p. 33.

²⁸³ *Ibid.* p. 36.

²⁸⁴ *Ibid.* p. 95.

²⁸⁵ *Ibid.* p. 98.

²⁸⁶ *Ibid.* p. 100.

²⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense. 4. ed., 2001, p. 15 -16.

Figueiredo Moreira Neto considera que o pressuposto no Estado Democrático de Direito é o de que as manifestações do Poder Público sempre estejam vinculadas ao atendimento do interesse público ²⁸⁸. Não há autonomia de vontade para o administrador público, mas sim competência “indissolúvelmente vinculada à finalidade pública” ²⁸⁹. A discricionariedade é conferida ao agente para que este atue na busca da finalidade pública e o seu abuso a extrapola e a desconfigura como tal, razão pela qual, não haveria um controle sobre a autêntica discricionariedade, mas sim um controle sobre o seu abuso ²⁹⁰.

O autor apresenta ainda como parâmetros para a análise dos limites da discricionariedade o atendimento aos princípios da realidade (“o irreal tanto não pode ser a fundamentação de um ato administrativo, como não pode ser o seu objetivo”) e da razoabilidade (importa a análise da decisão quanto à sua capacidade de contribuir “efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos”) ²⁹¹: o controle deve incidir quando se verifique “inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto” ²⁹².

Juarez Freitas introduz a sua obra sobre “Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública”, cujo título já diz muito, considerando que o Estado Constitucional é um “Estado das escolhas administrativas legítimas”²⁹³. O autor adverte que inexistem em qualquer ramo do direito uma automática subsunção da regra ao caso ou única solução correta, mas sim a obrigação da busca da melhor solução historicamente condicionada ²⁹⁴. A vinculatividade e a discricionariedade na atuação do agente público são questões de grau, sem que as “extremas possibilidades jamais se realizem”: sempre haverá espaço para algum processo hermenêutico, daí resultando a necessidade da motivação, sob pena de nulidade²⁹⁵, pois o “Estado das escolhas administrativas

²⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense. 4. ed., 2001, p. 21.

²⁸⁹ Ibid. p. 26.

²⁹⁰ Ibid. p. 29.

²⁹¹ Ibid. p. 53-54.

²⁹² Ibid. p. 84

²⁹³ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.

²⁹⁴ Ibid. p. 10-11.

²⁹⁵ Ibid. p. 14.

legítimas” é também o “Estado da proporcionalidade”, de uma “racionalidade dialógica e multiforme”²⁹⁶.

Não se trata de um controle direto sobre o mérito, a conveniência e a oportunidade, mas de um controle legítimo sobre “demérito” e à “antijuridicidade”²⁹⁷. Tanto uma atuação abusiva (“arbitrariedade por excesso”), quanto uma inoperância no exercício das competências discricionárias (“arbitrariedade por omissão”), constituem vícios diante do princípio da proporcionalidade²⁹⁸.

Assim, a regularidade no exercício do poder discricionário exige explícita e motivada ponderação de valores, evidenciando as razões da escolha, no caso concreto, pela prevalência de um em detrimento de outro²⁹⁹.

A decisão calcada sobre uma concepção objetiva de razoabilidade e que apresente os fundamentos suficientes no sentido de que é a melhor dentre um restrito conjunto de outras opções (que, de forma razoável, também poderiam ser sustentadas como as mais adequadas) dissipa a ideia de discricionariedade como uma esfera de ampla liberdade do agente público³⁰⁰.

Ainda sob a vigência da Emenda Constitucional 1/1969, o Recurso Extraordinário nº 114.244-8 – São Paulo levou ao Supremo Tribunal Federal questão relacionada à remoção de monumentos de uma praça pública na cidade de Piracicaba-SP³⁰¹. Nas instâncias ordinárias, a questão desenvolveu-se em torno da

²⁹⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

²⁹⁷ *Ibid.* p. 34.

²⁹⁸ *Ibid.* p. 64.

²⁹⁹ *Ibid.* p. 65.

³⁰⁰ “Para impedir que esta ideia de ‘justiça pessoal’ não se desvirtue bastará, num Estado de Direito, que exista uma ciência jurídica evoluída e existam funcionários e magistrados educados na imparcialidade, na objectividade e na incorruptibilidade. E não podem naturalmente esquecer-se todas as garantias contra o arbítrio asseguradas pela obrigação de fundamentar objectivamente a decisão tomada, pela discussão nos órgãos colegiais e pela possibilidade de revisão da decisão na instância superior”.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 254.

³⁰¹“EMENTA. Ação popular. Ato ilegal e lesivo ao patrimônio artístico, histórico e cultural da cidade de Piracicaba.

Tempestividade do recurso extraordinário, uma vez que, em decisões recentes (RE 107747, 2ª Turma, RE 109116 e RE 109226, 1ª Turma, todos julgados em 1986), ambas as Turmas desta Corte firmaram o entendimento de que, para efeito de suspensão de prazo para a interposição de outro recurso, não se computa o dia em que foram opostos embargos declaratórios.

Falta de questionamento da alegada inconstitucionalidade da Lei municipal 2.406/80 (súmulas 282 e 356).

Inexistência, no caso, de negativa de vigência dos artigos 1º e 2º, ‘d’, da Lei 4.717/65.

Recurso extraordinário não conhecido.

Recurso Extraordinário 114.244-8 – SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, j. 08.09.87, DJ 09.10.87.

legalidade do ato administrativo, frente ao fato de que alguns dos monumentos removidos haviam sido alocados na referida praça por força de uma lei municipal. Apesar de não conhecido, o recurso proporcionou uma manifestação do Relator, Ministro Moreira Alves, em voto que se referiu ao fato como lesivo ao patrimônio imaterial dos cidadãos e, mais do que isto, referiu-se à questão da proporcionalidade entre o direito da comunidade à preservação dos seus referenciais históricos, diante de preferências ou “razões estéticas” ou a “facilidade” para “o trânsito de pedestres”³⁰².

Marçal Justen Filho refere-se à possibilidade de controle sobre a discricionariedade, com a consideração de que ela carrega elementos de vinculação: inexistem “tipos puros e absolutos de vinculação e de discricionariedade”³⁰³.

Especificamente no que se refere aos bens culturais materiais, Maria Coeli Simões Pires vê no tombamento elementos de vinculação e de discricionariedade: “essa tipologia se distingue também em função de prevalência”³⁰⁴. A autora indica a indispensabilidade da motivação como fórmula preventiva contra arbitrariedades³⁰⁵.

Lucas Rocha Furtado observa que, ainda que discricionária uma decisão administrativa, a operação de ponderação concreta deve ser exposta com motivação pormenorizada, que não fica alijada de controle jurisdicional: a motivação vincula-se

³⁰² “O acórdão recorrido partiu da consideração de que, no caso, a ação popular havia sido proposta em defesa do patrimônio artístico, histórico e cultural da cidade de Piracicaba, o que encontra apoio no § 1º do artigo 1º da Lei 4.717/65, na redação que lhe foi dada pelo art. 33 da Lei 6.513/77 (§ 1º. Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico’). E entendeu, corretamente, que a remoção em causa era lesiva a esse patrimônio imaterial, acentuando:

‘Para uma comunidade com a de Piracicaba, arraigada às suas tradições, como se viu no decurso de toda a ação, evidente o prejuízo trazido com a movimentação dos monumentos históricos, que não foram colocados recentemente, mas em tempos idos. Sensível o prejuízo para o espírito coletivo, embora materialmente impossível de medir.

‘Mutatis mutandis’, idêntico seria o prejuízo se, quando da remodelação da Praça da Sé, na Capital, o então Prefeito, e hoje Ministro de Estado, Dr. Olavo Setúbal, tivesse mudado de lugar, por razões estéticas, ou para facilitar o trânsito de pedestres, o conhecido ‘marco zero’, erguido em frente à Catedral. Sem dúvida tal ato provocaria reação das pessoas mais sensíveis, não envolvidas, ainda, na mesquinha de baixos interesses e dotadas de amor pela tradição e história de sua cidade. O mesmo se diga, se o mesmo Prefeito, na reforma do Pátio do Colégio, resolvesse mudar a igreja dos Jesuítas, colocando-a, por exemplo, no parque D. Pedro II ...’ (fls. 614).

De outra parte, o acórdão recorrido entendeu que esse ato lesivo resultava de ilegalidade do seu objeto (a remoção), e não da inexistência dos motivos do ato administrativo, hipóteses esta prevista na letra ‘d’ do artigo 2º da Lei 4.717/65, mas que não está em causa.

5. Em face do exposto, não conheço do presente recurso.”

Voto do Relator Ministro Moreira Alves no Recurso Extraordinário 114.244-8 – SP, 1ª Turma, j. 08.09.87, DJ 09.10.87.

³⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 171.

³⁰⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 120.

³⁰⁵ Ibid. p. 121-122.

às circunstâncias de fato alegadas, “de modo que se esses motivos não existirem ou se não forem válidos, o ato será nulo”³⁰⁶.

Sob a consideração de que o ato administrativo discricionário deve ser praticado à vista da realidade, por agente competente, segundo a forma prescrita em lei e com observância da finalidade pública constitucional e legal, sob pena de invalidade por desvio de poder ou de finalidade, Alexandre Kise, Jerson Carneiro Gonçalves e Vânia Siciliano Aieta observam situação não incomum de que “o erro do administrador é considerar o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente público”³⁰⁷.

Sobre o dever de motivação, Rita Tourinho lembra que é justamente nas hipóteses das escolhas com maior grau de discricionariedade que ele se torna mais importante, como um fator de controle da regularidade das atividades administrativas³⁰⁸. A fundamentação adequada exige que os motivos indicados sejam coerentes “existentes e suficientes”³⁰⁹.

Como expresso, a boa administração, alçada a um direito fundamental no Estado Democrático de Direito, pressupõe transparência, com informações inteligíveis e diálogo com garantias do contraditório e da ampla defesa³¹⁰, condições indispensáveis para a produção de uma adequada motivação, requisito de validade das decisões. Trata-se, enfim, do processo como instrumento democrático³¹¹.

Voltando ao exemplo do conflito entre o interesse expresso por cidadãos na preservação de um imóvel, sobre o qual inexista qualquer manifestação oficial a

³⁰⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 122.

³⁰⁷ AIETA, Vania Siciliano; GONÇALVES Júnior, Jerson Carneiro; KISA, Alexandre. *Direito Urbanístico e Ambiental Constitucional. A valorização das Cidades e dos cidadãos e do dever constitucional de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 134.

³⁰⁸ TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 143.

³⁰⁹ *Ibid.* p. 95.

³¹⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-23.

³¹¹ “Sem embargo, deve ter-se também presente que, ante os perigos à liberdade do indivíduo que derivam dessa crescente intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais, e ante o risco de que o *status positivus* sociais degenerem em um novo *status subjectionis*, determinados setores da doutrina têm reivindicado, sob a fórmula do *status activus processualis*, o reforço das garantias jurídicas individuais e a participação ativa dos interessados nos processos de formação dos atos públicos.”

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 182-183.

respeito do seu valor cultural, diante de outro interesse somente atingível com a sua destruição, a solução pressupõe o estabelecimento de um processo, com a etapa inicial para a declaração sobre as características do bem e, caso necessário, subsequente fase para a decisão sobre a sua preservação e a forma mais adequada para isto. É o que se vê, por exemplo, no processo atualizado para tombamento dos bens culturais materiais, previsto no Decreto-Lei nº 25/1937.

Lenio Streck observa que, na perspectiva do Estado Democrático de Direito da atual Constituição Brasileira, o processo constrói-se de forma compartilhada, com observância do contraditório, da ampla defesa, da igualdade e da integridade do direito em todo o iter processual e um dever fundamental de decisões justificadas: “salta-se, assim, do protagonismo do decisor à legitimidade da decisão propriamente dita”³¹², pois, o cumprimento da Constituição envolve o direito de caráter fundamental à obtenção de respostas adequadas³¹³.

Trata-se da eliminação da arbitrariedade com uma postura distinta daquela característica do positivismo jurídico, que abstraía a situação concreta no ato de aplicação³¹⁴, substituindo-a pela resposta mais adequada ao problema real em enfrentamento. Em outros termos, da exposição das razões de convencimento, com amplas possibilidades de controle, para a busca da “resposta correta (adequada à Constituição)”, como direito fundamental do cidadão³¹⁵.

Por tudo, a transparência e a motivação das atuações dos Poderes Públicos são fatores para maior efetividade da participação dos cidadãos, que são postos assim ao lado dos Poderes Públicos, como co-responsáveis pela proteção e pela promoção do seu patrimônio cultural³¹⁶. Neste sentido, Vânia Siciliano Aieta considera que a participação, com independência de agir, deve ser vista como um valor democrático, que possibilita relações baseadas na autopromoção humana e que permite que os resultados sejam encarados como responsabilidade de todos³¹⁷. Na ordem constitucional democrática, a dimensão participativa relaciona-se à

³¹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 355-356.

³¹³ *Ibid.* p. 397.

³¹⁴ *Ibid.* p. 409-410.

³¹⁵ *Ibid.* p. 430.

³¹⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 86.

³¹⁷ AIETA, Vânia Siciliano. Democracia – Estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro. *Tratado de Direito Político*. Tomo II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 62.

possibilidade de contribuição do cidadão para a construção das decisões e exercício dos controles político e jurídico dos seus representantes ³¹⁸.

Em passagem que se tem por pertinente a respeito da preservação dos bens culturais, Fernando Alves Correa considera que a atividade participativa prepara a ponderação, mediante a produção de conhecimentos sobre fatos, interesses e circunstâncias, revelando todo o “material de ponderação”, a ser “obrigatoriamente ponderado” ³¹⁹. O Autor baseia-se em doutrina alemã para considerar a ausência de discricionariedade da Administração para a seleção e a organização dos interesses a serem ponderados. Subdivide-se assim o processo, realizado para amplo conhecimento de todos os fatos, interesses, circunstâncias e eventuais valores conflitantes, que se submete a amplo controle jurisdicional, do “resultado” processual, momento do exercício da ponderação com a escolha discricionária da Administração, que se sujeita a um controle jurisdicional mais limitado ³²⁰.

Na sequência, Fernando Alves Correa informa orientação do Tribunal Administrativo Federal Alemão, que se considera também adequada ao nosso sistema jurídico, vinculado aos princípios do *caput* do artigo 37 da Constituição (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), segundo a qual, há violação da “obrigação de ponderação”, quando a própria ponderação não é realizada; quando a ponderação é insuficiente e não inclui interesses que objetivamente deveriam ser considerados; quando a ponderação deixa de avaliar a relevância de interesses privados atingidos; quando os interesses privados são atingidos de forma desproporcional em relação aos interesses públicos ³²¹.

Por todo o exposto, entende-se que os parâmetros do processo democrático da total transparência, da efetiva possibilidade de participação popular e da

³¹⁸ AIETA, Vânia Siciliano. Democracia – Estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro. *Tratado de Direito Político*. Tomo II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 76 – 77.

³¹⁹ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 276.

³²⁰ *Ibid.* p. 278.

³²¹ “O Tribunal Administrativo Federal, na sentença de 11-12-1969, estabeleceu que a ‘obrigação de ponderação’ é violada numa das seguintes hipóteses – orientação que aparece confirmada em todas as decisões posteriores do mesmo tribunal: 1) quando não tem lugar uma adequada ponderação – falta de ponderação (...); 2) quando na ponderação não são incluídos interesses que, de acordo com as circunstâncias objectivas, deveriam ter sido incluídos – défice de ponderação (...); 3) quando não é reconhecida na ponderação a relevância dos interesses privados atingidos – falta de avaliação na ponderação (...); 4) quando, na perequação entre os interesses, os interesses públicos são preferidos, de modo desproporcionado, em relação aos interesses privados – desproporcionalidade da ponderação (...).”

Ibid. p. 280.

adequada motivação delimitam as esferas de preponderância da vinculação e da discricionariedade, com as possibilidades e os limites do controle, em concreto, sobre as atuações do poder público para a promoção e a proteção dos bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

Considerando a manifestação já referida de Karl Engish, afirma-se que a atual esfera de liberdade do administrador público, tanto no que se refere às situações concretas de duvidoso enquadramento em conceito jurídico indeterminado (zonas de incerteza ou de halo conceitual), quanto aos efeitos jurídicos de um enquadramento positivo de um bem como cultural (aspecto relacionado à discricionariedade), se circunscreve às hipóteses em que, no momento da prolação da decisão, fique caracterizado um “contrassenso na substituição” de uma “decisão por outra, pretensamente ‘melhor’, mas na verdade “tão problemática como a primeira”³²². Entende-se que a impossibilidade de conclusão objetiva quanto à superioridade de uma decisão em relação a outra decisão, configurada no momento da sua prolação, é o que permite a afirmação de que ambas possam ser igualmente corretas, apesar de divergentes. Tudo o que nisto não se enquadre tem-se por passível de total controle jurisdicional.

Portanto, o papel do processo para a proteção dos valores culturais, sob a égide da Constituição de 1988, passa a ser mais fortemente o de oferecer respostas para situações concretas, com abertura para efetiva participação comunitária. Trata-se da produção processual de conhecimentos democráticos, com o objetivo da declaração oficial dos bens portadores de valores culturais inequívocos e da tentativa de eliminação ou de redução das situações de “zonas de incertezas” ou de “halos conceituais” quanto ao real enquadramento como patrimônio cultural de bens, cujos valores sejam objeto de controvérsia, e, quando pertinente, da sua promoção e proteção. Vê-se também a possibilidade de discricionariedade na opção pelo instrumento mais adequado para a promoção e a proteção do bem cultural: “tem o poder público uma margem para decidir sobre o instrumento e a amplitude do ato”

³²³.

³²² ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 266.

³²³ GAIO, Daniel. Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 92.

Entende-se que seja no contexto de processos democráticos, com características que proporcionem efetiva possibilidade de participação popular e de controle, que se colocam as situações, somente aferíveis em concreto, de prevalência de vinculação ou de discricionariedade para agente público³²⁴ e dos efeitos, com predominância declaratória ou até constitutiva de seus atos.

De se recordar aqui o entendimento doutrinário/jurisprudencial que enquadra a operação de concretização de conceitos jurídicos indeterminados como questão de direito (*quaestio iuris*) e, portanto, em princípio, passível de controle.

Assim, esboçam-se as seguintes situações básicas, que se consideram passíveis de configuração no contexto dos processos democráticos para a promoção e a proteção de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro (esquemáticamente divididos em uma fase de reconhecimento do valor cultural e outra relativa às consequências disso decorrentes) e que se entende, com base nos argumentos apresentados, confirmam diretrizes sobre as possibilidades de controle e seus limites.

1) O reconhecimento oficial de valores culturais evidentes, inseridos na zona de certeza positiva da incidência do conceito jurídico indeterminado do *caput* do artigo 216 da Constituição Federal (“portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”), cuja concretização configura uma questão de direito (*quaestio iuris*), possui natureza eminentemente declaratória e vinculada, passível do mais amplo controle jurisdicional, inclusive no que se refere à correção das omissões dos Poderes Públicos:

1.1) Caso não se estabeleça algum conflito com outro direito de ordem fundamental, a promoção/proteção do bem cultural impõe-se como ato vinculado;

³²⁴ Segundo Karl Engisch, o autêntico poder discricionário ocorre quando o Direito atribui a decisão sobre o correto, o conveniente e o apropriado a uma personalidade individual. Isto não apenas considerando a impossibilidade de regras jurídicas excluïrem totalmente os resíduos de “insegurança” (por mais minuciosas que possam ser), que permanecem no momento da decisão do caso concreto e que, na ausência de outros critérios, exige que o responsável busque nas suas próprias concepções o sentido do justo e por elas se guie, mas também porque em outras hipóteses o Direito pressupõe que a melhor solução seja “aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente de sua responsabilidade, faça valer o seu próprio ‘ponto de vista’”, que se torna “critério do juridicamente justo ou correcto, ao lado dos critérios gerais que delimitam o poder discricionário.”

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 222.

1.2) Na hipótese de conflitos com outros direitos de ordem fundamental, a solução quanto à proteção do bem cultural exige ponderação, com discricionariedade, sujeita a controles bem mais restritos.

2) Decisões sobre bens objetivamente situados nas zonas de fronteira quanto ao enquadramento no conceito jurídico indeterminado de patrimônio cultural configuram situações a respeito das quais cabe a observação, já referida, de José Carlos Barbosa Moreira: “nem sempre é controlável a solução das questões de direito”³²⁵.

2.1) eventual decisão positiva sobre o valor cultural de bem objetivamente situado em zona de fronteira do conceito jurídico indeterminado, se não estabelecido conflito com outros direitos de ordem fundamental, deve resultar em atos de conservação, que se impõem como vinculados;

2.2) decisão positiva quanto ao valor cultural de bem objetivamente situado em zona de fronteira do conceito jurídico indeterminado, que recomende conservação, em confronto com outros direitos de ordem fundamental exige ponderação, com discricionariedade e menor grau de controle - aqui se tem um valor cultural cuja tenuidade extrapola a fase da concretização do conceito jurídico indeterminado para ser considerada no confronto com outros direitos de ordem fundamental que, nesta hipótese, desfaz a simplicidade esquemática inicialmente apresentada, com a maior incidência de situações nas quais se caracterize o referido “contrassenso na substituição” de uma “decisão por outra, pretensamente ‘melhor’, mas na verdade “tão problemática como a primeira”³²⁶.

Esboça-se, assim, esquematicamente, a complexidade da matéria e do seu tratamento no Estado Democrático de Direito. É neste contexto que se inserem os conflitos entre os interesses difusos na proteção dos valores culturais imobiliários com os interesses privados dos seus respectivos proprietários (foco principal do trabalho), um único aspecto no universo dos conflitos que concretamente podem se estabelecer que, muitas vezes, vão bem além da simples contraposição esquemática entre dois interesses. Há situações em que numerosos grupos sociais pretendem fazer valer os seus mais divergentes interesses.

³²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____, *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 72.

³²⁶ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 266.

Com as conclusões acima, seguem algumas considerações sobre os dispositivos constitucionais relativos ao patrimônio cultural brasileiro, as competências dos entes da federação para tratar da matéria e o sistema instrumental para a promoção e a proteção de bens culturais, que se entende deva ser embalado pelas premissas do processo democrático, conforme referido no capítulo que se encerra.

2 A TOPOGRAFIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

2.1 As competências constitucionais

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar, no Brasil, da proteção aos “monumentos de valor histórico ou artístico” (art. 10, III).

A Constituição de 1937 estabeleceu em seu artigo 134 que “os monumentos históricos, artísticos e naturais (...) gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios” e que “os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

Segundo o artigo 175 da Constituição de 1946, “as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico (...) ficam sob a proteção do Poder Público”.

Já a Constituição de 1967, em seu artigo 172, dispunha que “o amparo à cultura é dever do Estado”, ficando “sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos (...)”.

O texto do artigo 172 da Constituição de 1967 foi mantido no artigo 180 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

O legislador constitucional de 1988 inovou ao adotar no texto a expressão patrimônio cultural, mais ampla e capaz de englobar as manifestações referidas nos textos constitucionais antecedentes e todas as demais que sejam portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

O artigo 215 da atual Constituição impõe ao Estado a obrigação de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, o apoio e o incentivo, com a valorização e a difusão das manifestações culturais. Este artigo, em seu § 3º, previu o estabelecimento de um Plano Nacional de Cultura, visando o desenvolvimento cultural do País e a integração das ações do poder público para a defesa e a valorização do patrimônio cultural brasileiro.

O artigo 216 da Constituição estabeleceu constituírem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto (*caput*), deixando claro que a sua promoção e proteção competem

primordialmente ao Poder Público, cabendo à comunidade uma atividade de colaboração (§ 1º): para o Poder Público há imposição decorrente da utilização de verbos no imperativo (“promoverá” e “protegerá”), com possibilidade de colaboração da comunidade.

Somente as manifestações culturais que possam ser enquadradas em algum dos conceitos do artigo 216 da Constituição são dignas de proteção especial. É com relação a estas manifestações que a expressão patrimônio cultural é utilizada: para integrar o patrimônio cultural e ser merecedor de proteção por algum dos instrumentos relacionados no § 1º do artigo 216 da Constituição, basta que o bem seja portador de referência à identidade, à ação e à memória de algum grupo formador da sociedade brasileira³²⁷.

Consideram-se exemplificativos os incisos do artigo 216 da Constituição³²⁸, admitindo-se, diante da dinâmica dos processos culturais, a possibilidade de inclusão de outros bens na categoria do patrimônio cultural brasileiro, com base no *caput* do dispositivo³²⁹.

O artigo 216-A da Constituição previu ainda o estabelecimento de um Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, com processo de gestão e promoção conjunta para políticas públicas de cultura democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade.

A Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010, que aprovou o Plano Nacional de Cultura, possui como um de seus objetivos a proteção e a promoção do patrimônio histórico e artístico, material e imaterial (art. 2, inc. II), com indicação da competência do Poder Público para “garantir a preservação do patrimônio cultural

³²⁷ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 97.

³²⁸ “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.”

³²⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro e ação civil pública, Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 272.

brasileiro, resguardando os bens de natureza material e imaterial, os documentos históricos, acervos e coleções, as formações urbanas e rurais, as línguas e cosmologias indígenas, os sítios arqueológicos pré-históricos e as obras de arte, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência aos valores, identidades, ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (artigo 3º, inciso VI).

Paulo Affonso Leme Machado já havia sugerido a criação de um “Sistema Nacional de Conservação do Patrimônio Cultural” que, respeitando as autonomias próprias de cada um, “economizaria investimentos e integraria as ações, ensejando um planejamento e uma gestão cultural compartilhados”³³⁰.

A promoção e a proteção ao patrimônio cultural pressupõem a defesa das identidades específicas dos agrupamentos sociais, como expressão de respeito aos sentimentos humanos próprios dos seus integrantes e como reforço das sensações de orgulho e de pertencimento comunitário. É assim que a dignidade exige uma atenção à diversidade, com a promoção e a proteção das manifestações culturais específicas de cada comunidade humana.

Neste viés, Carla Gonçalves Antunha Barbosa, João Mitia Antunha Barbosa e Marco Antônio Barbosa relacionam o respeito à diversidade cultural, manifestada nos traços distintivos materiais e imateriais característicos de um grupo social, aos direitos fundamentais³³¹.

José Afonso da Silva observa que patrimônio cultural brasileiro significa não apenas o conjunto dos bens indicado pela União, mas também aqueles identificados como representativos das comunidades estaduais, municipais e do Distrito Federal³³². A reforçar a sua compreensão, refere-se à presença no dispositivo constitucional

³³⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 925.

³³¹ “A diversidade cultural é o reflexo direto do respeito aos direitos fundamentais: A cultura é um conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social. A cultura engloba, além das artes e das letras, o modo de viver junto, o sistema de valores, as tradições e crenças, assim, respeitar e fazer respeitar a cultura inscreve-se no âmbito dos direitos humanos, segundo a posição da própria UNESCO. A diversidade cultural implica ainda no respeito às liberdades fundamentais, como a liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de opinião e de expressão, de participação na vida cultural de sua escolha, entre outras.”

BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. Direito à diversidade cultural na sociedade da informação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 15, n. 59, abr./jun. 2007, p. 41.

³³² SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101.

da expressão “poder público”, como abrangente de todas as esferas políticas para a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Extraí-se do texto constitucional uma preocupação com a preservação de um patrimônio cultural que retrate a diversidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, dentre os quais se insere a comunidade municipal³³³, sempre com características históricas próprias e um patrimônio cultural local.

É no contexto que se observa, com Ataliba Nogueira, a formação natural do município no Brasil em torno de uma capela³³⁴, antecedendo ao próprio Estado Brasileiro e desenvolvendo-se isolado, de forma autônoma e regido por um direito costumeiro, “origem da evolução de todo o direito brasileiro”³³⁵.

Ao contrário dos estados nacionais, cuja criação teria exigido toda uma justificativa teórico-ideológica para unificar os conjuntos humanos em torno de um ideal, as comunidades surgiram em razão de agrupamentos humanos espontâneos e deram origem aos atuais municípios³³⁶.

Não há como imaginar a existência de alguma comunidade municipal que não possua os seus bens referenciais, indicativos das suas singularidades culturais e da sua consolidação como uma unidade história específica, tais como templos, prédios públicos, locais de representações artísticas e residências dos personagens relevantes para a sua formação.

O reconhecimento de uma dignidade inerente aos integrantes dos agrupamentos municipais, como direito fundamental a uma identidade comunitária, afasta a existência de localidades como as referidas no voto do Ministro Francisco Rezek, proferido no Recurso Extraordinário – 121.140-7-RJ - Relator Ministro Maurício Corrêa:

O proprietário não tem direitos ilimitados, e se ele os deseja maiores do que seria razoável, em lugar de especial interesse histórico, artístico, paisagístico, ou o que seja, que ele procure lugar onde a falta de qualidade seja irmã gêmea da desídia do Poder Público em estabelecer regras de controle. Isso é efetivamente, a meu ver, uma equação simples. O

³³³ É fato que manifestações culturais não seguem divisões político-administrativas. A comunidade municipal participa de sentimentos que são comuns a outras comunidades municipais, ao mesmo tempo em que contém dentro de si diversos conjuntos humanos com as suas manifestações culturais próprias. Grupos dentro de uma comunidade municipal também participam dos sentimentos de outros grupos em outros municípios, como por exemplo, os praticantes de determinada religião. A referência à comunidade municipal capta apenas pequena parcela de toda uma complexidade.

³³⁴ NOGUEIRA, Ataliba. Teoria do Município, *Revista de Direito Público*, v. 6, out./dez. 1968, p. 9.

³³⁵ *Ibid.* p. 10.

³³⁶ CORREIA, Arícia Fernandes, A intangibilidade do poder local: um ensaio jusfilosófico obre a descentralização do poder como condição necessária ao exercício da democracia. *Rev. Direito*. Rio de Janeiro: Rev. Direito, v. 12, n. 17, jan/dez. 2008, p.112.

proprietário que não quer restrição nenhuma ao seu direito de propriedade e deseja fazer do seu imóvel aquilo que à sua imaginação ou ao seu sentimento de especulação pareça melhor, sem nenhuma espécie de regulamento do Poder Público, que procure (e não faltam no país) lugares condizentes com esse desejo de não enfrentar limites. Serão lugares que, pela sua modéstia em matéria de qualidade histórica, paisagística, ecológica, condigam com a miséria da disciplinar urbana. Não é o caso do bairro do Cosme Velho, no Rio de Janeiro; não é o caso do Bairro de Laranjeiras, no Rio de Janeiro, onde proprietário se instalou e quer, não obstante, que o Poder Público não tenha a prerrogativa de estabelecer posturas.

Com a Constituição de 1988, para o efeito da promoção e da proteção aos valores culturais brasileiros, deixou de ser adequado falar em bem de interesse local, regional ou nacional, na medida em que os bens culturais relacionados às comunidades locais e regionais estão revestidos da qualidade de patrimônio cultural representativo de algum dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, em sua diversidade cultural, cuja proteção foi alçada ao interesse nacional.

O artigo 23, inciso III, da Constituição, traçou a competência material comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a proteção dos documentos, das obras e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos.

Em seu artigo 24, VII, a Constituição conferiu competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Considerando a sistemática constitucional, Alexandre Kise, Jerson Carneiro Gonçalves Junior e Vânia Siciliano Aieta entendem que o município também possa legislar sobre a matéria, visando à suplementação das legislações nacional e estadual, para atendimento aos interesses locais³³⁷. No mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo observa uma competência legislativa suplementar municipal, advinda do inciso II do artigo 30 da Constituição³³⁸. De igual forma expressaram-se José Afonso da Silva³³⁹, Carlos Frederico Marés de Souza Filho³⁴⁰ e Eliane Elias Mateus³⁴¹.

³³⁷ AIETA, Vania Siciliano; GONÇALVES Júnior, Jerson Carneiro; KISA, Alexandre. *Direito Urbanístico e Ambiental Constitucional. A valorização das Cidades e dos cidadãos e do dever constitucional de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 314.

³³⁸ ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1044.

³³⁹ “Aí está: se se reconhece a existência de um patrimônio cultural local, que só pode ser patrimônio cultural municipal, então e que, por essa via, se lhes outorga competência legislativa para normatizar sobre tal patrimônio”.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43-44.

Sob um viés semelhante, lê-se o voto do Ministro Relator Maurício Corrêa no Recurso Extraordinário 121.140-7-RJ, com referência a uma “delegação constitucional” aos municípios para legislarem sobre a proteção ao patrimônio cultural, que “revele ser de interesse local, a exigir medidas restritivas - consabido que o interesse social se sobrepõe ao individual”³⁴².

Em sentido contrário à competência municipal para legislar sobre a proteção do patrimônio cultural, citam-se os entendimentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴³, de Diógenes Gasparini³⁴⁴ e de Audrey Gasparini³⁴⁵.

O que se considera aqui é que a interpretação que procura excluir a competência legislativa municipal para a promoção e a proteção dos seus bens culturais, vinculando-os estritamente aos termos das legislações dos Estados e da União, viola o sistema federativo, que confere autonomia aos municípios para produzirem legislação própria sobre assuntos de interesse local.

A leitura a ser feita acerca do disposto no inciso IX do artigo 30 da Constituição, que conferiu competência ao município para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local”, com observância da “legislação e da ação fiscalizadora federal e estadual”, parece ser a de que os municípios devem observar a existência, em seus territórios, de bens declarados patrimônio cultural pelos Estados ou pela União (de acordo com as respectivas legislações e ações

³⁴⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 120.

³⁴¹ MATEUS, Eliane Dias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 13, n. 49, jan./mar. 2008, p. 102.

³⁴² “O patrimônio cultural é elevado pela ordem constitucional ao patamar dos valores fundamentais a serem protegidos, resguardados e preservados, e que impõem sejam promovidos pelos órgãos do Estado. Nos três estágios dos Poderes Públicos, tanto o municipal, o estadual, como o federal, atribuem-se-lhes as competências para a expedição de normas reguladoras para a garantia da intangibilidade desses bens públicos, o que não impede, por exemplo, que no Rio de Janeiro, se reconheça como patrimônio histórico, o Largo do Boticário.

As três instâncias administrativas se realizam harmonicamente nos limites de atuação de cada um deles. Assim, sendo, tem o Município delegação constitucional para legislar sobre assunto que revele ser de interesse local a exigir medidas restritivas, - consabido que o interesse social se sobrepõe ao individual”.

STF. Recurso Extraordinário 121.140-7 – RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26 de fevereiro de 2002.

³⁴³ “Aos Municípios foi dada a atribuição de ‘promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual’ (art. 30, inciso IX). Vale dizer que eles não têm competência legislativa nessa matéria, mas devem utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual”.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130.

³⁴⁴ GASPARI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 593.

³⁴⁵ GASPARI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 51.

fiscalizadoras), e não como uma vedação ao município para legislar sobre questões afetas ao patrimônio cultural local, com base no inciso I do artigo 30 da Constituição de 1988.

Sob a vigência do ordenamento constitucional anterior, Pontes de Miranda comentava a obrigatoriedade de todos os Entes da Federação observarem os valores culturais, uns dos outros ³⁴⁶.

Na Representação nº 640-Goiás, Relator Ministro Evandro Lins e Silva, o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade da Lei Estadual nº 5.290, de 18.09.1964, que erigiu a cidade de Goiás, antiga capital do Estado, em cidade monumento, com a finalidade de conservar o seu relevante patrimônio histórico-cultural³⁴⁷. Considerando o voto do Ministro Relator, decidiu-se pela não violação à autonomia municipal estabelecida na Constituição então vigente, na medida em que, diante do relevante interesse público, vislumbrou-se uma atuação ajustada entre os Entes da Federação envolvidos ³⁴⁸.

³⁴⁶ “O exercício do direito pela União estabelece eficácia do tombamento para o Estado-Membro, Distrito Federal, ou Território, e o Município; o exercício do direito pelo Estado-Membro, Distrito Federal ou Território, estabelece a eficácia jurídica para o Município; o exercício do direito pelo Município, ou pelo Estado-Membro, Distrito Federal, ou Território, estabelece eficácia do tombamento para a União, porque essa tem interesse em tudo que concerne a qualquer das suas partes, como o exercício do direito do tombamento pelo Município estabelece eficácia para o Estado-Membro, Distrito Federal, ou Território. Sempre que a unidade mais larga não exerce o direito, as entidades menos largas o podem exercer, porque também o têm.”

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 376.

³⁴⁷“EMENTA: GOIÁS – Ereção da antiga capital em cidade monumento para conservar o seu valioso patrimônio histórico e cultural. Criação de cidades satélites e outras providências da Lei Estadual n. 5.290, de 18.9.64. Não é inconstitucional esse diploma legal. Representação julgada improcedente. Representação nº 640 – GOIÁS, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, Pleno, j. 14.04.1966, p. 05.06.1966.

³⁴⁸ Voto do Ministro Relator Evandro Lins e Silva: “É cânon consagrado de hermenêutica que, entre duas interpretações possíveis de uma norma legal, deve a opção do intérprete recair na que a faça compatível com a Constituição.

Por outro lado, parece óbvia a conclusão de que, ao autorizar a criação de cidades satélites, a lei não desmembrou o território do município de Goiás. Cidade não está no diploma como sinônimo de município e é precisamente porque se erguerão no seu território, que serão satélites de sua sede.

Assentadas essa premissas, o que se conclui é que a lei apenas deu ao Governo meios para, erigindo no município de Goiás conjuntos urbanos ou rurais planejados, cumprir o mandamento constitucional que impõe ao Estado amparar os interesses econômicos do município da antiga capital, conservando o seu valioso patrimônio histórico e cultural, bem como incentivando a imigração para ele e o seu movimento turístico.

Se tal o sentido da lei, em nada se ofende a autonomia do município, desde que se entenda que, sendo erguidas em seu território, a construção das cidades satélites se fará com obediência às normas municipais pertinentes, sendo de prever-se, em face do relevante interesse público da promoção, que seus órgãos próprios não se recusem a editar as que se façam necessárias ao êxito do programa.

(...).

Também a administração das cidades satélites, confiada que seja à secretaria de Estado, à autarquia ou à empresa particular, se há de entender, salvo no que respeitar a matéria de competência

A consideração de uma competência comum a todos os entes da Federação e conseqüente responsabilidade “de natureza qualificadamente irrenunciável” para a proteção e a guarda do patrimônio cultural brasileiro também embalou o Acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2.544, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 17 de setembro de 2006³⁴⁹.

Lúcia Valle Figueiredo também considerava o município competente para legislar sobre o patrimônio cultural local. No entanto, a autora condicionava a validade do ato administrativo de tombamento à existência de lei municipal específica que “[...] ao definir quando e como deverão ser preservados determinados bens, indique, inclusive, a finalidade a ser tutelada por seu intermédio e as características que os distinguem, dando-lhes valor artístico ou histórico”³⁵⁰.

Em sentido contrário à compreensão de Lúcia Valle Figueiredo, quanto à exigência de uma legislação municipal específica para a validade dos atos administrativos municipais de proteção ao patrimônio cultural local, o Supremo Tribunal Federal havia julgado o referido Recurso Extraordinário nº 121.140-7 – RJ,

estadual que lhe seja delegada, como sendo administração sujeita ao poder municipal em toda a esfera de suas atribuições próprias.

Atento a essas considerações, entendo não ser de declarar a inconstitucionalidade da lei, em tese, como é próprio da via da representação, ressaltando-se, evidentemente, aos interessados a possibilidade de impugnar a constitucionalidade dos atos concretos do Governo Estadual que, a pretexto de aplicar o diploma em tela, possam importar em violação da esfera da autonomia municipal.

Por esses motivos, julgo improcedente a representação”.

Representação nº 640 – GOIÁS, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, Pleno, j. 14.04.1966, p. 05.06.1966.

³⁴⁹ “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. Lei estadual 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. 126, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente 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. 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 Lei 3.924/1961), 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”. (ADI 2.544, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-6-2006, Plenário, DJ de 17-11-2006). No mesmo sentido, a ADI 3.525, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJ de 26-10-2007, por violação aos arts. 23, III e 216, V da Constituição Federal, declarou a inconstitucionalidade do artigo 251 da Constituição do Estado de Mato Grosso e a Lei Estadual 7.782/2002, que estabelecia como “integrantes do patrimônio científico-cultural do Estado os sítios paleontológicos e arqueológicos localizados em Municípios do Estado do Mato Grosso”.

³⁵⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p.60.

Relator Ministro Maurício Corrêa, considerando a constitucionalidade de decreto do Poder Executivo Municipal para a preservação de imóvel residencial urbano, em prol da memória da cidade, editado diretamente com base na norma constitucional, independentemente de lei aprovada pelo legislativo municipal³⁵¹. O voto do Ministro Relator ressaltou a competência dos Entes da Federação para a matéria, considerando a autonomia do município para tratar dos seus específicos interesses, dotados da “mesma potencialidade e virtualidade que a cada um toca, da competência para, na órbita de sua ação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco toda a estrutura das utilidades culturais e ambientais”³⁵².

Acompanhando o Relator, em seu voto no Recurso Extraordinário 121.140-7 – RJ, o Ministro Francisco Rezek acrescentou o seguinte:

Qualquer que seja o juízo que se faça sobre o tema jurídico em mesa, é ele de uma total univocidade. A questão é uma só, e não há nada mais em discussão neste recurso extraordinário. É saber se o Poder Público (o detalhe é importante: pela voz do Executivo) pode estabelecer posturas, endereça-las a determinados prédios, em determinada área do cenário urbano; se ele pode fazê-lo, tirando sua autoridade da Constituição da República, ou se ele depende de uma lei do nível próprio no complexo federal – no caso, se ele dependeria de uma lei municipal, dando-lhe autoridade para isso. É só isso que está em jogo. E a esse respeito me parece impecável a posição assumida pelo Ministro-Relator. O Poder Público, no plano municipal, não precisa de nada mais além daquilo que a

³⁵¹ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE.

1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal.

2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer, na sua plena eficácia, o Decreto 7.046, de 28 de outubro de 1987, editado pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro”.

Recurso extraordinário nº 121.140-7-Rio de Janeiro, Segunda Turma, Relator Min Maurício Corrêa.

³⁵² Na sequência de seu voto, o Relator Ministro Maurício Corrêa considerou: “As três instâncias administrativas se realizam harmonicamente nos limites de atuação de cada um deles. Assim sendo, tem o Município delegação constitucional para legislar sobre assunto que releve ser de interesse local e exigir medidas restritivas, consabido que o interesse social se sobrepõe ao individual.

É, pois, de responsabilidade do Município, no âmbito de sua competência, a proteção de logradouros, sítios, prédios, monumentos e outros desse jaez, de relevante valor histórico-artístico-cultural, competindo-lhe as providências que devem ser administradas para que não sejam destruídos ou comprometidos”. Voto do Ministro Relator Maurício Corrêa no Recurso Extraordinário nº 121.140-7 – Rio de Janeiro, 2ª Turma, DJ de 26.02.2002.

Constituição estabelece, sobre o zelo que ele há de ter pela preservação de certos valores ambientais urbanos.

Nem consigo atinar com qual seria o conteúdo da hipotética lei municipal que ao acórdão recorrido pareceu faltante. Ela repetiria a Constituição? Não precisa. A ordem jurídica republicana não precisa de que os vereadores do Rio de Janeiro repitam aquilo que a Carta já estabelece. Ela diria, então, que determinados imóveis, em determinado bairro da cidade, devem observar tais ou quais limites ou posturas? Também não concebo lei para isso, visto que lhe faltaria abstração e generalidade.

Situação relevante também foi levada ao Supremo Tribunal Federal na Representação 1.312 que, em razão de arguição do Governador do Estado do Rio Grande do Sul, questionava a constitucionalidade da Lei nº 7.986, de 19 de abril de 1985, daquele Estado. Referida Lei, cujo veto foi rejeitado pela Assembleia Legislativa, declarou que a “casa histórica, conhecida por ‘Solar dos Presser’, sita à Avenida General Dalto Filho, 929, em Novo Hamburgo, pertencente à firma Calçados Paquetá S/A”, passava a “integrar o Patrimônio Cultural do Estado” (art. 1º) e determinava “providências na inscrição do ‘Solar dos Presser’ no livro do Tombo Histórico da Divisão do Patrimônio Histórico e Cultural, do Departamento de Cultura, da Secretaria da Educação e Cultura” (art. 2º).

Como razões para a arguição da inconstitucionalidade da referida Lei 7.986/1985 do Estado do Rio Grande do Sul foi suscitada suposta violação ao princípio da independência e da harmonia dos poderes, com base no artigo 6º da Emenda Constitucional nº 1/1969, na medida em que, entendido o tombamento como um ato administrativo envolvendo o exercício do poder de polícia, não seria da competência do Poder Legislativo, mas sim do Poder Executivo.

A Representação de Inconstitucionalidade 1.312 foi julgada prejudicada em 27 de outubro de 1988, diante do advento do texto constitucional de 05 de outubro de 1988. No entanto, ensejou interessantes manifestações dos Ministros do STF. O Ministro Relator Célio Borja, após enfatizar o dever constitucional do Poder Público em todas as instâncias de governo da Federação para proteger documentos, obras e locais de valor histórico ou artístico, bem como os monumentos e paisagens naturais notáveis e, ainda, as jazidas arqueológicas, com a imposição de “limitações ao exercício ou à fruição dos direitos individuais”, considerou inconstitucional a Lei Estadual, por violação ao princípio da separação dos Poderes e do devido processo legal, na medida em que proprietário privado não é chamado a participar do

processo legislativo³⁵³ - neste sentido também votaram os Ministros Carlos Madeira, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Francisco Rezek. O Ministro Oscar Corrêa considerou a inexistência de dúvidas quanto à competência legislativa comum da União, dos Estados e dos Municípios para a matéria, e divergiu dos votos anteriores, com reconhecimento de uma competência dos Poderes Legislativos para suprir omissões do Executivo e atuar na proteção concreta dos bens integrantes do patrimônio histórico-cultural³⁵⁴.

A questão voltou ao Supremo Tribunal Federal com a ADI 1.706, Rel. Min. Eros Grau, julgamento 9-4-2008, Plenário, DJE de 12-9-2008, que em sentido contrário ao que aqui se postula, julgou a inconstitucionalidade da Lei do Distrito Federal 1.713, fixando-se na questão da competência exclusiva do Poder Executivo para a edição de atos administrativos de tombamento, conforme seguinte trecho constante da Ementa do Acórdão: “O tombamento é constituído mediante ato do

³⁵³ “A incompatibilidade desta última é com a Constituição Federal, cujo artigo 6º divide o poder para melhor assegurar os direitos individuais e as liberdades sociais e pessoais. Tratando-se de direito individual tutelado pela Constituição – art. 153, § 22 – não pode o seu titular ser dele despojado, total ou parcialmente, sem a observância do devido processo legal”.

STF: voto do Ministro Relator Célio Borja na Representação de Inconstitucionalidade 1.312.

³⁵⁴ “O conceito do tombamento não induz, de forma alguma, deva ele ser atribuição exclusiva do Executivo, nem a submissão a um processo administrativo conduz necessariamente a isso. Mesmo porque se, por ato legislativo, se determina (no caso, se inscreve bem no Patrimônio Cultural do Estado) ao Executivo que proceda à incorporação, a consequência é seguir-se, naturalmente, o procedimento para efetivá-la. Salienta, aliás, expressamente, Paulo Afonso Leme (...), que ‘não há nenhuma vedação constitucional de que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal, invocando, nessa linha, Pontes de Miranda.

O que não se admite é que, omisso o Executivo – admita-se, sem se afirmar – deva o Legislativo permanecer inerte, o que no jogo dos poderes é incompreensível.

Saliente-se, ainda, que o Legislativo – no uso de prerrogativa sua – determina a inscrição, que o Executivo executará.

8. Nem há qualquer texto que determine que o tombamento é privativo do Executivo. E pela natureza do ato não se impõe a conclusão.

Inumeráveis vezes o Legislativo fixa normas gerais para a atividade do Executivo sem se excluir de participar na atividade legislativa: como se vota uma lei geral sobre pensões, mas, ainda assim, vota lei que concede pensão a determinada pessoa.

Vota a Lei de Meios e nem por isso lhe é vedado, por lei, indicar obras a serem realizadas.

O argumento das funções típicas é, data vênua, petição de princípio e nada esclarece na discussão: dizer que administração, legislação e jurisdição são funções típicas dos poderes exige que se explicita o que cada uma abrange, e isso costuma não vir na Constituição e aí está a dificuldade.

As funções atípicas não são facilmente identificáveis, de molde a eliminar conflitos – que o Judiciário terá de enfrentar.

Tombar pode não ser (admita-se, para argumentar) função típica do Legislativo; mas se os representantes do povo verificam que o Executivo (aceite-se, para argumentar, seja dele a função) não atua, nada lhes impede a ação. Demais disso, quando o Legislativo determina o tombamento, fica ao Executivo operacionalizá-lo, com o que se cumprem as condições e responsabilidades em que se verificará.

Não significa isto invasão e, menos ainda, aberrante, que clame inconstitucionalidade.

Data vênua dos votos do eminente Relator e do eminente Ministro Francisco Rezek, julgo improcedente a representação.”

STF: voto do Ministro Oscar Corrêa na Representação de Inconstitucionalidade 1.312

Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no art. 2º da Constituição do Brasil”.

Na esfera doutrinária e sob a Constituição de 1988, Sonia Rabello de Castro considera possível que lei proteja toda uma categoria de bens portadores de características específicas, desde que com o caráter de abstratividade e de generalidade. Segundo esta autora, a hipótese não caracterizaria tombamento, que somente poderia resultar de um procedimento realizado nos termos do Decreto-Lei nº 25, de 1937³⁵⁵.

Edna Cardoso Dias admite a preservação de bem cultural por lei específica³⁵⁶ e Paulo Affonso Leme Machado refere-se à vantagem de uma maior estabilidade no tombamento efetuado diretamente por lei, pois o seu desfazimento somente poderia advir de outro ato do Poder Legislativo³⁵⁷.

José Eduardo Ramos Rodrigues³⁵⁸ e Flávio Augusto de Oliveira Santos³⁵⁹ concluem pela possibilidade da preservação dos valores culturais pelo Poder Legislativo, com leis específicas, e por decisões do Poder Judiciário, na medida em que o § 1º do artigo 216 da Constituição admite outras formas de acautelamento e de preservação, além dos expressamente relacionados.

Ana Maria Moreira Marchesan lembra o princípio da solidariedade intergeracional e da universalidade da jurisdição, para considerar a possibilidade de se pleitear em juízo a proteção de bem, independentemente de tombamento ou de reconhecimento de valor cultural por ato administrativo ou legislativo³⁶⁰.

³⁵⁵ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.37.

³⁵⁶ DIAS, Edna Cardoso. Patrimônio Cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, v. 2, n. 12, nov./dez. 2003, p. 1212.

³⁵⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 930.

³⁵⁸ “Mais adiante, o § 1º deixa perfeitamente claro que 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 judicial.”

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 6, n. 21, jan./mar. 2001, p. 184.

³⁵⁹ SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca a tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de direitos difusos*, v. 4, n. 18, Direito Penal Ambiental, março-abril/ 2003, p. 2478.

³⁶⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Inquérito civil e ação civil pública na tutela do patrimônio cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do*

Eliane Elias Mateus refere-se aos artigos 62 e 63 da Lei nº 9.605/98, que tipificam e preveem penalidades pelas práticas dos crimes de destruir, inutilizar ou deteriorar bens culturais e por alterar aspecto ou estrutura de edificação com valor cultural especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial³⁶¹. Vê-se nos referidos artigos da Lei nº 9.605/98 um reforço ao entendimento da possibilidade de proteção de bens culturais diretamente por lei e por decisão judicial³⁶².

Em síntese, considerando a premissa de que o valor cultural é característica que determinados bens possuem em razão de especial relevância para a comunidade, revelável como conceito jurídico indeterminado constitucional (*quaestio iuris*), o direito à sua preservação se impõe, em princípio, como concretização de enunciados constitucionais, que tanto pode advir de ato da Administração, quanto de lei formal ou de decisão judicial, sob as condições e as conclusões traçadas no capítulo 1.

2.2 Conflitos de competência e princípio da subsidiariedade

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu artigo 1º ser a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

Adotou-se um federalismo de segundo grau, com o município integrando a estrutura do Estado Brasileiro como um ente político-administrativo, fator que, no dizer de José Luiz Quadros de Magalhães, conferiu um caráter inovador ao

Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 124.

³⁶¹“Aliás, o dispositivo constitucional não reclama regulamentação, fazendo crer que qualquer outro instrumento que permita o acautelamento e a preservação do patrimônio cultural possa ser utilizado para esses fins, não se tratando de *numerus clausus*.”

A decisão judicial, por exemplo, constitui forma de acautelamento e preservação, expressamente prevista nos arts. 62 e 63 da Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

É possível a proteção de um bem como integrante do patrimônio cultural, pela via jurisdicional, independentemente de tombamento, porque o tombamento não é exigido para proteger o patrimônio cultural, visto que isso pode se dar por outras formas de acautelamento e preservação. Desse modo, pode o Poder Judiciário pronunciar-se sobre o valor cultural de um bem, não reconhecido pela União, Estado ou Município, com fundamento no art. 216 da CF/88.

MATEUS, Eliane Dias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 13, n. 49, jan./mar. 2008, p. 113.

³⁶²No mesmo sentido: SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Direito Penal Ambiental*. *Revista de direitos difusos*. V. 4, n. 18, março-abril/2003, p. 2478.

Federalismo Brasileiro, de três níveis ³⁶³, reconhecendo-se uma autonomia municipal, que engloba autonomias administrativas, legislativa, política e financeira. A autonomia administrativa envolve a competência para organizar, gerenciar e prestar serviços com funcionalismo próprio; a autonomia legislativa é a competência para legislação sobre assuntos de interesse local e suplementação das legislações estadual e federal; a autonomia política é a capacidade de autogoverno com eleição direta do chefe do Executivo e membros do Legislativo Municipal; a autonomia financeira é a capacidade de instituição e de recolhimento de tributos próprios e aplicação dos recursos.

A conquista da autonomia política municipal é saudada por permitir a instituição de políticas públicas e de projetos locais, até mesmo em desacordo com prioridades estabelecidas pelas esferas estadual ou ainda federal ³⁶⁴.

Tem-se aqui em vista a realidade de que normalmente o sentimento mais forte de pertencimento e de identificação do cidadão é com a cidade onde nasceu ou onde vive.

Portanto, a proteção ao patrimônio cultural brasileiro não pode olvidar as características locais, pois não será suficientemente efetiva enquanto não focada na valorização e na proteção de uma diversidade cultural que é muito mais perceptível em âmbito local, na esfera dos municípios.

Caso contrário, o patrimônio cultural imobiliário brasileiro permanecerá como algo restrito a determinadas comunidades, de algumas populações privilegiadas dos poucos locais indicados pelos Poderes Públicos, distante dos cidadãos comuns: permanecerá uma mera imagem artificial de um patrimônio cultural nacional.

Outro aspecto digno de observação é que a importância da preservação de um patrimônio cultural, a exemplo do que Victor Nunes Leal já considerava no final da década de 40 do século passado, está, cada vez mais, a extrapolar o âmbito local³⁶⁵.

³⁶³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O pacto federal – descentralização e democracia. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.17-18.

³⁶⁴ SANTOS, Angela Moulin S. Penalva. *Município, descentralização e território*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.

³⁶⁵ Com efeito, observa-se o seguinte trecho do autor: “Precisar quais devam ser, numa boa organização administrativa, as atribuições municipais, é tarefa de extrema dificuldade. As indicações muito gerais pouco esclarecimento podem trazer. Quando se diz, por exemplo, que devem caber ao município as tarefas de natureza local, ou do seu peculiar interesse, resta ainda definir o conceito auxiliar tomado como referência. A dificuldade aumenta quando se observa que certos assuntos, que

Os bens alçados à categoria de relevantes para a cultura nacional, via de regra, são também culturalmente relevantes para o estado federado e para o município da sua localização.

Normalmente, antes de um bem imobiliário ser importante para a comunidade nacional, ele o é para a estadual e para a local. A não preservação no âmbito municipal propicia o desaparecimento de bens culturais que poderiam ser reconhecidos de relevância nacional.

Vale, ainda que óbvio, ressaltar mais uma vez a realidade dinâmica que, com o passar do tempo, transforma em nacionalmente relevantes bens que antes não eram vistos como representações culturais dignas de proteção pelos técnicos dos serviços públicos estaduais e federal, mas que eram reconhecidos como tais pelas comunidades locais.

Como considerado no item 2.1, entende-se que não haja como negar a qualificação das comunidades municipais, com as suas peculiaridades históricas, como grupos formadores da sociedade brasileira. Todas as manifestações culturais significativas e representativas de formações culturais locais se referem e interessam ao conjunto da sociedade brasileira.

É aqui que se observa que a repartição das competências entre as entidades federadas seguiu, como princípio geral, a predominância dos interesses: coube aos municípios as matérias relativas ao “interesse local”, dentre as quais o uso do solo urbano e a conservação do patrimônio histórico e cultural³⁶⁶.

Ocorre que a fluidez do conceito da peculiaridade do interesse dá margem a interpretações divergentes o que, em diversas oportunidades, tem dificultado a instituição e a implementação de políticas públicas³⁶⁷. É sob este aspecto que as justificativas comumente apresentadas para as omissões recíprocas quanto à conservação de bens culturais, com alegações que tentam atribuir competência na matéria exclusivamente a algum dos Entes da Federação, deixaram de ter respaldo com a Constituição de 1988. Todos são responsáveis e competentes para a

ontem só diziam respeito à vida de um município, podem hoje interessar a diversos, a todo um Estado, ou mesmo ao país inteiro. Essa variação, no tempo, da área territorial sobre a qual repercute um grande número de problemas administrativos torna muito relativa a noção de peculiar interesse do município, ou de interesse local, perturbando a solução do assunto no terreno doutrinário.”

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 79-80.

³⁶⁶ SANTOS, Angela Moulin S. Penalva. *Município, descentralização e território*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

³⁶⁷ Ibid. p. 129.

preservação dos bens culturais imobiliários, sempre situados em algum dos municípios da Federação Brasileira, ou no Distrito Federal.

O Federalismo Brasileiro, com as suas competências comuns para resultados mais eficazes, tem sido desvirtuado com a implantação de uma desordem protagonizada pelos representantes das diversas esferas da Federação, que tentam justificar as suas respectivas omissões no cumprimento de deveres constitucionais atribuindo-os aos demais e criando uma situação na qual todos acabam permanecendo inertes e os cidadãos desassistidos ³⁶⁸.

Na medida em que a Federação Brasileira se descentraliza até o nível municipal, mediante o pressuposto de que políticas públicas são tanto mais democráticas e eficientes quanto mais próximos os seus executores estiverem dos clientes, acredita-se pertinente que a análise quanto ao atendimento dos interesses da população deva principiar pelo Município, como forma de propiciar agilidade, eficiência e atuação mais democrática, mediante decisões mais próximas ao sentimento de cidadania, “que se constrói na rica diversidade das culturas das cidades, espaço real e não virtual”³⁶⁹. É partindo da esfera local que se coloca a questão da participação da comunidade nas questões relacionadas ao patrimônio cultural brasileiro, como um direito difuso, que o poder público tem o dever de promover e de proteger.

A proximidade e a identidade do cidadão com o local no qual vive, conhecendo os problemas cotidianos da sua comunidade, são fatores que incentivam e que possibilitam uma participação mais efetiva nas discussões e na busca de soluções.

A Conferência Habitat II de 1996, realizada pela Organização das Nações Unidas em Istambul, estabeleceu o princípio da cooperação descentralizada, valorizando a participação popular mediante diálogo contínuo entre todos os setores e as comunidades.

³⁶⁸ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes contra o ordenamento urbano e o Patrimônio Cultural – alguns aspectos. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 33.

³⁶⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O pacto federal – descentralização e democracia. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.14.

Recordam-se as considerações efetuadas no capítulo 1 sobre as características do Estado Democrático de Direito, aberto à participação ativa direta, pois, de acordo com Bárbara Freitag, respaldada em Habermas, a interpretação da modernidade importa uma mudança de paradigmas: “da ação instrumental para a ação comunicativa, da subjetividade para a intersubjetividade, da ação monológica para a ação dialógica”³⁷⁰. Ressalta assim a esfera municipal como a mais adequada ao exercício da ação comunicativa; espaço menor, no qual o exercício do direito de petição alcança as suas maiores possibilidades, como um dos direitos políticos configuradores de uma prática democrática direta³⁷¹.

É na definição do que cabe a cada Ente da Federação, nas hipóteses de competências comuns, que se insere o princípio da subsidiariedade como um instrumento de apoio para o enfrentamento das angustiantes demandas que envolvem a atuação e, principalmente, as omissões dos Poderes Públicos.

Augusto Zimmermann considera que, sob o aspecto político, o princípio da subsidiariedade encontra no federalismo o seu maior campo de aplicação³⁷². Segundo este autor, todos os programas de descentralização democrática, que conferem autonomia aos entes de nível inferior para o exercício de competências de forma melhor ou igual que os entes de nível superior, com aprimoramento dos controles da sociedade sobre as práticas políticas e “enxugamento da pesada máquina do poder central”, encontram inspiração na ideia da subsidiariedade³⁷³.

É o reforço do regime municipal uma das aplicações práticas do princípio da subsidiariedade, na medida em que se concebe o município como uma esfera para o exercício de uma democracia local, onde atuam os indivíduos concretos: cidadão, usuário, vizinho, contribuinte, consorciado e participante direto na condução e fiscalização das atividades do corpo político, administrativo e prestacional³⁷⁴.

Ingo Sarlet observa uma conexão entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da subsidiariedade ao considerar o aspecto prestacional da dignidade, que

³⁷⁰ FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 64-174.

³⁷¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 180.

³⁷² ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199.

³⁷³ *Ibid.* p. 201.

³⁷⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 51.

impõe ao Estado ou a comunidade a obrigação de realizar as necessidades existenciais básicas que os indivíduos isoladamente não conseguem suprir³⁷⁵.

Assim, a análise da competência comum no sistema do federalismo brasileiro conduz, mediante a aplicação do princípio da subsidiariedade, a uma proeminência dos deveres dos Poderes Públicos Municipais. Trata-se de uma responsabilidade primária dos entes Municipais, que deve resultar na obrigação da prestação de contas à população primordialmente pelos agentes públicos mais próximos dos cidadãos, que, no limite, podem responder pessoalmente nos casos de dolo ou de culpa (§ 6º art. 37, CF).

A ideia de subsidiariedade tem origem remota e penetrou no atual Direito Administrativo por intermédio do Direito Canônico³⁷⁶. É indicada por Chantal Millon-Delsol como o pilar da doutrina social da Igreja, preconizando uma não ingerência nos assuntos particulares, pois a dignidade envolve a liberdade, e uma ingerência quando necessário suprir as deficiências individuais, pois não é sempre que apenas a liberdade é capaz de garantir a dignidade³⁷⁷.

A ideia acima informa o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o poder estatal passa a ter por fim suplementar as deficiências das comunidades ou de pessoas responsáveis por seu próprio destino, mas incapazes de atingirem a plenitude da sua dignidade³⁷⁸: a subsidiariedade possui um aspecto negativo, com a autoridade estatal garantindo que as pessoas e os grupos sociais conduzam livremente as suas ações, e um aspecto positivo, na medida em que a autoridade estatal tem por missão instigar, amparar e suprir as deficiências dos atores incapazes³⁷⁹.

A subsidiariedade relaciona-se à própria organização social, ligada à sociedade civil e ao Estado, com aplicação tanto no domínio administrativo como no domínio econômico, postulando o respeito às liberdades dos indivíduos e dos grupos³⁸⁰ e, neste sentido, também incide nas relações entre poderes centrais e locais, sendo a descentralização um “domínio predileto de aplicação do princípio da

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58-59.

³⁷⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 30.

³⁷⁷ MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 25-26.

³⁷⁸ *Ibid.* p. 3.

³⁷⁹ *Ibid.* p. 7.

³⁸⁰ BARACHO, op. cit., nota 376, p. 25-26.

subsidiariedade”³⁸¹. Portanto, relaciona-se ao domínio político com aplicação primordial no que se refere à distribuição das competências³⁸². Por intermédio do princípio da subsidiariedade, para além da participação política, definem-se as liberdades de ações estabelecendo os seus limites e as condições de seu exercício.

A ideia de subsidiariedade confere prioridade de competência para a instância mais próxima e, em caso de insuficiência, para a instância superior, como um dever e não faculdade, pois o interesse geral, que constitui a finalidade última da ação política, exige a concretização do bem comum³⁸³. Apesar da antiguidade da ideia, a expressão princípio de subsidiariedade é recente e o seu sentido soa natural, a ponto de ser referido como “princípio do bom senso” pela Comissão Europeia em Relatório de 8 de outubro de 1992³⁸⁴ e inspira todos os domínios da vida pública de uma organização federal³⁸⁵.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, o princípio da subsidiariedade importa uma descentralização política e administrativa, segundo a qual as decisões “devem ser tomadas no nível mais baixo possível”³⁸⁶ e, por tratar da fixação das competências, deve ser visto como um princípio de Direito Constitucional³⁸⁷.

A ideia de subsidiariedade exige que o exercício dos controles do Estado sobre as comunidades menores tenha por objetivo propiciar a colaboração de todos na direção do bem comum³⁸⁸, o que está na essência do federalismo instituído pela Constituição de 1988: o federalismo é a aplicação do princípio da subsidiariedade na vida do Estado³⁸⁹.

A concepção da subsidiariedade, segundo a qual se atribui às coletividades os poderes que elas são capazes de exercer³⁹⁰ está implícita na repartição das competências, o que se reflete no artigo 30 da Constituição Federal, que confere ao município competência para “legislar sobre assuntos de interesse local” (inc. I) e para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante

³⁸¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 30.

³⁸² MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 7-8.

³⁸³ *Ibid.* p. 72.

³⁸⁴ *Ibid.* p. 4.

³⁸⁵ *Ibid.* p. 43.

³⁸⁶ BARACHO. *op. cit.*, nota 381, p. 92.

³⁸⁷ *Ibid.* p. 94.

³⁸⁸ *Ibid.* p. 40.

³⁸⁹ *Ibid.* p. 46.

³⁹⁰ *Ibid.* p. 32.

planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (inc. VIII).

Augusto Zimmermann também apresenta como aspecto relevante ao princípio da subsidiariedade uma melhor adaptação da lei aos casos concretos³⁹¹.

O caráter dinâmico da ideia de subsidiariedade impõe uma adaptação constante do seu conteúdo, pois as prioridades variam segundo os casos e com o passar do tempo³⁹².

O princípio da subsidiariedade contribui para a procura constante de um equilíbrio contingente, na medida em que as sociedades e as necessidades mudam sem cessar. As fronteiras da ingerência e da não ingerência também mudam e o princípio contribui com a flexibilização na distribuição das competências segundo as necessidades do momento³⁹³.

Portanto, de acordo com Chantal Millon-Delsol, é sob o plano estritamente político da organização do Estado Federal, no que se refere à questão primordial da distribuição das competências, que o princípio da subsidiariedade encontra a sua mais expressiva significação. Trata-se de questão relativa à forma como deve ocorrer à suplementação das competências, segundo o princípio da proporcionalidade, na medida em que a suplementação das insuficiências não deve invadir a esfera das competências que o ente menor é capaz de satisfazer convenientemente, bem como a atuação do ente maior deve se limitar àquilo que ele é capaz de executar satisfatoriamente³⁹⁴.

O que parece inadmissível é que o município se exima quanto ao cumprimento dos seus deveres no que se refere às competências comuns.

Não há como excluir o direito das comunidades locais de exigirem o reconhecimento de suas raízes históricas e singularidades, o que deve ocorrer a partir das esferas locais, considerando a descentralização constitucional do poder até ao âmbito municipal como um fator de aprimoramento das práticas democráticas,

³⁹¹ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 211.

³⁹² MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 76.

³⁹³ *Ibid.* p. 28-29.

³⁹⁴ *Ibid.* p. 39-40.

já que a participação e o controle dos cidadãos tendem a ser mais efetivos nas esferas que lhes são mais próximas³⁹⁵.

É partindo da esfera local que se coloca a questão da participação da comunidade na gestão pública. Os direitos humanos concretizam-se mais naturalmente a partir do nível municipal, mediante uma participação mais consciente dos cidadãos na produção de diagnósticos mais precisos e de soluções para os problemas da comunidade, contando com maior engajamento social.

A maior descentralização possibilita um exercício democrático mais aperfeiçoado, uma participação mais efetiva da população nas discussões e na resolução dos assuntos que afetam imediatamente à comunidade local³⁹⁶.

Angela Moulin S. Penalva Santos observa que o controle sobre o Poder Público Municipal deve ser feito não só pelos Tribunais de Contas e Ministério Público como também e, principalmente, pela participação popular³⁹⁷.

A descentralização resulta também em maior transparência e responsabilização aos agentes públicos. Pressupõem-se melhoras no gerenciamento, com um poder local mais eficaz e flexível no atendimento das demandas de uma população que, no âmbito municipal, “de baixo para cima”, pode participar mais efetivamente na formulação das políticas públicas locais, aprimorando os mecanismos democráticos e resultando em maior legitimidade na atuação do poder público³⁹⁸.

A proximidade e a identidade do cidadão com o local onde vive é fator que incentiva e que possibilita uma participação mais efetiva nas discussões e na busca das soluções para os problemas comuns.

Portanto, se a existência do Município na Federação Brasileira é elemento de garantia democrática, com situações mais frequentes de participação e de controle popular, é no âmbito deste Ente da Federação que é possível se alcançar uma maior proximidade com o ideal da ação comunicativa.

³⁹⁵ CORREIA, Arícia Fernandes, A intangibilidade do poder local: um ensaio jusfilosófico obre a descentralização do poder como condição necessária ao exercício da democracia. *Rev. Direito*. Rio de Janeiro: Rev. Direito, Rio de Janeiro, v. 12, n. 17, jan/dez. 2008, p. 131.

³⁹⁶ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.

³⁹⁷ SANTOS, Angela Moulin S. Penalva. *Município, descentralização e território*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 31.

³⁹⁸ *Ibid.* p. 9.

Sustenta-se aqui uma ação comunicativa, conforme referido no capítulo 1, que importe uma mudança democrática para uma total transparência, na qual o agente público julgue mediante a ponderação de todos os argumentos e forneça, com lealdade, todos os elementos que demonstrem que nenhum foi desprezado para, desta forma, possibilitar o exercício mais adequado da oposição, das críticas e impugnações judiciais.

Considerando as competências constitucionais para a proteção do meio-ambiente cultural, torna-se possível a conclusão de que cada município deve cuidar prioritariamente do patrimônio cultural que se encontra em seu território, com a imposição de atuação aos demais Entes da Federação no caso de omissão, sem que se fale de invasão de competência³⁹⁹, pois, o serviço público cultural compõe os deveres de conjunto dos Entes da Federação⁴⁰⁰.

Neste sentido, Juliano de Barros Araújo ressalta a falta de uma visão sistêmica dos órgãos competentes, com a exemplificação de omissões recíprocas sustentadas em argumentos de que “determinado bem não tem interesse cultural nesta ou naquela unidade federativa” para considerar que o “órgão da cultura federal tem o dever de atuar na proteção dos bens culturais de interesse de qualquer parte da sociedade brasileira, mesmo quando o bem representar somente interesse cultural local”⁴⁰¹.

Portanto, tendo em conta o princípio da subsidiariedade, que realça a competência municipal para o trato do patrimônio cultural imobiliário e reclama a atuação dos demais entes da Federação para suprir eventuais deficiências do Poder Público local, a conclusão é a de que, diante da omissão de um, impõe-se a atuação dos demais Entes da Federação para o cumprimento da Constituição visando a efetiva promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

³⁹⁹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 119.

⁴⁰⁰ *Ibid.* p. 126.

⁴⁰¹ ARAÚJO, Juliano de Barros. Licenciamento Ambiental e Proteção ao Patrimônio Cultural. In: TINÓCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Waress de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 107.

2.3 O patrimônio cultural material e o imaterial: um sistema instrumental de proteção

A Constituição de 1988, ao dispor que, “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”, o “poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá” o patrimônio cultural brasileiro, formado por “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto”, estabeleceu um sistema que é capaz de abranger toda e qualquer manifestação cultural portadora de “referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216).

Conforme referido no capítulo 1, a concepção de um valor cultural, referido ao sentimento de pertencimento comunitário, que resulta da inter-relação dos homens e destes em conjunto com seu meio ambiente, traduz uma ideia de imaterialidade que pode se corporificar em um bem material móvel ou imóvel, único e insubstituível (patrimônio cultural material), ou não encontrar qualquer suporte físico específico (patrimônio cultural imaterial). Esta realidade recomenda um tratamento sistemático para as medidas de promoção e de proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

José de Melo Alexandrino apresenta, com base em lição de Massimo Severo Giannini, a concepção de que os interesses culturais não se confundem e nem se identificam com o seu suporte material, pois bens culturais seriam sempre imateriais e não possuiriam uma correspondência automática com o bem material, que tanto poderia ter seu valor patrimonial aumentado como diminuído pelo aspecto cultural⁴⁰².

É assim que, apesar de o valor cultural representar algo de imaterial⁴⁰³ e de ser este valor a razão da preservação, para os efeitos de proteção e de promoção,

⁴⁰² ALEXANDRINO, José de Melo. O Conceito de Bem Cultural. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 232.

⁴⁰³ “Os bens de valor cultural ou natural têm um valor destacado que representa, por si só, um bem imaterial de conteúdo não econômico, insuscetível de apropriação individual, já que pertence a todos os brasileiros. O valor contido nas coisas de interesse histórico, cultural ou natural é, em seu todo, um bem público de uso comum (*res communes omnium*), encarado como uma universalidade de direito, cuja conservação interessa a toda a sociedade. A comunidade nacional tem, outrossim, um direito subjetivo público de vê-lo protegido.”

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, abr/jun 2002, p. 44.

efetua-se uma divisão entre patrimônio cultural material e imaterial (CF, art. 216, *caput*), conforme o bem objeto da valoração cultural seja de natureza tangível (móvel ou imóvel) ou intangível (por ex.: tradições e costumes).

A diferença essencial que se aponta entre as categorias está em que um bem cultural de natureza material é único e insubstituível, enquanto que os bens de natureza imaterial repetem-se, como, por exemplo, as manifestações folclóricas e artísticas.

Os bens culturais materiais pertencem, em geral, ao passado de uma comunidade. São valores que correm grandes riscos, na medida em que dependem da preservação de suportes materiais móveis ou imóveis únicos e insubstituíveis. Sua destruição importa no desaparecimento de item que integra o patrimônio cultural comunitário.

Os bens culturais imateriais, ao contrário, são manifestações que se repetem e se reproduzem, em princípio, independentemente de qualquer suporte material único: formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver.

No entanto, o aspecto imaterial inerente aos bens culturais impede uma separação absoluta entre bens culturais de natureza material e bens culturais de natureza imaterial.

Como já referido, cabe a observação de que uma das diferenças entre os chamados bens culturais de natureza material e alguns bens culturais de natureza imaterial está na singularidade e na insubstituibilidade do suporte material dos primeiros (bens culturais materiais) e não no fato de exigirem um suporte material para se manifestarem. Como exemplo, basta pensar numa música (bem cultural de natureza imaterial) cujo registro exige um suporte fonográfico ou de partitura sobre papel e que pode ser reproduzido ao infinito. Não há que se falar na necessidade de preservação como bem cultural dos referidos suportes materiais. Esta situação muda quando o suporte em si possui o caráter de relíquia, como, por exemplo, a partitura original de um antigo e renomado compositor que, por sua singularidade, adquire uma qualidade de bem cultural de natureza material.

Neste contexto, por exemplo, imagens e informações históricas reproduzíveis, existentes em arquivos, são elementos do patrimônio cultural imaterial (embora possam também se caracterizar como bens culturais materiais, como, por exemplo, no caso de fotografias ou manuscritos originais).

Portanto, um aspecto a se considerar no trato das competências constitucionais legislativa e material para a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro relaciona-se à necessidade ou não da conservação de algum suporte material específico. Explica-se que a promoção e a proteção dos bens culturais que requeiram a conservação de algum suporte material único e insubstituível exigem ações distintas daquelas que se refiram à proteção dos bens culturais de natureza imaterial. O elemento mais forte de discussão com relação aos primeiros diz respeito aos limites do direito da propriedade material e obrigações de proprietário, enquanto que os questionamentos com relação aos bens culturais de natureza imaterial envolvem outra ordem de questões, como as relacionadas à propriedade imaterial e ao domínio público das manifestações comunitárias.

De uma forma genérica é possível também afirmar que, conquanto a preservação dos bens culturais de natureza material possa ser imposta aos respectivos proprietários, a mesma coerção não é possível com relação aos bens culturais de natureza imaterial, caracterizados como expressões da liberdade dos grupos sociais ou de determinados agentes, que se dediquem a práticas tradicionais ou de importância cultural. Sob este viés insere-se o Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 21.9292, Relator Ministro Octávio Galloti, que considerou inadequado o tombamento de imóvel para limitar sua destinação às atividades artístico-culturais⁴⁰⁴.

O Ministro Ricardo Lewandowski, no voto que proferiu como Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.976 – Distrito Federal, ressaltou o futebol como uma manifestação incorporada à cultura brasileira, bem de natureza imaterial passível de proteção nos termos do § 1º da Constituição de 1988⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ “Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação às atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1º, da Constituição. (RE 21.9292, Rel. Min. Octavio Galotti, julgamento em 7-12-1999, Primeira Turma, DJ de 23-6-2000)”

⁴⁰⁵ “É escusado lembrar que, por mais que alguém, entre nós, seja indiferente ou mesmo refratário a tudo o que diga respeito ao futebol, a relação da sociedade brasileira com os mais variados aspectos desse esporte é estreita e singularíssima, estando ele definitivamente incorporado à cultura popular, seja na música, seja na literatura, seja no cinema, enfim, nas artes em geral, fazendo-se presente, em especial, na maioria das grandes festas nacionais. Vale lembrar, ainda nesse diapasão, que o art. 215, § 1º, da Carta Magna dispõe que ‘o Estado protegerá as manifestações das culturas populares’, constituindo patrimônio cultural brasileiro, segundo reza o art. 216 da mesma Carta, os bens de natureza imaterial, portadores de referência à identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as

Também no âmbito da imaterialidade dos bens culturais, o § 2º do artigo 215 da Constituição Federal estabelece que “a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”. Trata-se da promoção dos valores culturais com o estabelecimento de datas especiais para reforçar a integração comunitária e o sentimento de pertencimento

406

No entanto, são reconhecidas situações em que a sobrevivência de manifestações comunitárias imateriais depende da preservação dos locais de suas práticas, gerando a necessidade da preservação de suportes materiais como, por exemplo, no caso da “linguagem dos sinos” das igrejas católicas de Minas Gerais, registrado como patrimônio cultural imaterial brasileiro em livro próprio do IPHAN⁴⁰⁷.

A permanência da tradição comunitária do badalar dos sinos depende da preservação dos próprios sinos e dos templos em que situados.

O mesmo fenômeno de interdependência entre preservação de patrimônio cultural material e imaterial foi referido pelo historiador e professor Paulo Marins, do Museu Paulista da Universidade de São Paulo, em comentário sobre a inundação que, em 02 de janeiro de 2010, destruiu parte do conjunto arquitetônico da cidade histórica de São Luiz do Paraitinga, no Estado de São Paulo: “não é só a perda das edificações que existem ali, mas o fato de que essas edificações mediam uma quantidade de festas muito grande, que ocorrem em meio a elas e dentro delas, que foram perdidas”⁴⁰⁸.

variadas ‘formas de expressão’ e ‘os modos de criar, fazer e viver.’” Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.976 – DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 07/05/2014.

⁴⁰⁶ “Os feriados são compreendidos a partir de uma dimensão antropológica. A pessoa e o cidadão têm, sob certos valores, uma necessidade de festejar: para entrar em consonância com o seu meio ambiente, sentir-se parte da comunidade. A observação e a memória retrospectiva, bem como a esperança e o desejo, pertencem à ‘condição humana’, mesmo que essa necessidade tenha historicamente sido com frequência abusada pelos tiranos. O direito ao feriado tem, enfim, a ver com a imagem da pessoa no Estado Constitucional. Esta é tão complexa como a própria pessoa. Ciência e política podem indicar apenas aspectos parciais: aquele que age racionalmente para tirar o máximo de vantagens é estilizado e, às vezes, exagerado nas ciências econômicas como ‘*homo oeconomicus*’, mas também a pessoa emocionalmente constituída: O Estado Constitucional necessita de fontes racionais e emocionais de consenso. O direito ao feriado é expressão de ambos. A ‘pessoa no direito’, mais exatamente, no Estado Constitucional, é ‘*homo ludens*’ e ‘*homo faber*’ – e essas facetas também pode se refletir nos feriados.”

HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado Constitucional*. Trad.: MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

⁴⁰⁷ BOECHAT, Ricardo. *Cultura: som sublime. Isto é*. Ano 32, n. 2089, 25 nov. 2009, p. 34.

⁴⁰⁸ CORREIO BRAZILIENSE. Paraitinga: São Paulo pode ter perdido maior conjunto de edificações do século 19. Brasília, 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://correio braziliense.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

O § 1º artigo 216 da Constituição estabeleceu um sistema normativo para a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro com um rol básico e exemplificativo de instrumentos jurídicos e abertura da possibilidade da criação de novos, de acordo com a necessidade⁴⁰⁹, a serem manejados conforme os parâmetros do Estado Democrático de Direito, referidos no capítulo primeiro: transparência, participação popular, motivação e consequentes controles.

2.3.1 Inventário

O inventário de bens culturais ainda não foi objeto de legislação federal específica. No entanto, afirma-se que consista na catalogação sistematizada dos bens com valor cultural, com referências às características peculiares de cada um e informações relevantes para estudos, divulgação e orientação das políticas públicas⁴¹⁰.

Os inventários de patrimônios culturais podem ter por objeto bens imateriais ou materiais, tombados ou não, de relevância em quaisquer das esferas da Federação.

José Eduardo Ramos Rodrigues informa a utilização dos inventários como procedimentos administrativos com a finalidade de identificar e de catalogar bens culturais⁴¹¹. Este autor alerta, no entanto, para a possibilidade de que a inventariação de bens culturais imóveis, independentemente de providências subsequentes para uma efetiva proteção, produza efeitos contrários aos pretendidos, com a aceleração da destruição do patrimônio cultural por iniciativa de proprietários inescrupulosos, que se apressam em demolir prédios inventariados⁴¹².

⁴⁰⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro e ação civil pública, Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 272.

⁴¹⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 80.

⁴¹¹ RODRIGUES, op. cit., nota 409, p. 273.

⁴¹² Corroborando a convicção no sentido de que grande parte do patrimônio cultural imobiliário brasileiro desaparece por iniciativa de proprietários em práticas especulativas e não por absoluta falta de recursos, José Eduardo Ramos Rodrigues fornece o testemunho da seguinte: "Cumprir salientar que o inventário costuma ser praticado como mero procedimento administrativo, desde antes da promulgação da Constituição em vigor, especialmente por prefeituras, com a finalidade de identificar e catalogar bens de valor cultural. Porém, tal atividade, se efetuada sem as devidas cautelas, pode terminar apenas por identificar bens que seus proprietários tratarão de demolir o mais rápido possível, antes que o Poder Público possa efetivamente lançar mão de instrumentos legais para protegê-los,

Visualiza-se aqui a possibilidade de enquadramento como abuso de direito, quando o proprietário de bem imobiliário, ciente de seu valor cultural ou em resposta a alguma mobilização social, se apressa para destruí-lo ou descaracterizá-lo com finalidade de frustrar qualquer tentativa no sentido da sua preservação (Código Civil, art. 1.228, § 2º). Cita-se, no contexto, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.293.608-PE, Relator Ministro Herman Benjamin, em cuja ementa contém a observação de que o ordenamento jurídico não atribui “o direito de, por ação ou omissão, destruir, inviabilizar, danificar, alterar ou comprometer a herança coletiva e intergeracional do patrimônio ancestral, seja ele tombado ou não”⁴¹³.

Marcos Paulo de Souza Miranda considera que inventários de bens culturais realizados pelo Poder Público possuem natureza de atos administrativos restritivos e declaratórios da relevância cultural dos bens inventariados, dos quais derivam outros efeitos jurídicos para a sua preservação⁴¹⁴.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho propugna que o inventário deva se destinar aos bens culturais que não estejam em situações de risco, enquanto que intervenções mais efetivas, como o tombamento, devem ser adotadas com relação aos bens em situação de perigo⁴¹⁵.

O Inventário Nacional de Bens Imóveis em Sítios Urbanos (INBI/SU) é realizado pelo IPHAN desde a década de 80 e tem por finalidade “apoiar as ações de conservação, restauração, promoção e gestão do patrimônio urbano tombado”⁴¹⁶. Pode ser um elemento complementar ao tombamento, como no caso da

com evidente desperdício de tempo e dinheiro público. Isto ocorreu, por exemplo, há cerca de vinte anos no Município de Rio Pardo – RS, onde um inventário de bens culturais sem perspectivas de tombamento, ao invés de contribuir para a preservação de relevante patrimônio, terminou por acarretar a sua destruição”.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro e ação civil pública, Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 273.

⁴¹³ V. item “6” da Ementa do Recurso Especial nº 1.293.608-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 04.12.2012, DJ 24.09.2014. Transcrição na nota 168.

⁴¹⁴ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 15, jul./set. 2008, p. 186.

⁴¹⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 42, abr./jun. 2007, p. 55.

⁴¹⁶ INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Inventário Nacional de Bens Imóveis: Sítios Urbanos Tombados: Manual de Preenchimento*. Versão 2001. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2006, p.10.

inventariação de bens imóveis componentes de um conjunto urbanístico tombado, ou dos móveis de relevância cultural que guarneçam os imóveis históricos.

O “Projeto de Inventário de Bens Culturais Imóveis – Caminhos Singulares do Estado do Rio de Janeiro” foi realizado pela Secretaria de Estado de Cultura por intermédio do Instituto Estadual do Patrimônio Cultural – INEPAC em parceria com o SEBRAE-RJ e a UNESCO/Brasil para identificar o patrimônio cultural do Estado do Rio de Janeiro, bens tombados e não tombados, visando futuras ações preventivas⁴¹⁷.

Entende-se aqui que, como um instrumento para a sistematização de informações, os inventários possam ser realizados por entes públicos ou privados (universidades, instituições de pesquisa, associações, etc.) para produção de conhecimentos de relevância para a promoção e a proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Neste sentido, o inventário também pode se constituir em importante instrumento de participação popular.

Considerando que o enquadramento de determinado bem na categoria de patrimônio cultural seja a concretização de um conceito jurídico indeterminado, acredita-se que o inventariação de bem como um patrimônio cultural por parte de entidades conceituadas deve tornar, no contexto do Estado Democrático de Direito, no mínimo, obrigatória uma atenção especial sobre o aspecto por parte do Poder Público.

Neste sentido, observa-se com Miguel Assis Raimundo, que o reconhecimento do interesse cultural de um bem traduza uma função “simplificadora da ponderação”, com uma “certa posição de princípio de tutela do patrimônio cultural contra novas intervenções que possam prejudicá-lo”⁴¹⁸.

2.3.2 Registro

O registro foi disciplinado no âmbito federal pelo Decreto nº 3551, de 04 de agosto de 2000, e destina-se à proteção dos bens culturais de natureza imaterial. A

⁴¹⁷ INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL - INEPAC. *Projeto de Inventário de Bens Culturais Imóveis - Caminhos Singulares do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em <<http://www.inepac.rj.gov.br>>. Acesso em 06 de nov. 2009.

⁴¹⁸ RAIMUNDO, Miguel Assis. O Contencioso da Cultura. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 330.

Resolução Iphan nº 1671/2006 determinou os procedimentos para a instauração e a instrução dos processos para o registro dos bens culturais de natureza imaterial.

Thais Leonel identifica o procedimento oficial do registro do Decreto nº 3.551/2000 a um inventário, com a sistematização dos conhecimentos sobre manifestações culturais imateriais e a reunião da mais ampla documentação sobre os seus diversos aspectos e inscrição em livro próprio mantido pelo IPHAN⁴¹⁹.

Estabelecido como procedimento oficial no âmbito da União, o registro tem por objetivo a valorização e a perpetuação das manifestações culturais tradicionais imateriais, como referenciais identitários dos grupos formadores da sociedade brasileira⁴²⁰. Destina-se à catalogação de informações sobre manifestações culturais imateriais de prática presente, com o objetivo de conhecê-las e de estimular a sua preservação como tradição viva. No entanto, não tem o condão de por si só impor a preservação destas manifestações culturais que, para sobreviverem, dependem da atuação comunitária.

Sob este aspecto lembra-se o referido Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 21.9292, Relator Ministro Octávio Galloti, que considerou inadequado o tombamento de imóvel para limitar a sua destinação às atividades artístico-culturais⁴²¹.

No entanto, não há como desconhecer situações como a anteriormente referida (caso da “linguagem dos sinos” das igrejas católicas de Minas Gerais), na qual a promoção com vistas à proteção de manifestação cultural passível de registro como bem cultural imaterial dependa da manutenção de um suporte material. Atento a esta realidade, o Decreto nº 3551/2000 previu um Livro de Registro dos Lugares para a inscrição de mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e se reproduzem práticas culturais coletivas.

Além do Livro de Registro dos Lugares, outros três livros foram instituídos pelo Decreto nº 3551/2000 para o registro de patrimônio cultural imaterial: o Livro de

⁴¹⁹ LEONEL, Thais. O patrimônio cultural imaterial como bem ambiental. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 1, n. 1, jan./mar. 2005, p. 34.

⁴²⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, n. 42, Nov./dez. 2008, p. 66-67.

⁴²¹ “Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação às atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1º, da Constituição. (RE 21.9292, Rel. Min. Octavio Galotti, julgamento em 7-12-1999, Primeira Turma, DJ de 23-6-2000)”

Registro dos Saberes, destinado à inscrição de conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; o Livro de Registro das Celebrações, destinado à inscrição de rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social e; o Livro de Registro das Formas de Expressão, destinado à inscrição das manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas.

O § 3º do artigo 1º do Decreto nº 3.555/2000 previu a abertura de outros livros de registro para a inscrição de patrimônios culturais de natureza imaterial, que não se enquadrem em algum dos quatro livros referidos.

2.3.3 Tombamento e outras formas de acautelamento e de preservação de bens culturais imobiliários

O tombamento é modalidade instrumental para a promoção e a proteção ao patrimônio cultural material. Em razão de sua longa existência e dos naturais conflitos entre interesses de proprietários atingidos e os das comunidades detentoras de direito difuso à preservação do patrimônio cultural brasileiro, tem sido objeto dos maiores debates.

O tombamento permanece o principal instrumento para a preservação do patrimônio cultural brasileiro, regido pelo o Decreto-Lei nº 25/1937, que inaugurou a própria tutela jurídica ao patrimônio ambiental brasileiro ⁴²², com a instituição de um procedimento de acordo com o princípio do contraditório, com oportunidade para o proprietário se opor ao enquadramento do bem como cultural, como forma de legitimar, na época de sua edição, a atuação da Administração.

Por tudo o que se expôs até aqui, observa-se que, no contexto atual do Estado Democrático, faz-se necessária a ampliação do contraditório nos processos de tombamento, com o envolvimento e a possibilidade de participação ativa de toda a comunidade titular do direito difuso à preservação do patrimônio cultural.

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o Decreto-Lei nº 25/1937 como norma geral, com aplicação em todos os níveis da federação, transformou o tombamento em um, dentre outros instrumentos de um sistema, para a promoção e a proteção ao patrimônio cultural.

⁴²² REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 28.

Assim, outrora único instrumento voltado especificamente para a preservação do patrimônio cultural material (além da desapropriação, que possui regramento próprio no Decreto-Lei nº 3.365/1941), o tombamento passou a integrar um sistema normativo em construção, composto por diversos outros instrumentos, cujo objetivo comum é a preservação dos bens culturais brasileiros no contexto do Estado Democrático, que passou a admitir como fundamental o direito da participação popular e o controle social.

O processo administrativo estabelecido no artigo 9º do Decreto-Lei nº 25/1937 não pode mais se limitar a apenas uma oportunidade para o proprietário se opor à qualificação do bem como cultural, sob a pena de excluir a possibilidade de participação dos demais atores sociais, pois, no contexto do Estado Democrático atual, o processo administrativo do tombamento deve envolver um contraditório bem mais amplo, com a abertura de possibilidade de participação direta dos cidadãos.

A transparência e a motivação das atuações dos Poderes Públicos são fatores para maior efetividade da participação dos cidadãos, que assim ficam postos ao lado dos Poderes Públicos como corresponsáveis pela proteção e pela promoção do seu próprio patrimônio cultural ⁴²³.

No contexto da Constituição Federal de 1988, o tombamento de um imóvel passa a se justificar não apenas no seu valor arquitetônico ou histórico, mas também em outros valores referentes à identidade e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como, por exemplo, o valor simbólico e afetivo para a comunidade moradora de uma cidade ⁴²⁴.

O tombamento pode ser classificado mediante os seguintes critérios: quanto ao procedimento (ofício, voluntário ou compulsório); quanto à eficácia (definitivo ou provisório); quanto à origem (legislativa, administrativa, ou judicial) ⁴²⁵.

O tombamento pode incidir sobre bens imóveis e móveis. Ocorre que, diferentemente do que se dá com os imóveis, a possibilidade da livre circulação por

⁴²³ PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 86.

⁴²⁴ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro e ação civil pública, Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 272.

⁴²⁵ AIETA, Vania Siciliano; GONÇALVES Júnior, Jerson Carneiro; KISA, Alexandre. *Direito Urbanístico e Ambiental Constitucional. A valorização das Cidades e dos cidadãos e do dever constitucional de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 315.

todo o território nacional integra o núcleo essencial do direito de propriedade dos bens móveis. Neste contexto, cabe a observação de que se afigura sumamente complicada a efetividade, ou mesmo a constitucionalidade, de um tombamento municipal, estadual ou distrital, como medida destinada a manter o bem cultural móvel de propriedade particular no âmbito territorial do Ente prolator da decisão. A solução para a permanência de bem móvel de valor cultural local no âmbito de determinado Ente da Federação parece residir na sua transferência, voluntária ou forçada, para o domínio público.

Não há mais também como se admitir que o patrimônio cultural, no âmbito federal, possa ser constituído exclusivamente por decisão de Conselho Consultivo do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (item 3 do artigo 9º do Decreto-Lei nº 25/37), homologada pelo Ministro da Cultura (Lei nº 6.292/75) e passível de recurso ao Presidente da República (Decreto-Lei nº 3.866/41).

De qualquer sorte, a homologação conceitua-se como ato administrativo vinculado da autoridade superior e envolve a aferição de legalidade⁴²⁶. Homologação, ato vinculado, não se confunde com aprovação, ato discricionário que engloba análise de mérito (conveniência e oportunidade)⁴²⁷. A homologação não constitui direito, apenas reconhece os existentes: “consiste em acerto constitutivo formal, de assecuramento de direitos preexistentes, para que produzam seus efeitos práticos”⁴²⁸.

Por todo o exposto, entende-se também que o § 1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937, no sentido de que bens “só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo”, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Hely Lopes Meirelles, em capítulo relativo às limitações administrativas ao direito de construir, conceituou o tombamento como “declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou

⁴²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.118.

⁴²⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 78.

⁴²⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. 1: introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 579.

locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”⁴²⁹.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto⁴³⁰ e José Eduardo Ramos Rodrigues⁴³¹ consideram o tombamento ato administrativo declaratório e não constitutivo do patrimônio cultural.

Hugo Nigro Mazzilli admite a proteção judicial ao bem de valor cultural, tombado ou não, eis que o tombamento, forma especial de proteção administrativa, seria ato declaratório e não constitutivo de valor cultural⁴³².

Quanto aos efeitos do tombamento, após defini-lo como ato administrativo declaratório do valor cultural, José Eduardo Ramos Rodrigues considera um efeito constitutivo, consubstanciado em uma alteração do regime jurídico do bem, que passaria a se sujeitar a um regime especial impositivo de limitações ao exercício da propriedade⁴³³.

Considera-se que, apesar de o ato administrativo de tombamento, resultante de um processo, envolver a declaração da relevância cultural do bem, não há como deixar de reconhecer nele também a produção de alguns efeitos constitutivos, principalmente, quando enfrenta e põe fim a conflitos objetivos quanto à qualificação do bem e ao direito da sua preservação perante outros interesses. Nada há de diferente do que preceitua a doutrina processual: todo ato que põe fim a um

⁴²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. Atual: AZEVEDO, Eurico de Andrade; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 125.

⁴³⁰ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 13, n. 51, jul./set. 2008, p. 192.

⁴³¹ “O tombamento é ato administrativo que declara um valor cultural preexistente, que pode ainda não ter sido efetivado pelo Poder Público, apesar do interesse cultural do bem, seja por falta de tempo, por erro, culpa ou dolo. Neste caso, impõe-se a propositura da ação civil pública, como já está consagrado pela nossa jurisprudência: ‘não há restrição ao poder revisional dos Tribunais sobre o juízo da Administração, quando esta não reconhece os valores de vida referidos na lei 7.347/85. É da nossa organização política a posição superposta do Judiciário em face dos outros Poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de lei (RT 658/91). Outrossim, qualquer cidadão pode propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. V, LXXII, da CF).” RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 6, n. 21, jan./mar. 2001, p. 183-184.

⁴³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 204-205.

⁴³³ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro e ação civil pública, Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 273.

processo possui efeitos declaratórios, podendo produzir outros efeitos, constitutivos ou condenatórios⁴³⁴.

Desta forma, ao efeito meramente declaratório do valor cultural do bem⁴³⁵, podem-se somar graus relevantes de constitutividade⁴³⁶, como o estabelecimento do valor na hipótese de zona de fronteira caracterizada por divergências objetivas quanto a sua qualificação⁴³⁷ e a fixação da obrigação de conservação e de reforma de imóvel, de acordo com as orientações dos órgãos oficiais de proteção ao patrimônio cultural⁴³⁸, assim como a possibilidade da incidência de sanções pela não conservação ou alterações não autorizadas no bem.

⁴³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 327.

⁴³⁵ Marcos Paulo de Souza Miranda transcreve seguintes argumentos apresentados por Nelson Nery Júnior em parecer na Apelação TJSP 119.378 apud EI nº 55.415-3-02 – TJSP, j. 23/03/2001: “Não se exige o tombamento formal do bem para que se possa classificá-lo como de interesse histórico. Ou o bem é de interesse histórico ou não é. E sendo, já merece a proteção pela via da ação judicial (Lei nº 7.347/85). O tombamento é formalidade que torna *juris et de jure* a presunção de que o monumento tem valor histórico. Somente isso. Não pode constituir-se em requisito para que o patrimônio histórico possa ser protegido, o que seria desastroso principalmente num Estado como São Paulo, onde há muitos edifícios de valor histórico. O mesmo alvitre é propugnado pela doutrina alemã, a propósito da interpretação do art. 2º da Lei de Proteção aos Monumentos do Estado da Baviera, de 25.06.1973. Esse art. 2º estipula a necessidade de haver um rol dos bens tombados (*Denkmalliste*), que devem sê-lo *ex officio*, dando-se ciência ao proprietário. Em comentário a esse dispositivo já se afirmou que o ingresso do bem no rol dos bens tombados, segundo o sistema da Lei de Proteção aos Monumentos, não é condição nem para classificá-lo como bem de valor arquitetônico, nem para a aplicabilidade da Lei de Proteção aos Monumentos (*Erbel-Schiedermals-Petzet, Bayerische Denkmalschutzgesetz, Munchen, 2ª ed, Comentário n. 2, I, 1, ao art. 2º, p. 41*).”

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Comentários à jurisprudência: 3.1. A desnecessidade do ato de tombamento para a preservação de bem dotado de valor cultural. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 9, jul./dez. 2007, p. 415-416.

⁴³⁶ “TOMBAMENTO – OBRIGAÇÃO DE REALIZAR OBRAS DE CONSERVAÇÃO – PODER PÚBLICO – PROPRIETÁRIO. O proprietário é obrigado a conservar e reparar o bem tombado. Somente quando ele não dispuser de recursos para isso é que este encargo passa a ser do poder público” (REsp nº 97.852, PR, 1ª T., j. 17.04.98, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU, 08 jun. 1998).

⁴³⁷ O que ocorrerá, nas questões relacionadas com a aplicação da lei do patrimônio histórico e artístico, é que os tribunais, embora dispondo da faculdade de contrariar o julgamento técnico do Conselho, se inclinarão a respeitá-lo, emprestando-lhe o valor de laudo autorizado.

LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. In: _____. *Problemas de direito público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 248-249.

⁴³⁸ “Havendo a desvinculação do patrimônio cultural com o ato de tombamento, pode-se então dizer que o tombamento é constitutivo de efeitos determinados na lei, quer dizer, enquanto o bem não está tombado não está protegido contra atos do proprietário ou de terceiros que o possam mutilar, alterar ou destruir. Isto não significa que ele não seja integrante do patrimônio cultural, inclusive protegido por outros instrumentos. Tampouco significa que o Poder Público possa deixar de agir, em casos de bens não tombados mas de flagrante valor cultural, por ser referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como determina a Constituição. O que está resolvido aqui, falta resolver o como. E o como diz respeito à possibilidade de qualquer pessoa, o Ministério Público e até mesmo dos órgãos estatais, buscar em Juízo o reconhecimento de valor cultural para que se providencie a adequada proteção, independente do tombamento.”

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 87.

Neste sentido, Rui Arno Richter vê nas tutelas judiciais, além de uma etapa declaratória do valor cultural como “realidade no plano da vida”, uma carga constitutiva, com o estabelecimento de “normas para a utilização do bem, direitos e deveres do poder público e dos particulares em relação ao bem cultural”⁴³⁹.

A qualificação do tombamento como limitação, servidão ou instituto de natureza *sui generis*, na medida em que sua relevância relaciona-se à produção de consequente indenização ao proprietário do imóvel atingido, é questão que se desloca para o capítulo seguinte.

Sobre o aspecto, embora situando a existência de ato do Poder Público como requisito para a responsabilização de particular pela não conservação de patrimônio cultural, por unanimidade, no Recurso Especial nº 753.534-MT, Relator Ministro Castro Meira, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ressaltou a anterioridade do valor cultural do bem, para considerar que o tombamento, seja sob a sua forma provisória ou definitiva, “serve justamente como um reconhecimento público da valoração inerente ao bem”⁴⁴⁰.

No contexto da defesa e da valorização do patrimônio cultural imobiliário insere-se também a proteção do entorno do bem cultural, na forma do artigo 18 do

⁴³⁹ RICHTER, Rui Arno. Omissão do Poder Público na gestão do Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Waress de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 88.

⁴⁴⁰ Diz a ementa do referido acórdão: “EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, TOMBAMENTO PROVISÓRIO, EQUIPARAÇÃO AO DEFINITIVO. EFICÁCIA.

1. O ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo, tem por finalidade preservar o bem identificado como de valor cultural, contrapondo-se, inclusive, aos interesses da propriedade privada, não só limitando o exercício dos direitos inerentes ao bem, mas também obrigando o proprietário às medidas necessárias à sua conservação. O tombamento provisório, portanto, possui caráter preventivo e assemelha-se ao definitivo quanto às limitações incidentes sobre a utilização do bem tutelado, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei nº 25/37.

2. O valor cultural pertencente ao bem é anterior ao próprio tombamento. A diferença é que, não existindo qualquer ato do Poder Público formalizando a necessidade de protegê-lo, descaberia responsabilizar o particular pela não conservação do patrimônio. O tombamento provisório, portanto, serve justamente como um reconhecimento público da valoração inerente ao bem.

3. As coisas tombadas não poderão, nos termos do art. 17 do Decreto-Lei nº 25/37, ser destruídas, demolidas ou mutiladas. O descumprimento do aludido preceito legal enseja, via de regra, o dever de restituir a coisa ao *status quo ante*. Excepcionalmente, sendo manifestamente inviável o restabelecimento do bem ao seu formato original, autoriza-se a conversão da obrigação em perdas e danos.

4. À reforma do aresto recorrido deve seguir-se à devolução dos autos ao Tribunal *a quo* para que, respeitados os parâmetros jurídicos ora estipulados, prossiga o exame da apelação do IPHAN e aplique o direito consoante o seu convencimento, com a análise das alegações das partes e das provas existentes.

5. Recurso especial provido em parte.”

Recurso Especial 753.534 – MT. Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 25.10.2011, DJ 10.11.2011.

Decreto-Lei nº 25/37, que proíbe construções, colocação de anúncios ou de cartazes na vizinhança de bem tombado, que impeça ou reduza a sua visibilidade.

Segundo Ana Maria Moreira Marchesan, impõe-se uma interpretação atualizada do artigo 18 do Decreto Lei nº 25/37, considerando a amplitude da proteção ao patrimônio cultural brasileiro que foi estabelecida no artigo 216 da Constituição e reforçada no § 1º do artigo 1.228 do Código Civil⁴⁴¹. A autora enxerga a vinculação social dos imóveis do entorno como uma limitação administrativa⁴⁴², assemelhada a uma obrigação real (*propter rem*) no cumprimento de obrigações para a preservação cultural⁴⁴³.

Entende-se aqui possível uma interpretação no sentido de que a característica do bem principal projeta-se sobre os bens vizinhos, que ficam vinculados ao cumprimento de uma mesma função social, consubstanciada na defesa e na valorização de um único valor cultural que, com o seu aspecto imaterial⁴⁴⁴, se encontra tanto no bem principal (no caso, o bem passível de tombamento), como em sua ambiência.

Abstraindo questionamentos que se colocam para a definição dos termos “visibilidade e delimitação” dos entornos, que só podem ser respondidos diante das situações concretas, variáveis segundo as características da paisagem, parece possível a afirmação da inexistência de uma distinção entre a natureza jurídica da vinculação ao cumprimento da função social de proteção do valor cultural, que incide

⁴⁴¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 114.

⁴⁴² Em outro sentido, Nathália Arruda Guimarães vê a proteção do entorno do bem tombado como uma servidão administrativa.

GUIMARÃES. Nathália Arruda. O tombamento de bens imóveis: apontamentos sobre o sentido e os valores do tombamento de bens imóveis na atualidade e a proteção do entorno via legislação especial e urbanística: uma abordagem comparada da legislação brasileira e da portuguesa. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 196.

⁴⁴³ MARCHESAN, op. cit., nota 441, p. 117.

⁴⁴⁴ “Os bens de valor cultural ou natural têm um valor destacado que representa, por si só, um bem imaterial de conteúdo não econômico, insuscetível de apropriação individual, já que pertence a todos os brasileiros. O valor contido nas coisas de interesse histórico, cultural ou natural é, em seu todo, um bem público de uso comum (*res communes omnium*), encarado como uma universalidade de direito, cuja conservação interessa a toda a sociedade. A comunidade nacional tem, outrossim, um direito subjetivo público de vê-lo protegido.”

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, abr/jun 2002, p. 44.

sobre um imóvel ou um conjunto de imóveis principais e sobre os imóveis que compõem o seu entorno⁴⁴⁵.

Vê-se assim a questão da proteção do entorno do bem cultural imóvel apenas como uma diferença de grau nas possibilidades das interferências modificativas, no sentido de que as intervenções no imóvel que é o suporte principal do valor cultural são muito mais restritas do que as que podem ocorrer nos imóveis do entorno, cujos direitos de propriedade ficam igualmente conformados, para cumprimento da função social da defesa dos valores culturais, que se considera intrínseca em razão da localização dos bens, como característica indissociável e a eles inerente.

Também mais diretamente relacionados à proteção do patrimônio cultural imobiliário, a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade - norma geral de direito urbanístico, editada nos termos do § 1º do artigo 24 da Constituição Federal) previu a preempção, o estudo de impacto de vizinhança e a transferência do direito de construir⁴⁴⁶.

A preempção encontra previsão no artigo 26 do Estatuto da Cidade como instrumento que confere preferência ao Poder Público municipal para a aquisição de imóveis necessários para a “proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico” (inc. VIII).

O Estatuto da Cidade estabeleceu em seus artigos 36 a 38 o estudo de impacto de vizinhança (EIV), destinado a contemplar efeitos positivos e negativos de empreendimento ou atividade sobre a qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, com inclusão de análise de questões, dentre as quais se incluem as relativas à paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

A transferência do direito de construir encontra-se no artigo 35 do Estatuto da Cidade como a possibilidade de lei municipal, baseada em plano diretor, autorizar a alienação ou o exercício em outro local do direito de construir, no caso de imóvel considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural.

⁴⁴⁵ “No plano jurídico, o regime dos bens imóveis situados no entorno do bem tombado insere-se no amplo espectro das limitações administrativas ao direito de propriedade.”

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 116.

⁴⁴⁶ Embora vislumbre-se a possibilidade da utilização destes instrumentos para a proteção de expressões culturais imateriais, situam-se aqui no contexto do tombamento em razão de serem normalmente relacionados a este instituto de proteção ao patrimônio cultural imobiliário.

A transferência do direito de construir é vista por Audrey Gasparini como forma de minimizar prejuízos causados por tombamento ao proprietário de imóvel, mediante a substituição, em parte ou no todo, de indenização que seria devida pelo Poder Público ao proprietário em razão do tombamento⁴⁴⁷ e por Eliane Elias Mateus como uma espécie de compensação financeira ao proprietário atingido⁴⁴⁸.

Vê-se aqui a transferência onerosa do direito de construir como meio para a obtenção de recursos para eventuais compensações, no caso de conflitos de interesses, conforme capítulo seguinte, e recuperação de bens culturais degradados⁴⁴⁹.

Ressalta também na atualidade a importância dos incentivos fiscais para a promoção e a proteção ao patrimônio cultural.

No âmbito da União, a Lei nº 8.313/1991 restabeleceu os princípios da Lei nº 7.505/1986 e instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), facultando às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, no apoio direto a projetos culturais, dedutíveis do imposto devido, nos limites e nas condições estabelecidas na legislação.

Na esfera municipal verificam-se incentivos para a conservação dos imóveis de interesse cultural, com as isenções de Impostos sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU); as isenções de Impostos sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), para os serviços de reforma, reestruturação ou conservação de

⁴⁴⁷ “O Estatuto da Cidade, por sua vez, procurou minimizar os prejuízos impostos ao proprietário do imóvel tombado, bem como ao Poder Público, que poderá isentar-se de eventual indenização. Por disposição legal, o proprietário poderá aproveitar o potencial construtivo do seu imóvel tombado em outro imóvel. Este segundo imóvel poderá ser do mesmo proprietário ou de outro, situação esta que implicará alienação.

No caso do imóvel que vier a receber o potencial construtivo do imóvel tombado ser do mesmo proprietário, não haverá custos nem para o Poder Público nem para o proprietário. A vantagem para o proprietário consiste em aumentar o potencial construtivo de outro imóvel seu. Se a transferência for para um terceiro, o proprietário receberá, em espécie, pela venda do potencial construtivo”.

GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 82-83.

⁴⁴⁸ MATEUS, Eliane Dias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 13, n. 49, jan./mar. 2008, p. 115.

⁴⁴⁹ Ana Paula Mota de Bitencourt da Costa Lins dá notícia de que, anteriormente ao Estatuto da Cidade, a Lei Municipal de Curitiba nº 6.337/82 já previa a transferência de potencial construtivo vinculada ao compromisso de restauração e a conservação do bem cultural (Lei do Município de Curitiba nº 6.337/1982 que “institui incentivo construtivo para a preservação de imóveis de valor cultural, histórico ou arquitetônico”).

LINS, Ana Paula Mota de Bitencourt da Costa. A transferência do direito de construir e a sua interface na conservação do patrimônio cultural edificado da cidade de Curitiba. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 254.

imóveis de interesse cultural; as isenções das Taxas de Obras em Áreas Particulares, para recuperação e manutenção dos imóveis culturais. É o que se verifica no Município do Rio de Janeiro com o Decreto nº 28247/2007, que consolidou procedimentos para reconhecimento das isenções tributárias relativas aos imóveis de interesse histórico, cultural ou ecológico ou de preservação paisagística ou ambiental, condicionando a concessão e consequente manutenção dos benefícios fiscais ao adequado manejo e conservação do bem cultural.

Para José Casalta Nabais, os benefícios fiscais aos proprietários dos bens culturais somente seriam justificáveis nas hipóteses em que a classificação acarretasse externalidades negativas, com a redução da capacidade contributiva, e não nas situações em que a classificação gerasse externalidades positivas ⁴⁵⁰.

2.3.4 Vigilância

Especificamente como vigilância enquadra-se o tradicional exercício do poder de polícia administrativa ⁴⁵¹, de aplicação mais evidente na preservação dos bens culturais que exijam a manutenção de suportes materiais. Neste sentido, Themistocles Brandão Cavalcanti observou que os bens tombados ficam sujeitos à polícia e vigilância do Poder Público ⁴⁵². O artigo 20 do Decreto-Lei nº 25/1937 estabelece a sujeição da coisa tombada a uma vigilância permanente, podendo ser inspecionada sempre que for julgado conveniente, sem que o respectivo proprietário ou o responsável possa se opor, sob pena de multa.

Igor Sporch da Costa também indica o fundamento da vigilância no poder de polícia como restrição ao exercício do direito de propriedade, “manifestando-se tanto no tocante às ações de acautelamento dos bens integrantes do patrimônio cultural imobiliário já identificados pelos demais instrumentos – por exemplo, mediante vistorias nos bens já inventariados ou tombados – quanto no exercício do que se

⁴⁵⁰ NABAIS, José Casalta. O Quadro Jurídico do Patrimônio Cultural. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 218.

⁴⁵¹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro e ação civil pública, Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 273.

⁴⁵² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 3. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 48.

chama de polícia edilícia, exercido quando os proprietários decidem por construir, reformar ou demolir prédios situados em seus lotes”⁴⁵³.

O poder de polícia é o conjunto dos instrumentos postos à disposição do Poder Público para regular a autonomia privada, adequando a liberdade e o exercício do direito de propriedade ao interesse público, que pode receber uma conceituação ampla, envolvendo atos do Legislativo e do Executivo, ou uma conceituação mais restrita, limitada aos atos do Poder Executivo⁴⁵⁴. Assim, de uma forma genérica, pode-se afirmar que a vigilância abranja todos os atos relacionados à promoção e à proteção dos bens culturais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também considera a existência de um poder de polícia em sentido amplo, que abrange atuações dos Poderes Legislativo e Executivo⁴⁵⁵. A autora classifica a forma do exercício do Poder de Polícia em atos normativos que estipulam limitações abstratas e gerais (não individualizadas) e em atos administrativos relacionados às operações materiais para a aplicação da lei ao caso concreto⁴⁵⁶.

O artigo 78 do Código Tributário Nacional conceitua o poder de polícia administrativa como a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Diógenes Gasparini lembra situações em que o poder de polícia se exerce por meio de competência vinculada⁴⁵⁷ e José Afonso da Silva observa que somente o Poder Legislativo pode originalmente estabelecer regras que alterem a ordem jurídico-formal, “o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o

⁴⁵³ COSTA, Igor Sporch da. A defesa do patrimônio cultural imobiliário: um ensaio acerca dos óbices e limites dos instrumentos jusurbanísticos de preservação. In: AIETA, Vânia Siciliano (coord.). *Cadernos de direito da cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia: Série I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 130.

⁴⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 772.

⁴⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 111.

⁴⁵⁶ *Ibid.* p. 112.

⁴⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 119.

conteúdo inovativo de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar”⁴⁵⁸.

O entendimento é o de que o exercício do poder de polícia administrativa vincula-se ao disposto na lei como decorrência do princípio constitucional da legalidade.

Portanto, a atividade da polícia administrativa possui caráter infralegislativo, “não apresenta natureza inovativa, mas meramente regulamentar”⁴⁵⁹. Geralmente encerra exercício de competência vinculada, quando “a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção”⁴⁶⁰.

Considerando as conclusões formuladas no capítulo 1, no sentido da aferição do valor cultural de um bem como uma questão de direito (*quaestio juris*), que se dá como concretização de conceito jurídico-constitucional indeterminado, cuja conservação na qualidade de um direito difuso fundamental se impõe em determinadas hipóteses, observa-se que a configuração da obrigação da preservação do bem traz como consequência o dever estatal de sua vigilância, mediante exercício do poder de polícia administrativa, para condicionar as atuações concretas sobre o bem, impedindo ou prevenindo danos ao patrimônio cultural⁴⁶¹.

É no contexto que se observam as considerações de Juarez Freitas no sentido da impropriedade de se denominarem “poder de polícia” as “limitações não-onerosas” ao direito de propriedade, que se justifiquem como “derivação do imperativo maior de respeitar a totalidade dos direitos fundamentais”⁴⁶², e a indicação da característica da polícia administrativa como uma “obrigação estatal”⁴⁶³.

⁴⁵⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional 31, de 14.12.2000). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 423-424.

⁴⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 386.

⁴⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 113.

⁴⁶¹ “Assim, é certo que, uma vez reconhecido o caráter social do bem, em função de seu valor cultural ou natural, o qual justifica a medida de proteção, caberá ao Estado exercer o necessário poder de polícia para a garantia daquela preservação. Daí por que o poder de polícia fundamenta a ação protetora do estado em seus desdobramentos limitativos específicos, a partir do reconhecimento formal do valor social do bem via tombamento ou outro instrumento. Fundamenta também outras intervenções legais.”

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 98.

⁴⁶² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91.

⁴⁶³ *Ibid.* p. 93.

A vigilância aos bens culturais que devam ser protegidos apresenta-se como uma obrigação estatal, passível de controle jurisdicional, tanto para a correção da atuação de agentes públicos e de particulares quanto para o suprimento de omissões.

Inserese aqui a licença urbanística como um instrumento de exercício da polícia administrativa, um ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração reconhece o direito ao desempenho de determinadas atividades, dentre elas as relacionadas aos usos e ocupações dos espaços urbanos que, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma operação de contornos abstratos (“mero ato de averiguação de conformidade entre o ato e a lei”⁴⁶⁴), passa a ser mais um instrumento de averiguação, em concreto, entre o objeto do licenciamento e o atendimento à função social constitucional da propriedade.

2.3.5 Desapropriação

O artigo 5º, alíneas “k” e “l”, do Decreto Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, previu a desapropriação por utilidade pública, para a preservação e a conservação de bens com valor cultural.

A desapropriação é instituto que acarreta a perda da propriedade mediante o pagamento de indenização. É forma de aquisição originária do bem pelo Poder Público.

Vê-se a desapropriação como a modalidade adequada para a promoção e a proteção de bens culturais de natureza material nas situações extremas, que exijam restrições excessivas, capazes de alterar de forma substancial o uso corrente que o proprietário confere ao bem.

Sandra Cureau considera a desapropriação para o efeito da preservação de patrimônio cultural um “tombamento indireto”: tendo por finalidade a preservação do bem, o tombamento não poderia deixar de ser a consequência⁴⁶⁵.

Em sentido inverso, Audrey Gasparini observa que a proteção ao bem desapropriado somente se torna efetiva após cumprimento dos trâmites do Decreto-Lei nº 25/1937, ou seja, com o seu tombamento⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ ROCCO, Rogério. *Estudo de impacto de vizinhança: instrumento de garantia do direito às cidades sustentáveis*. 2 tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 95.

⁴⁶⁵ CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, v. 2, n. 9, out./dez. 2003, p. 193.

Entende-se que a desapropriação com a finalidade da preservação do valor cultural parece bastante para a proteção do bem, embora o tombamento cumulativo não deixe de ser conveniente.

A desapropriação acarreta a eliminação da propriedade privada com o transpasse do bem ao Poder Público, que fica diretamente obrigado a preservá-lo.

Observa-se ainda a hipótese da desapropriação indireta⁴⁶⁷, quando ocorre a total eliminação dos atributos da propriedade⁴⁶⁸. Esta hipótese relaciona-se à garantia de um conteúdo mínimo ou essencial do direito de propriedade, tratada no capítulo subsequente.

2.4 Responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural

A imposição de indenizações por danos ao patrimônio cultural também pode ser vista como fator de acautelamento e de proteção ao patrimônio cultural. Maria Coeli Simões Pires observa que a ação civil pública de responsabilidade por danos pode ser alçada à condição do “mais eficiente mecanismo de proteção dos interesses coletivos”⁴⁶⁹.

No contexto, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 115.599 - RS, Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar, considerou devida indenização por prejuízos ao patrimônio cultural em razão da destruição de dunas em sítios arqueológicos⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 81-82.

⁴⁶⁷ “Desapropriação direta é, portanto, aquela conduzida pelo poder público com a observância dos requisitos procedimentais exigidos pela Constituição Federal e pela legislação. Na desapropriação indireta, ao contrário, ainda que igualmente importe na perda da propriedade privada, não são observados os procedimentos constitucionais e legais pertinentes. Reconhece-se como tal a situação em que o particular se vê impedido de usar sua propriedade em razão de fatos imputáveis ao poder público, o que resulta em uma expropriação de fato”.

FURTADO. Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 770.

⁴⁶⁸ STJ. Resp. 220983/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado; STJ. Resp. 431555/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon; STJ. Resp. 28.239/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; TJSP. Apelação Cível n. 252.332-Ubatuba, 9ª Câmara Cível de Direito Público de Férias, Rel. Antonio Ruilli.

⁴⁶⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 301.

⁴⁷⁰“EMENTA: MEIO AMBIENTE. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização.

O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especialmente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica da Fase Vieira).

Recurso conhecido e em parte provido.”

Recurso Especial nº 115.599-RS, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, 4ª Turma, j. 27.06.2002, DJ 02.09.2002.

O dever de recuperar enquadra-se como uma obrigação *propter rem*, inerente ao direito de propriedade do bem cultural, que o acompanha e se impõe aos futuros adquirentes, independente de qualquer cláusula específica⁴⁷¹.

No mencionado Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.293.608-PE, Relator Ministro Herman Benjamin, considerando a limitação urbanístico-ambiental decorrente do valor cultural, ressaltou-se que a legitimidade passiva para responder por danos ao patrimônio cultural estende-se a todo responsável, “seja na condição de possuidor, seja na de proprietário, seja na de simples detentor ocasional do imóvel”⁴⁷².

A Constituição Federal, no inciso X de seu artigo 5º, estabeleceu como fundamental o direito à indenização por danos materiais e morais.

O §4º do artigo 216 da Constituição Federal previu que os danos ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

O dano ao bem imobiliário com valor cultural é um dano moral coletivo e não apenas material. Trata-se de uma lesão que incide não só sob o aspecto corpóreo do bem, mas também sobre a sua dimensão simbólica imaterial para a comunidade, que não encontra proteção adequada nos tradicionais conceitos do Código Civil de “danos patrimoniais e não patrimoniais de sujeitos determinados e que revelem especial conexão com o bem lesado”⁴⁷³.

A Lei nº 7.347/1985 (ação civil pública) dispôs, nos incisos I e IV de seu artigo 1º, sobre a possibilidade de responsabilização por danos materiais e morais causados ao meio ambiente e a qualquer outro interesse coletivo ou difuso. Mariana de Cássia Araújo referiu-se ao posicionamento de Teori Albino Zavascki, no sentido de que a Lei nº 7.437/1985 fundamentou o desenvolvimento de uma corrente de opinião, que se tornou majoritária, quanto à admissão de indenização por danos morais de natureza transindividual⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ “A mera transferência da propriedade, ainda que não haja qualquer cláusula expressa indicando o dever de o novo proprietário assumir a obrigação inerente ao bem, faz com que a obrigação *propter rem* seja por esse assumida.”

BONIZZATO, Luigi. *Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 125.

⁴⁷² V. itens “3” e “4” da Ementa do Recurso Especial nº 1.293.608-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 04.12.2012, DJ 24.09.2014. Transcrição na nota 168.

⁴⁷³ GOMES, Carla Amado. O dano cultural – pistas para a decifração de um enigma. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 137.

⁴⁷⁴ ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, v. 57, n. 378, abr. 2009, p. 101.

De fato, a indenização por lesão aos direitos difusos de uma comunidade não pode ficar limitada ao valor material do bem lesionado, sob pena até de se tornar ineficaz. Imagina-se hipótese de prédio modesto, de pequena dimensão e de valor material reduzido, mas extremamente relevante sob o ponto de vista cultural e situado em terreno com alto valor comercial: uma indenização limitada ao valor material do bem desaparecido não seria capaz de inibir a sua destruição.

Considerando o aspecto da valoração do patrimônio cultural como um referencial comunitário, que se sobrepõe ao mero valor material da coisa, a indenização por danos morais transindividuais se impõe em adição à indenização por danos materiais, como medida para a reparação integral dos danos causados pela destruição.

Marcos Paulo de Souza Miranda indica acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em apelação contra sentença em ação civil pública (APCiv. 139.525-0/5-00, Rel. Ademir Benedito, j. 11.06.2007) que, na forma de sua ementa, situa a questão da indenização por danos morais à coletividade nos seguintes termos, em tudo aplicáveis às lesões ao patrimônio cultural: “a violação a direitos difusos não é, via de regra, patrimonial, mas sim moral, por atuar na esfera das convicções e impressões subjetivas de um número indeterminável de pessoas acerca dos fatos, em como estas pessoas reagem a esses fatos”⁴⁷⁵. O autor observa ainda que, no âmbito civil, a responsabilidade do violador de normas de proteção ao meio ambiente cultural é objetiva; independe de culpa, conforme artigo 14, § 1º da Lei 6.938/1981 c/c artigo 927, parágrafo único do Código Civil ⁴⁷⁶.

O artigo 13 da Lei nº 7.437/1985 determina que os valores decorrentes de condenações por lesões ao patrimônio cultural deverão reverter a um fundo, cujos recursos são destinados à reconstituição de bens lesados.

O Decreto nº 1.306/1994 regulamentou no âmbito federal o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), com recursos destinados à reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

⁴⁷⁵ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 54, abr./jun. 2009, p. 241-242.

⁴⁷⁶ *Ibid.* p. 243.

3 ESBOÇO PARA UMA RELEITURA: O IMÓVEL CULTURAL DE PROPRIEDADE PRIVADA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 Algumas considerações preliminares

Conforme exposto, o foco principal do trabalho é o singular aspecto da proteção aos bens culturais imobiliários diante do direito individual da propriedade; o confronto entre o direito fundamental difuso das comunidades ao patrimônio cultural imobiliário frente à garantia fundamental da propriedade privada, no contexto processual do atual Estado Democrático de Direito e de suas premissas, referidas no capítulo 1.

Repete-se aqui que o bem é definido como cultural com base na Constituição Federal, em razão das suas próprias características simbólicas, e não como decorrência de alguma declaração do Poder Público. A pressuposição é a de que o bem cultural se revele mediante a concretização de um conceito jurídico indeterminado constitucional.

Não é o Poder Público que confere as características do patrimônio cultural. O Poder Público não mais constitui o patrimônio cultural brasileiro, que se desvinculou do ato administrativo do tombamento⁴⁷⁷: o patrimônio cultural “não se torna relevante para a sociedade e seu ambiente porque o Poder Público, por ato administrativo, assim entende; ao contrário, porque é relevante para a sociedade e seu ambiente, que cumpre ao Poder Público emitir o ato administrativo”⁴⁷⁸.

A Constituição de 1988 estabeleceu um conceito amplo de patrimônio cultural, desvinculado da necessidade de tombamento⁴⁷⁹.

Compreende-se aqui também o patrimônio cultural brasileiro sob uma visão atualizada, como abrangente dos conjuntos dos bens representativos não só da comunidade nacional, mas também das comunidades estaduais, das municipais e da distrital, como grupos formadores da sociedade brasileira, sobre os quais incide o

⁴⁷⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 86.

⁴⁷⁸ *Ibid.* p. 27.

⁴⁷⁹ BARRETO JÚNIOR, Luis Fernando Cabral. O controle judicial das omissões do Poder Público no dever de proteção ao Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 149.

sistema instrumental de promoção e de proteção delineado na Constituição Federal, segundo referido no capítulo 2.

Cabe aqui a abertura de parêntese para observar que, vista a propriedade em seu aspecto concreto, como uma situação jurídica complexa, a preservação do valor cultural é um dos aspectos do cumprimento de sua função social, que pode exigir ainda, de forma adicional, o cumprimento de outros requisitos, como, por exemplo, a efetiva utilização do bem.

No contexto, Ingo Sarlet relaciona a consagração constitucional do conteúdo social do direito de propriedade ao direito a uma “moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional”⁴⁸⁰. Em outros termos, o conteúdo em dignidade da propriedade imobiliária é visualizado quando serve à garantia de uma qualidade de vida adequada à condição humana.

Luiz Edson Fachin considera a função social como cláusula geral incidente sobre o “plural conceito de propriedades” e não apenas uma função social, mas funções⁴⁸¹. O conceito de função social condiciona todo o espaço patrimonial, público ou privado, urbano ou rural⁴⁸².

Afasta-se de pronto a ideia de que a função social resume-se ao aproveitamento econômico do bem⁴⁸³. A exploração econômica, pelo contrário, pode muitas vezes, implicar um uso antissocial do bem.

A excessiva mercantilização dos bens culturais, que relaciona a preservação exclusivamente aos argumentos dos benefícios econômicos que disso possam advir para o proprietário, eventualmente, gera uma confusão entre sustentabilidade e lucratividade⁴⁸⁴, com uma possível distorção que passe a submeter o direito o difuso da preservação dos valores culturais, decorrente da solidariedade cidadã da Constituição Democrática de 1988, aos ideais da propriedade “absoluta” do Estado Liberal. A ênfase exagerada na estratégia de convencimento dos proprietários quanto aos benefícios econômicos possíveis de serem auferidos com a preservação

⁴⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 107.

⁴⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 76 -77.

⁴⁸² *Ibid.* p. 78.

⁴⁸³ *Ibid.* p. 100.

⁴⁸⁴ ELIZABETH, Grace. Sociedade Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Waress de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 52.

dos valores culturais imobiliários é capaz de obscurecer a realidade de um direito da cidadania à preservação de seus valores culturais, o que entende deva sempre ser enfatizado.

Conforme entendimentos também apresentados nos capítulos anteriores, os processos administrativos para a promoção e a proteção dos valores culturais devem observar os princípios democráticos, com possibilidades de participação popular e de controle social, sob parâmetros e limites delineáveis somente em concreto e acesso ao Poder Judiciário, para correção de ações e omissões da Administração na matéria.

O desenvolvimento que segue pressupõe uma situação simplificada, na qual o valor cultural de um imóvel se apresente como inegável e o conflito fique limitado entre os interesses difusos na sua preservação e os interesses privados na livre utilização do bem.

Fácil a constatação dos conflitos entre os interesses dos proprietários e os da comunidade na questão relativa aos bens culturais. Miguel Nogueira de Brito considera que a propriedade seria “sempre a tensão entre a liberdade do indivíduo, como ponto de partida, e a obrigação para com a comunidade”⁴⁸⁵. Coloca-se assim a tensão entre os interesses do proprietário privado e os interesses da comunidade.

Assumindo o entendimento de que o enquadramento de determinado bem como patrimônio cultural decorre de seu valor intrínseco, ou seja, de que o relevante valor cultural nada mais é do que uma das características do bem, conclui-se, como já exposto, que a sua preservação significa o cumprimento de uma função social que não se submete ao arbítrio dos proprietários particulares ou dos representantes dos Poderes Públicos.

Ricardo Arone chama a atenção para a possibilidade da densificação dos princípios constitucionais não apenas na legislação ordinária, mas também em dispositivos da própria Constituição⁴⁸⁶.

Configura-se, com base no texto da Constituição de 1988, a efetividade direta das regras constitucionais⁴⁸⁷ para a promoção e a proteção ao patrimônio cultural

⁴⁸⁵BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p. 60.

⁴⁸⁶ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 149-150.

brasileiro. Apesar de incidência sobre bens individualizados, o que se verifica é a concretização de comando genérico, mediante o reconhecimento dos atributos que justificam o regime protetivo: a diferença entre os bens culturais e os demais decorre da incidência direta da própria Constituição⁴⁸⁸.

Neste sentido lê-se o voto do Ministro Francisco Rezek no Recurso Extraordinário 121.140-7-RJ, que ressaltou a ausência de poderes ilimitados do proprietário privado e a possibilidade de o Poder Executivo Municipal atuar na defesa dos bens culturais imobiliários exclusivamente com base nos dispositivos constitucionais⁴⁸⁹.

A obrigação da preservação em razão do valor cultural é uma especificação da função social da propriedade, efetuada pela própria Constituição Federal, que não previu para a hipótese qualquer espécie de indenização ao proprietário.

Observa-se também que a declaração oficial do valor cultural como uma manifestação baseada na sua relevância social-comunitária, em princípio, não é fato

⁴⁸⁷ “A norma jurídica, portanto, pretende produzir algum efeito no mundo dos fatos; deseja moldar a realidade, alterá-la, modificá-la em alguma medida. Por evidente, não há necessidade de norma alguma para dizer ou que já é ou o que não pode ser diferente.”

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 38.

⁴⁸⁸ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. A proteção do patrimônio cultural e suas repercussões econômicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 59/60, jan./dez. 2004, p. 197.

⁴⁸⁹ “O eminente Ministro Maurício Corrêa, valorizando os artigos 8º-XVII, 15-II e 180p- parágrafo único da Constituição anterior, e levando em conta certamente o fato de que a Constituição atual enfatiza ainda mais esses valores relativos ao ambiente urbano, à ecologia, ao equilíbrio, deu provimento ao recurso da Prefeitura do Rio de Janeiro. Sustentou a tese de que o Poder Público está literalmente autorizado pela Constituição a tomar medidas dessa natureza. O proprietário não tem direitos ilimitados, e se ele os deseja maiores do que seria razoável, em lugar de especial interesse histórico, artístico, paisagístico ou o que seja, ele que procure lugar onde a falta de qualidade seja irmã gêmea da desídia do Poder Público em estabelecer regras de controle. Isso é efetivamente, a meu ver, uma equação simples. O proprietário que não quer restrição nenhuma ao seu direito de propriedade e deseja fazer do seu imóvel aquilo que à sua imaginação ou ao seu sentido de especulação pareça melhor, sem nenhuma espécie de regulamento do Poder Público, que procure (e não faltam no país) lugares condizentes com esse desejo de não enfrentar limites. Serão lugares que, pela sua modéstia em matéria de qualidade histórica, paisagística, ecológica, condigam com a miséria da disciplinar urbana.

Não é o caso do bairro do Cosme Velho, no Rio de Janeiro; não é o caso do bairro de Laranjeiras, no Rio de Janeiro, onde este proprietário se instalou e quer, não obstante, que o Poder Público não tenha a prerrogativa de estabelecer posturas.

(...)

Nem consigo atinar com qual seria o conteúdo da hipotética lei municipal que ao acórdão recorrido pareceu faltante. Ela repetiria a Constituição? Não precisa. A ordem jurídica republicana não precisa de que os vereadores do Rio de Janeiro repitam aquilo que a Carta já estabelece. Ela diria, então, que determinados imóveis, em determinado bairro da cidade, devem observar tais ou quais limites ou posturas? Também não concebo lei para isso, visto que lhe faltaria abstração e generalidade”.

Voto do Ministro Francisco Rezek no Recurso Extraordinário nº 121.140-7 – Rio de Janeiro, 2ª Turma, DJ de 26.02.2002.

que colha o proprietário de surpresa. Pelo contrário, é geralmente bastante previsível.

É no ponto que se coloca também a questão da responsabilidade civil, com a obrigação de indenização pelo Estado ao particular obrigado a preservar um bem cultural imobiliário, situação, não raras vezes, associada a um valor de mercado do imóvel inferior ao dos demais, não portadores do mesmo valor cultural.

A Administração Pública, ao exigir a preservação de um bem cultural, o que comumente ocorre por meio de um tombamento, apenas em razão disso, pode conceder alguma indenização ao proprietário, independentemente de previsão legal-constitucional expressa para isso?

O fato é que, assim como o Estado, o direito de propriedade e da sua função social passaram pelas mais diversas configurações e as dúvidas se sobrepõem e se renovam, sem respostas definitivas. Por esta razão, os seguintes esboço, notas, observações e esboço.

3.2 Escorço de uma evolução: da propriedade imobiliária do Estado Liberal à propriedade atual

Conforme considerado no capítulo 1, Thomas Hobbes concebia o Estado como a única fonte do direito, justificando ideologicamente o absolutismo como necessário para a supressão de uma situação de liberdade original e garantia da paz social. Para tanto, admitia que o poder absoluto estatal prevalecesse sobre as propriedades da então ascendente burguesia e da nobreza⁴⁹⁰. Por sua vez, a classe dos proprietários privados passou a encontrar suporte teórico para a defesa dos seus interesses em autores como John Locke, que, na segunda metade do século XVII, fundamentava a propriedade individual no “estado de natureza”: “direito (*right*) que cabe inicialmente ao indivíduo sobre a ‘sua pessoa’, em consequência sobre seu trabalho, sobre suas atividades”; “prolongamento de sua pessoa”⁴⁹¹. Foi esta a concepção do direito de propriedade que prevaleceu sob o Estado Liberal, visto como emanção da liberdade humana, ideologicamente alçado à condição do “direito natural absoluto”, oponível ao próprio Estado e transmissível aos herdeiros.

⁴⁹⁰ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad.: GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 150-151.

⁴⁹¹ *Ibid.* p. 155.

É assim que a maior parte dos textos constitucionais surgidos no decorrer do século XIX possuem as características da ideologia individualista, que atendia aos interesses burgueses, com uma concepção do direito da propriedade privada tido como inviolável e, até, sagrado ⁴⁹². As relações entre os proprietários privados constituíam o núcleo ideológico do Estado Liberal de Direito: “os agentes detentores da liberdade plena no estado liberal são os proprietários, sendo a ordem jurídica construída e as normas jurídicas aplicadas em função e pelos detentores da propriedade” ⁴⁹³.

O Código Civil Brasileiro de 1916, bem como, segundo Paulo Nader, também o Código Civil Brasileiro de 2002 ⁴⁹⁴, sofreram consideráveis influências do Código Napoleão de 1804 ⁴⁹⁵.

Observa-se inicialmente a edição do Código Napoleão em um contexto autoritário e, sob vários aspectos, reacionário, até para a sua época: longe de festejar a liberdade individual do liberalismo, preconizava-se a submissão do interesse individual ao interesse coletivo, conforme uma declaração de Portalis, um de seus redatores: “*S’agit-il du droit, l’individu n’est rien, la société est tout*” ⁴⁹⁶.

A despeito do momento autoritário do seu surgimento, o Código Civil Francês de 1804 considerava o direito de propriedade como fundamental, em torno do qual se articulava todo o direito civil. As pessoas eram apenas os sujeitos potenciais do direito à propriedade, vista como inerente a todas as sociedades humanas e ideologicamente fundamentada na ocupação e no trabalho. Isto, no entanto, não significava para o legislador de 1804 que a propriedade fosse um direito natural e ilimitado ⁴⁹⁷. Esta concepção foi uma construção histórica, que se desenvolveu com o

⁴⁹² LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 33-34.

⁴⁹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 131.

⁴⁹⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

⁴⁹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. 1: parte geral. 39. ed. ver. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.

⁴⁹⁶ “Dominé par cette conception autoritaire de l’intégration sociale, le Code civil n’a pourtant pas été totalement prisonnier de cette idéologie. L’historien du droit risque, sans aucun doute, de graves contre-sens en cherchant dans le texte du Code les sous-entendus ou les virtualités implicites qu’a cru y découvrir, au XIX ou au XX siècle, la doctrine civiliste. L’on ne doit pas négliger, pour autant, une approche reconnaissant la flexibilité du texte même du Code civil dont certains articles (par leur caractère très général) sont ouverts à des évolutions plus libérales.”

HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 2 ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 14 - 15.

⁴⁹⁷ “Portalis lui-même reconnaissait que ‘ce n’est pas dans le droit naturel qu’il faut chercher les règles de la propriété’, de même que, pour Chabot de l’Allier, ‘la société civile est la seule et véritable source

pensamento liberal, que paulatinamente colocava em evidência os aspectos autoritários e dirigistas do Código Napoleão e reclamava a sua adaptação às transformações econômicas e sociais.

No início da segunda metade do século XIX, a doutrina jurídica já denunciava o excesso de regulamentação do Código Civil Francês, que continha diversos artigos em desarmonia com os “princípios de direito individual”⁴⁹⁸. Halpérin também se refere aos ataques que o instituto sofria por parte dos pensadores socialistas, como os de Pierre-Joseph Proudhon com a sua publicação de 1840 (“*Qu’est-ce que la propriété?*”) e provocativa resposta (“*C’est le vol!*”), desencadeadores de uma reação doutrinária que reforçava o direito da propriedade, exaltando-o como “absoluto, exclusivo e perpétuo” e não mais como uma criação do direito civil - inverteu-se a concepção do legislador originário do Código Napoleão, com o interesse individual do proprietário privado passando a um plano superior ao interesse coletivo⁴⁹⁹.

Segundo Halpérin, partir da década de 1880 até final da segunda guerra mundial, desenvolveu-se também no ocidente um vigoroso debate sobre as ideias relacionadas a um direito social, em concorrência com a legislação civil⁵⁰⁰. Isto, por parte de doutrinadores que, apesar de refutarem as teses socialistas, estavam sensíveis aos argumentos que se punham contra uma visão egoísta dos excessos da concepção individualista da propriedade⁵⁰¹.

de la propriété” (...). Sacrée et inviolable, la propriété n'était pas conçue sans un Etat fort qui la garantissait et en même temps la limitait”.

HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 2 ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 17.

⁴⁹⁸ Ibid. p. 68.

⁴⁹⁹“En 1848, c’est une véritable bataille qui est livrée par les défenseurs de l’ordre, ‘sentinelles de la propriété’, contre les doctrines qui réduisent la propriété à une création de la loi. Pour l’économiste Bastiat, ‘ce n’est pas la propriété qui est conventionnelle, mais la Loi’. Pour le juriste Troplong, la propriété derive des ‘sources les plus pures du droit naturel’. Thiers met le point d’orgue à cette croisade dans son opuscule *De la propriété*. Considérant la propriété comme un droit naturel antérieur à la société, la doctrine force l’interprétation des règles du Code civil dans un sens absolutiste et individualiste. Fondant la propriété sur le travail, elle rejoint le courant libéral pour critiquer toute velléité d’empiétement de l’Etat sur les domaines privés. Demolombe, désireux de réfuter le ‘hideux communisme’, va jusqu’à écrire que la propriété ‘confère au maître sur la chose un pouvoir souverain, un despotisme complet’. Quelques années plus tard, la Court de cassation, présidée par Troplong, consacre la ‘plénitude et l’indépendance’ du droit de propriété en rejetant la théorie d’une propriété originaire de l’Etat défendue par l’administration de l’enregistrement (Civ. 23 juin 1857, S., 1857, 1, 401)”.

Ibid. p. 115-116.

⁵⁰⁰ Ibid. p. 169.

⁵⁰¹ Ibid. p. 194.

O fato é que, mesmo na fase mais proeminente do liberalismo, as limitações ao direito da propriedade imobiliária, tais como as relativas às relações de vizinhança e as decorrentes dos interesses gerais em matéria de polícia e de sistema viário urbano, jamais deixaram de ser reconhecidas, com a subordinação do seu exercício às leis e regulamentos. Porém, este foi um aspecto que, apesar de modificar consideravelmente os direitos do proprietário imobiliário urbano, recebeu pouca atenção por parte da doutrina civilista que o reputava resultante do direito administrativo⁵⁰².

Conforme ainda Halpérin, no final do século XIX, as concepções dogmáticas e monolíticas sobre o direito de propriedade já não correspondiam a uma sociedade onde as intervenções do Estado se multiplicavam, sem que disto os juristas tivessem uma percepção precisa: as transformações econômicas e sociais produziam efeitos diferentes sobre categorias específicas de bens, de tal sorte que a evolução da ideia de propriedade dos bens rurais não correspondia à dos bens urbanos ou dos bens industriais⁵⁰³.

É assim que vão sendo ultrapassadas as concepções características do Estado Liberal da supremacia do individual sobre o social⁵⁰⁴, onde a “mais alta exteriorização da personalidade do indivíduo era o gozo pacífico, seguro e absoluto da propriedade”⁵⁰⁵, com o conceito constitucional do direito de propriedade desvinculando-se do conteúdo eminentemente civilístico de que esteve dotado durante grande parte dos dois últimos séculos⁵⁰⁶.

Em sua crítica ao individualismo do Código Civil frente ao texto constitucional, Luiz Edson Fachin observa a realidade na qual pouco se vê o relacionamento entre

⁵⁰² HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 2 ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 130.

⁵⁰³ “Pour autant, le droit des biens ne reste pas complètement statique de 1804 à 1880, les transformations économiques et sociales de la France affectant diversement les différentes catégories de biens: la propriété des biens ruraux (...) n’obéit pas aux mêmes évolutions que les propriétés urbaines (...) ou industrielles (...). Sans que les juristes en soient toujours conscients, leur vision dogmatique et monolithique de la propriété ne correspond déjà plus à une société où les interventions de l’Etat se multiplient”.

Ibid. p. 116.

⁵⁰⁴ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 42.

⁵⁰⁵ Ibid. p. 43.

⁵⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141-142.

a aquisição e o trabalho, que servia de fundamentação ideológica para justificação da propriedade privada aos filósofos contratualistas como John Locke⁵⁰⁷.

Gilmar Ferreira Mendes nota a substancial alteração que o conceito do direito de propriedade, como o garantidor da autonomia individual, sofreu no decorrer do último século, substituído pelo próprio trabalho e pelos sistemas previdenciário e assistencial estatais, atuais elementos asseguradores da subsistência e da autodeterminação individual de uma substancial parcela das pessoas⁵⁰⁸.

A dignidade como o fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito provoca um deslocamento do enfoque protetivo primário do sistema jurídico, do patrimônio para a pessoa humana, com uma “repersonalização” do sistema⁵⁰⁹: uma “publicização” do direito privado, com uma “despatrimonialização” dos direitos reais⁵¹⁰.

A partir do momento em que se elege a dignidade como o valor máximo do ordenamento⁵¹¹, transpõem-se os pilares do Direito Positivo do Estado Liberal, que se calcava no pressuposto da isonomia formal do contrato e na concepção abstrata da propriedade, para uma consideração do homem concreto e de suas necessidades no contexto social⁵¹².

Segundo Vicente de Paulo Barretto, o direito do Estado Liberal encontrava-se fechado no “chamado império e no formalismo jurídico abstrato, impedindo a consideração dos direitos sociais como direitos humanos”⁵¹³. A inserção constitucional dos direitos fundamentais difusos, no que se refere ao atendimento da função social como condicionante da garantia do direito da propriedade, elimina do sistema jurídico a possibilidade de um conceito puro de propriedade, abstratamente extraível do sistema jurídico na forma metodológica da civilística clássica⁵¹⁴.

No contexto da nova Constituição, põe-se também a observação de Lenio Streck para a necessidade de superação da tradição jurídica do modelo liberal-

⁵⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51.

⁵⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 160-161.

⁵⁰⁹ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 22-23.

⁵¹⁰ *Ibid.* p. 38.

⁵¹¹ *Ibid.* p. 44.

⁵¹² *Ibid.* p. 51.

⁵¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 195.

⁵¹⁴ ARONE, op. cit., nota 509, p. 26.

individualista, que não deixava lugar para os direitos de segunda e de terceira geração⁵¹⁵.

Para Luiz Edson Fachin, a função social constitucional possui conteúdo que substantiva o direito de propriedade “como fim legitimador na relação posse-trabalho” e também no movimento de constitucionalização do Direito Civil e da repersonalização das relações jurídicas⁵¹⁶. Diferentemente do modelo liberal, vê-se o cumprimento da função social constitucional como a causa que justifica a própria existência do direito de propriedade e condição para a sua proteção jurídica⁵¹⁷: fixa-se a atual Constituição como o “marco referencial, quer como garantia da propriedade e da função social como direitos fundamentais, quer da liberdade e da igualdade”⁵¹⁸.

Também para Liana Portilho Mattos, o cumprimento da função social da propriedade decorre de norma imperativa e, portanto, capaz de impor deveres ao proprietário, podendo-se constituir até na razão da atribuição a alguém do direito de propriedade⁵¹⁹.

Bárbara Almeida de Araújo lembra que o fundamento da propriedade encontra-se na tutela da dignidade humana, unificadora do sistema constitucional⁵²⁰.

Cassio Scarpinella Bueno observa que “o comportamento intelectual, cognitivo e prático daquele que pretende estudar ou aplicar o ‘Código Civil’ de 2002 deve ser completamente diverso daquele que o moveu em direção ao Código Civil de 1916”⁵²¹.

Conforme Ricardo Arone, um conceito contemporâneo de propriedade, funcionalizado e aproximado da realidade social, não pode ser mais o que prevalecia antes da Constituição Federal de 1988⁵²²: “o conteúdo normativo da Constituição

⁵¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 83-84.

⁵¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 56.

⁵¹⁷ *Ibid.* p. 63 - 64.

⁵¹⁸ *Ibid.* p. 76.

⁵¹⁹ MATTOS, Liana Portilho. *Nova Ordem Jurídico-Urbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, 46.

⁵²⁰ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 43.

⁵²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25-26.

⁵²² ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 30.

vincula os entes privados tanto quanto os públicos, de modo que seus contornos moldam e adequam inafastavelmente a legislação civil⁵²³.

É sob o viés acima que se lê o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que a “propriedade atenderá a sua função social”, em inciso imediatamente posterior ao da garantia do “direito de propriedade”, posto também no *caput* do artigo como garantia fundamental inviolável, ao lado dos direitos à vida, à igualdade e à segurança. Também o artigo 170 da Constituição estabelece que a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, com observância dos princípios da propriedade privada e de sua função social.

A Constituição de 1988 impõe uma releitura de todo o ordenamento, na medida em que inova com o paradigma do Estado Democrático de Direito e seus novos fundamentos, constantes nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais⁵²⁴.

Sob a Constituição Democrática de 1988, o paradigma deixa de ser o de uma propriedade plena concebida como um direito situado em um patamar superior ao cumprimento da função social. O direito de propriedade não é mais um pressuposto ao qual se contrapunha uma função social de caráter programático e cuja efetividade exigiria, sempre, uma expressa norma limitadora infraconstitucional: a propriedade torna-se um direito individual situado constitucionalmente no mesmo patamar da sua função social, que também assume a condição de um pressuposto.

Liana Portilho Mattos observa o caráter principiológico da função social e a sua integração ao conjunto dos direitos e garantias fundamentais, como “norma jurídica superior e hegemônica em relação às demais regras do ordenamento jurídico que dispõem sobre a propriedade”⁵²⁵.

Portanto, não mais se concebe que o atendimento à função social constitucional fique situado em posição secundária ou menos relevante que os interesses individuais do proprietário. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a vinculação

⁵²³ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 46.

⁵²⁴ MATTOS, Liana Portilho. *Nova Ordem Jurídico-Urbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 20.

⁵²⁵ *Ibid.* p. 39.

social da propriedade assume relevo no “estabelecimento da conformação ou limitação do direito”⁵²⁶.

Como já observado, no Estado Democrático de Direito as questões de ordem jurídica extravasam a esfera dos conflitos intersubjetivos e as fronteiras entre o público e o privado tornam-se cada vez menos nítidas⁵²⁷. Normas antes vistas no Estado Liberal como exclusivamente de direito privado passam a integrar um sistema, cujo objetivo é a realização da ordem constitucional superior.

Gilmar Ferreira Mendes observa, com base em Papier, o atual direito de propriedade como constituído pelos complexos normativos do direito privado, asseguradores do interesse individual, e do direito público, garantidores da função social, sem qualquer relação de hierarquia ou de precedência entre eles⁵²⁸. Em sentido semelhante, Teori Albino Zavascki indica que o direito de propriedade e a sua função social, vistos abstratamente, são valores não antinômicos, com iguais forças normativas e que merecem “idêntica e plena observância”⁵²⁹.

Luiz Edson Fachin considera a necessidade de adequação entre o interesse individual e o interesse coletivo para a apreciação dos casos concretos, com “limites jurídicos” que se “expressam na fronteira entre o privado e o público” e com a prevalência do interesse de maior alcance, no confronto entre interesses transindividuais⁵³⁰.

Laura Beck Varela e Marcos de Campos Ludwig ressaltam a natureza principiológica da função social⁵³¹, que, com a sua natureza normativa, é fundamento para um conjunto de outras normas⁵³².

⁵²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

⁵²⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113.

⁵²⁸ MENDES, op. cit., nota 526, p. 160-161.

⁵²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 845.

⁵³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. p. 87.

⁵³¹ VARELA, Laura Beck. LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 303.

⁵³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 321.

Ricardo Arone ressalta a relevância da legislação ambiental e do patrimônio cultural no sistema de funcionalização social da propriedade e considera que “a noção de função social da propriedade não pode ficar resumida ao cumprimento destas leis”⁵³³. Na medida em que a função social justifica a propriedade, no concurso dos princípios, os dois se relativizam sem se anularem, não havendo mais espaço no sistema para a propriedade não funcionalizada⁵³⁴.

Os princípios da propriedade e de sua função social se hierarquizam axiologicamente nas situações concretas, “informando, sempre, materialmente, o direito de propriedade”⁵³⁵.

É no contexto, que se observa o artigo 182 da Constituição Federal, considerando que a defesa dos bens culturais não pode ficar estritamente condicionada ao disposto em planos diretores, que muitas vezes se omitem ou tratam a questão de forma superficial. Caracterizada como uma função social da propriedade, a proteção do bem cultural possui um fundamento jurídico-constitucional próprio, cujo interesse vai além das fronteiras do município, campo de vigência dos planos diretores. Isto fica evidente quando se vislumbra a existência de imóveis tombados pelos Poderes Públicos da União ou dos estados, que não podem ser ignorados ou afetados de forma prejudicial pelos planos urbanísticos municipais⁵³⁶, postos na contingência de terem que articular os seus interesses mais imediatos com os interesses de preservação do patrimônio cultural reconhecido pelos demais entes da Federação⁵³⁷.

⁵³³ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 120.

⁵³⁴ Ibid. p. 147.

⁵³⁵ Ibid. p. 128.

⁵³⁶ “A planificação urbanística está sujeita, por isso, a uma série de limitações *in rebus ipsis*, tanto de carácter real, isto é, que decorrem das características e das qualidades das próprias coisas imóveis, como de carácter funcional, ou seja, que dizem respeito não às coisas em si mesmas, mas ao destino que elas recebem por determinação legal. É o que acontece, desde logo, com as disposições legais que, tendo em conta as qualidades naturais e funcionais de uma coisa imóvel ou de uma categoria de coisas imóveis, visam conservar a sua estrutura sem modificações. Estamos no domínio daquilo que a doutrina italiana designa por bens públicos ou bens de interesse público, que devem ser preservados de qualquer transformação urbanística. Por outras palavras, estamos perante situações em que a lei determina a preservação do existente.”

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 291.

⁵³⁷ RABELLO, Sonia. Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 42.

Simone Tassinari Cardoso observa, em nota de atualização à obra de Ricardo Arone, que o condicionamento do cumprimento da função social da propriedade à existência de lei, efetuado pelo § 1º do artigo 1.228 do Código Civil, é um resquício da visão de mundo ultrapassada do Estado Liberal: a função social da propriedade é princípio que informa todo o sistema proprietário e não o contrário⁵³⁸.

A proteção dos interesses da comunidade que encontram o seu fundamento na função social da propriedade, de natureza constitucional, não pode ser condicionado por lei ordinária, pois, “não é a Constituição que deve ser lida à luz do Código Civil, e sim o Código que deve ser aplicado sob a regra constitucional”⁵³⁹.

No mesmo diapasão, Stefano Rodotà vai mais além. Considerando a função social fundamento legitimador da propriedade, o autor observa a sua relevância como princípio de valor operativo geral e não apenas como um conjunto de obrigações especiais sancionadas por disposições legais⁵⁴⁰. O cumprimento da função social constitucional da propriedade impõe-se até mesmo diante de situação concreta de inexistência de norma expressa para a sua realização, sendo possível a extensão a um caso de norma ditada para outra hipótese, sempre que se deem os requisitos da analogia⁵⁴¹.

Na dinâmica social, o reconhecimento do direito de todas as pessoas viverem conforme padrões mínimos de dignidade tem imposto limitações cada vez maiores ao direito da propriedade privada, tais como as que se verificam no direito urbanístico, caracterizado pela regulação das atividades individuais e a intervenção do Poder Público na propriedade com imposição de obrigações de fazer e de não fazer⁵⁴². Regula-se o direito de construir com o estabelecimento e a alteração de parâmetros sobre gabarito, taxas de ocupação, recuos, coeficientes de aproveitamento e usos permitidos: são limitações de ordem pública que atingem indistintamente a todos, particulares e a própria Administração, imprescritíveis, irrenunciáveis e sem possibilidade de transação, com a finalidade de garantir o bem-

⁵³⁸ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos factais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p 120-121.

⁵³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 58.

⁵⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. *Il Terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società editrice il Mulino, 1990, p. 266.

⁵⁴¹ *Ibid.* p. 330.

⁵⁴² FREITAS, José Carlos de. A ação civil pública, a ordem urbanística e o Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 258.

estar dos habitantes, ordenando o desenvolvimento das funções sociais da cidade⁵⁴³.

É no contexto acima que se entendem inseridas as limitações ao direito da propriedade privada, decorrentes do reconhecimento do valor cultural de um imóvel. Para Maria Coeli Simões Pires, o princípio da função social é o “núcleo de fundamental importância na política de preservação”⁵⁴⁴. Segundo Luiz de Lima Pinheiro, a tentativa de classificação das normas relativas ao patrimônio cultural, sob o enfoque da tradição dual, somente pode resultar em uma situação de transversalidade, com raízes fincadas no Direito Público e no Direito Privado⁵⁴⁵.

O Superior Tribunal de Justiça ressaltou no Recurso Especial nº 1.293.608-PE, Relator Ministro Herman Benjamin, a inexistência de um direito de construir absoluto e observou as limitações urbanístico-ambientais incidentes sobre o direito de propriedade, para a proteção aos valores culturais, como elementos de harmonização do princípio constitucional da propriedade com o da sua função social⁵⁴⁶.

Segundo Lúcia Reisewitz, o valor cultural do bem é característica que se põe em paralelo a outros valores, como o econômico, que tanto pode pertencer ao poder público como aos particulares⁵⁴⁷.

Considerando a situação dos bens culturais de natureza material, Ana Maria Moreira Marchesan observa “uma duplicidade de regimes”: “pertencem à esfera privada do sujeito e são suscetíveis de fruição pelo resto da comunidade, o que os torna coisa pública não em razão de seu domínio, mas no tocante ao seu desfrute”⁵⁴⁸.

⁵⁴³ FREITAS, José Carlos de. A ação civil pública, a ordem urbanística e o Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 258 – 259.

⁵⁴⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 86.

⁵⁴⁵ PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Privado da Cultura – Algumas reflexões. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 78-79.

⁵⁴⁶ V. item “1” da Ementa do Recurso Especial nº 1.293.608-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 04.12.2012, DJ 24.09.2014. Transcrição nota 168.

⁵⁴⁷ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 100.

⁵⁴⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Inquérito civil e ação civil pública na tutela do patrimônio cultural. In: TINÓCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do*

Carlos Frederico Marés de Souza Filho expressa o entendimento de que a existência de bens de interesse cultural tem dado margem ao aparecimento de uma categoria distinta, identificada como “bens de interesse público”, sujeitos a restrições bem mais profundas que a mera limitação em razão do interesse social⁵⁴⁹. O autor considera que embora o suporte possa ser objeto de propriedade privada, o valor cultural é coletivo e pertence à comunidade⁵⁵⁰.

José Afonso da Silva também aponta o dever estatal na proteção dos bens culturais, submetidos a um regime diferenciado, como uma forma de “propriedade de interesse público”⁵⁵¹.

O fato é que o valor cultural é uma característica inerente a determinados bens, integrante das suas configurações concretas, o que induz à existência de um estatuto dominial próprio a eles, com o objetivo de preservar a função social consubstanciada nos seus valores simbólicos.

No sentido exposto, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão observa a sujeição dos bens culturais a um estatuto específico, que impõe sua proteção e valorização⁵⁵², em razão do direito do seu desfrute por toda a coletividade, titular do interesse difuso de sua tutela⁵⁵³.

Liana Portilho Mattos indica uma perspectiva pluralista da propriedade como a mais adequada diante da atual Constituição⁵⁵⁴. Elimar Szaniawski refere-se a “tipos e subtipos” de propriedade, que se submetem a regimes jurídicos próprios⁵⁵⁵. Bárbara Almeida de Araújo observa a inviabilidade de serem submetidos a uma

Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 126.

⁵⁴⁹ “A limitação imposta a estes bens de interesse público é de qualidade diferente da limitação geral imposta pela subordinação da propriedade privada ao uso social. As limitações gerais produzem obrigações pessoais aos proprietários que devem tornar socialmente úteis suas propriedades, enquanto as limitações impostas a estes bens de interesse público são muito mais profundas porque modificam a coisa mesma, passando o Poder Público a controlar o uso, transferência, a modificabilidade e a conservação da coisa, gerando direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo o corpo social e o próprio Poder Público.”

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p.23.

⁵⁵⁰ Id. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 168.

⁵⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 160.

⁵⁵² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A fruição dos bens culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 321.

⁵⁵³ Ibid. p. 323.

⁵⁵⁴ MATTOS, Liana Portilho. *Nova Ordem Jurídico-Urbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 38.

⁵⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1, n. 3, jul./set. 2000, p. 131.

mesma disciplina jurídica bens de natureza absolutamente distinta, como no caso das propriedades “imobiliária e artística ou científica”⁵⁵⁶.

Após lembrar que o direito de propriedade é uma construção social e como tal deve se conformar à realidade contemporânea de uma sociedade de massas hipercomplexa, Mauricio Mota considera pertinente falar-se em propriedades, “cada qual com a diversidade de sua função”⁵⁵⁷.

Para Ricardo Pereira Lira, a propriedade varia, o seu contorno, a sua senhoria e a extensão das suas faculdades ou de seus direitos elementares dependem da natureza do bem que lhe serve de objeto⁵⁵⁸.

Enfim, a concepção da função social constitucional impõe que os conteúdos das propriedades variem no contexto social, segundo as suas características concretas. Neste sentido, Marcos Alcino de Azevedo Torres observa que a compreensão da questão relativa à funcionalização do direito de propriedade exige a adoção de uma premissa metodológica que deixe de ter como “paradigma um conceito unitário, que regule o direito de propriedade sobre os diversos bens que lhe servem de objeto”: “a multiplicidade dominial varia conforme a natureza do bem e sua destinação econômica e social”⁵⁵⁹.

Neste sentido Elimar Szaniawski observa que a função social constitui a “categoria jurídica nuclear” para a determinação do conteúdo da propriedade e que o conceito constitucional do direito deixou de admitir uma noção de direito de propriedade nos moldes tradicionais⁵⁶⁰: trata-se de uma função social concreta e específica para “cada espécie de propriedade” e conforme a localização do bem⁵⁶¹; de “noção flexível, variável em virtude mesmo da variedade e relatividade da noção de propriedade”⁵⁶².

⁵⁵⁶ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

⁵⁵⁷ MOTA, Mauricio. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *Questões de Direito Civil Contemporâneo*. Elsevier, 2008, p. 581.

⁵⁵⁸ LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). *Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

⁵⁵⁹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse – Um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 193.

⁵⁶⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1, n. 3, jul./set. 2000, p. 144.

⁵⁶¹ *Ibid.* p. 153.

⁵⁶² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social e legalidade constitucional – Anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul (A.I. 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, vol. 16, jan./jul. 2000, p. 49.

A propriedade funcionalizada não é mais vista como um instituto jurídico uniforme e abstratamente criado pela lei. A adoção das teorias da multiplicidade dos estatutos dominiais é um caminho no sentido da sua concretização. Conforme Lenio Streck, inexistente significação do texto constitucional “como uso geral, fora de situações concretas, vivenciadas”⁵⁶³.

Propriedade privada e sua função social amalgamam-se para conformar o direito de propriedade sobre um bem concreto, premido entre o interesse individual e o interesse coletivo.

É aqui que também se põe a existência de teorias designadas externas, que consideram os direitos individuais e as suas limitações como questões independentes e não necessariamente relacionadas, ou seja, de um direito individual em princípio ilimitado e sobre o qual incidiriam limitações, e as teorias internas, que advogam as limitações aos direitos individuais como integrantes e inerentes à sua própria conformação. Gilmar Ferreira Mendes considera a tendência à adoção das teorias externas por aqueles que possuem concepções mais individualistas da sociedade e do Estado e a preferência pelas teorias internas, pelos que vislumbram uma integração do indivíduo na comunidade. Sem opção expressa por qualquer das duas correntes teóricas, o autor encara os direitos fundamentais, “primordialmente, como princípios”⁵⁶⁴.

Conforme referido em capítulos anteriores, considera-se que o reconhecimento do valor cultural de um bem seja resultante da concretização de um conceito jurídico indeterminado, questão de direito (*quaestio iuris*), de estatura constitucional. Vê-se na matéria uma especificação de ordem hierárquica superior da função social da propriedade. Na hipótese, o aspecto da função social da propriedade, que se cumpre com a preservação do valor cultural mediante concretização do enunciado do artigo 216 da Constituição, possui o mesmo estado hierárquico que o da garantia do direito individual da propriedade. Entende-se que a singularidade da especificação da função social constitucional com relação à preservação dos bens culturais torna a teoria interna mais adequada como elemento

⁵⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 395.

⁵⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40-42.

para análise dos eventuais conflitos entre o interesse difuso e os interesses individuais dos proprietários privados.

Neste sentido, sob a égide do ordenamento anterior, Pontes de Miranda considerava que o artigo 180 da norma constitucional, que estabelecia como dever do estado o amparo à cultura e colocava “sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como jazidas arqueológicas”, tinha a consequência da constituição de uma limitação ao direito de propriedade, e chamava a atenção para o fato de que a “instituição da propriedade aparece, na Constituição mesma, com essa limitação⁵⁶⁵: “a limitação ao direito de propriedade já está em texto constitucional”⁵⁶⁶.

Sob o ordenamento atual, Daniel Gaio observa que os bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro resultam de uma conformação direta do enunciado constitucional, que estabeleceu limites intrínsecos ao direito de propriedade⁵⁶⁷.

Liana Portilho Mattos também considera que, na atualidade, a garantia do direito de propriedade exige que o seu exercício seja legitimado pelo “condicionamento intrínseco do atendimento a uma função social”, fato que condiciona e afeta a própria estrutura do direito de propriedade e “não apenas o seu exercício”⁵⁶⁸.

Para Bárbara Almeida de Araújo, a propriedade, imaginada como um direito subjetivo absoluto, objeto de defesa prioritária por parte de um ordenamento jurídico e sobre a qual incidiriam limitações para atendimento da função social como

⁵⁶⁵ “Uma das primeiras consequências do art. 180, parágrafo único, é a de constituir limitação ao direito de propriedade. No texto constitucional, é sabido, a propriedade somente se garante dentro da lei; quer dizer: é a lei que lhe fixa os limites conceptuais. Há de haver a instituição da propriedade, porém, no que consiste e até onde vai, só a lei diz, e a lei, a esse respeito, tem todas as possibilidades. Só uma não tem: a de eliminar a instituição.

Com o art. 180, parágrafo único, ocorre exatamente ser lei que limita o direito de propriedade, mas lei-parte da Constituição, de modo que o legislador ordinário nenhum poder tem para alterá-la ou para interpretá-la, e já a instituição da propriedade aparece, na Constituição mesma, com essa limitação. Desde que, na propriedade de alguém, existe monumento histórico, móvel ou imóvel, que o Estado repute digno de guarda ou de proteção, nenhum direito tem o proprietário, ainda fora dos processos de desapropriação, para obstar ao exercício de qualquer medida de proteção ou de zelamento”.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 368.

⁵⁶⁶ *Ibid.* p. 369.

⁵⁶⁷ GAIO, Daniel. Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 92.

⁵⁶⁸ MATTOS, Liana Portilho. *Nova Ordem Jurídico-Urbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, 36-37.

categorias externas ao seu conceito, representaria um retorno a uma concepção incompatível com o sistema constitucional⁵⁶⁹.

No mesmo sentido, Laura Beck Varella e Marcos de Campos Ludwig entendem que a atual concepção da função social como integrante da estrutura do direito de propriedade importa a rejeição das concepções tradicionais, que vinculam o direito privado da propriedade a limites externos decorrentes do direito público, “como projeção de um ‘interesse público’, ou seja, como finalidade exterior a incidir sobre o direito subjetivo”⁵⁷⁰.

Ricardo Arone também considera que as limitações internas ao domínio, somente verificáveis diante dos casos concretos de conflitos entre princípios, é que conferem juridicidade à regulação das atividades proprietárias pelo Estado, seja por via administrativa ou por via jurisdicional⁵⁷¹. Após identificar a limitação ambiental como intrínseca e interna ao instituto da propriedade privada, o autor classifica como possíveis duas espécies distintas de intervenções, em razão do princípio da função social: uma de cunho limitador, que impede o exercício do domínio de forma prejudicial à coletividade, e outra impulsionadora, que exige uma atuação para um resultado socialmente valioso⁵⁷².

Segundo ainda Ricardo Arone, as limitações externas ao direito de propriedade seriam apenas as decorrentes de pactos de direito real, voluntariamente firmados em torno da propriedade privada, tais como o usufruto, a servidão, a

⁵⁶⁹ “Em outras palavras, o proprietário teria seus poderes limitados externamente pela função social, porém, uma vez inexistindo regra legal restritiva, esses mesmos poderes voltariam a ser livres e íntegros. Essa tese, entretanto, não se coaduna com a visão da propriedade como meio de promoção dos valores constitucionais, sob a perspectiva solidarista.”

ARAÚJO, Bárbara Almeida de. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45.

⁵⁷⁰ VARELLA, Laura Beck. LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 766-767.

⁵⁷¹ No contexto, o autor apresenta a seguinte ementa de acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, AC 91.04.01871/RS: “Direito Constitucional. Administrativo, Ambiental. Bem tombado. Construção irregular no entorno. CF. Art. 5º, XXII e XXIII. Decreto-lei 25/37, art. 18, e Lei 3924/61, art. 1º e 2º. A construção irregular, em área próxima de bem tombado em razão de suas características históricas e arquitetônicas, justifica a decisão judicial de destruição, pois o interesse individual do proprietário deve ceder diante do interesse social do Poder Público na preservação do bem cultural”.

ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 117.

⁵⁷² *Ibid.* p. 134.

hipoteca e outros institutos relacionados na legislação civil como direitos reais limitados ou como decorrência das relações de vizinhança de interesse privado⁵⁷³.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber ressaltam a permanência da propriedade como um direito subjetivo que, no entanto, sofreu uma remodelação em seu “conteúdo interno, vinculado ou gravado com deveres de atuação negativa e positiva, em atendimento aos interesses sociais, que variam de acordo com a concreta relação jurídica em que se insere”⁵⁷⁴.

Na medida em que se evolui para o entendimento de que a vinculação social justifica e conforma o direito de propriedade, as limitações aos poderes do proprietário, que se revelam no contexto social com suporte na Constituição, caminham no sentido da integração da própria configuração desse direito individual. A exigência da preservação de bem portador de valor cultural, submetido a um estatuto dominial específico, configura o cumprimento de uma função social constitucional, para o qual o ordenamento jurídico não previu qualquer espécie de indenização.

3.3 Observações sobre a garantia constitucional da propriedade e a responsabilidade civil do Estado: esboço de uma releitura

A garantia constitucional da propriedade se singulariza, pois, diferentemente de outros direitos fundamentais relacionados no *caput* do artigo 5º da Constituição (vida, igualdade e segurança), exige a intermediação do legislador para a sua existência. O reconhecimento da propriedade privada de um bem importa na negação a todos os demais homens de igual direito sobre o mesmo bem.

Miguel Nogueira de Brito apresenta uma diferenciação entre o conceito e o conteúdo da propriedade, segundo a qual, o conceito deve ser encontrado na Constituição e o conteúdo seria o resultado da conformação da propriedade pela

⁵⁷³ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 151.

⁵⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social e legalidade constitucional – Anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul (A.I. 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, vol. 16, jan./jul. 2000, p. 48.

legislação⁵⁷⁵. O autor observa a presença de três peculiaridades inerentes à garantia da propriedade, que inviabilizam seu conceito independentemente de uma legislação, em contraste com outros direitos, liberdades e garantias: 1) a propriedade é criação da ordem jurídica, não uma ‘dimensão’ ou ‘parte’ da pessoa humana; 2) o reconhecimento da propriedade privada implica a redução das liberdades naturais dos demais homens; 3) exige, cada vez mais, a legitimação da definição dos limites da propriedade privada através do legislador democraticamente eleito⁵⁷⁶.

Karl Engisch considera a propriedade o “protótipo de um direito subjetivo”, que restaria sem sentido e nem substância, se não observado um conjunto mínimo de imperativos: 1) proibição de impedimento ao gozo da coisa por parte do proprietário; 2) imposição de restituição ao proprietário por parte daquele que a possui sem particular título jurídico e; principalmente, 3) que mediante requerimento do proprietário, as autoridades judiciárias imponham a efetivação dos dois imperativos anteriores, tidos como “comandos e proibições primários”⁵⁷⁷.

Gilmar Ferreira Mendes recomenda peculiar reflexão sobre os direitos fundamentais dotados de âmbito de proteção estritamente normativo, que, tais como o direito da propriedade, apresentam-se ao mesmo tempo como garantia institucional e como direito subjetivo, sobre os quais cabe ao legislador definir os seus conteúdos, concretizando-os ou conformando-os⁵⁷⁸. Somente após a concretização ou a conformação legislativa da garantia constitucional da propriedade seria possível falar-se em restrição de direito⁵⁷⁹.

Ao contrário da vida, da possibilidade de ir e vir, da manifestação de opinião e da possibilidade de reunião, que preexistem a qualquer disciplina jurídica, o conteúdo e a efetividade da garantia constitucional da propriedade dependem de uma conformação normativa: “sem pressupor a existência das normas de direito

⁵⁷⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p. 63.

⁵⁷⁶ *Ibid.* p. 32.

⁵⁷⁷ ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Batipsta. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 2004, p.44.

⁵⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

⁵⁷⁹ “Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção, e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado”
Ibid. p. 36 – 37.

privado relativas ao direito de propriedade (...), não haveria que se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desse direito”⁵⁸⁰.

É a ordem normativa que transforma o mero ter em propriedade e, portanto, sem as disposições infraconstitucionais, a garantia constitucional da propriedade restaria sem qualquer sentido⁵⁸¹. Vê-se, assim, um “inconfundível caráter constitutivo” das disposições relativas ao conteúdo do direito de propriedade⁵⁸².

O estabelecimento do conteúdo por obra exclusivamente normativa é o fator determinante para a solução das intervenções no regime da propriedade dos bens⁵⁸³. Ocorre que é comum que legislação superveniente altere a configuração da propriedade para atualizá-la como instituto jurídico e como garantia, afetando o exercício do direito individual, sem que a isso se contraponha a ideia do direito adquirido⁵⁸⁴. No seu poder de conformação, o legislador redesenha a garantia constitucional da propriedade, às vezes, com consequências gravosas para seus respectivos titulares⁵⁸⁵.

Segundo Ricardo Arone, a garantia da propriedade possui um caráter dinâmico, que permite a sua adaptação às mutações da realidade social⁵⁸⁶. O direito da propriedade é submetido a “um intenso processo de relativização”, podendo assumir novas configurações com a fixação e alteração normativa dos seus limites, para o atendimento da sua função social constitucional⁵⁸⁷.

É aqui que se insere também a questão do princípio da legalidade, como um dos avanços do Estado Liberal. A lei, concebida como emanção da vontade geral, apresenta-se como o instrumento mais adequado para a determinação do conteúdo e dos limites dos direitos fundamentais. O princípio da reserva da lei recomenda que a regulamentação do estatuto das liberdades esteja reservada ao legislador e subtraída das ingerências do governo⁵⁸⁸.

⁵⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁵⁸¹ Ibid. p. 38.

⁵⁸² Ibid. p. 157-158.

⁵⁸³ RODOTÀ, Stefano. *Il Terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990, p. 253.

⁵⁸⁴ MENDES, op.cit., nota 580, p. 149.

⁵⁸⁵ Ibid. p. 157-158.

⁵⁸⁶ ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos factais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual.: CARDOSO, Simone Tassinari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 28.

⁵⁸⁷ MENDES, op. cit., nota 580, p. 157-158.

⁵⁸⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 66.

Gilmar Ferreira Mendes observa que os direitos individuais de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata), ou por legislação ordinária, promulgada com fundamento imediato na própria constituição (restrição mediata) ⁵⁸⁹.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a função social constitucional conformadora do direito da propriedade caracteriza-se como um conceito jurídico indeterminado ⁵⁹⁰. É neste contexto que, considerando um dos mais significativos precedentes sobre a matéria, o autor inseriu o referido Acórdão STF na Apelação Cível nº 7.377, de 1943, que rejeitou arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 25/1937 e considerou legítimo o ato administrativo de tombamento de um imóvel na Praça 15 de Novembro, no Rio de Janeiro ⁵⁹¹.

Para Gilmar Ferreira Mendes, a possibilidade de redefinição do conteúdo do direito de propriedade, com a imposição de limitações ao seu exercício, “mediante ação legislativa ordinária foi expressa e enfaticamente reconhecida”, considerando “tanto o caráter institucional da garantia constitucional da propriedade como o conteúdo marcadamente normativo de seu âmbito de proteção” ⁵⁹². Acrescenta-se à decisão quanto à constitucionalidade do Decreto-Lei nº 25/1937 na Apelação Cível STF nº 7.377, uma conclusão quanto à legitimidade do ato administrativo concreto de tombamento do referido imóvel.

Recorre-se aqui às argumentações formuladas no capítulo primeiro sobre o julgamento da Apelação Cível STF nº 7.377, no sentido da revelação do valor cultural do bem como uma questão de direito (*quaestio iuris*), integrativa do enunciado normativo, na medida em que concretizadora de conceito jurídico indeterminado, com a conformação do direito da propriedade em concreto. Neste contexto estão postos o ato administrativo e a decisão judicial que declaram o valor cultural de bem imóvel e reconhecem os limites de um direito de propriedade em concreto, ou seja, sobre um bem específico.

No entanto, a despeito da sua longa vigência, o Decreto-Lei nº 25/1937 (organizou o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e criou o instituto do tombamento) que, no dizer de Edésio Fernandes foi o primeiro instrumento

⁵⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

⁵⁹⁰ *Ibid.* p. 36.

⁵⁹¹ *Ibid.* p. 160-161.

⁵⁹² *Ibid.* p. 161-162.

legislativo brasileiro a materializar o princípio constitucional da função social ⁵⁹³, possibilitando a limitação do direito da propriedade em favor dos interesses sociais, sem qualquer vinculação à indenização, ainda é objeto de acirradas polêmicas.

Hely Lopes Meirelles ⁵⁹⁴, Sônia Rabello ⁵⁹⁵ e José Afonso da Silva ⁵⁹⁶ enxergam o tombamento como limitação administrativa, visto como imposição decorrente de lei genérica e abstrata, que atinge indiscriminadamente as propriedades que estejam em uma mesma situação, condicionando o seu uso, sem possibilidade de indenização ao proprietário eventualmente contrariado nos seus interesses.

Também no sentido de uma limitação ao direito da propriedade são as decisões do Supremo Tribunal Federal no referido RE 121.140-7-RJ, Relator Ministro Maurício Corrêa, que restabeleceu a plena eficácia do Decreto 7.046, de 28 de outubro de 1987, do Município do Rio de Janeiro, que havia declarado a condição de patrimônio cultural de prédio urbano, considerando a “limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade” ⁵⁹⁷ e no RE 114.468-PR, Relator Min. Carlos Madeira, em cuja ementa ficou consignado que a declaração de prédio como “de interesse de

⁵⁹³ FERNANDES, Edésio; ALFOSIN, Betânia. Revisitando o instituto do tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15.

⁵⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. Atual: AZEVEDO, Eurico de Andrade; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 116.

⁵⁹⁵ RABELLO, Sonia. Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 46.

⁵⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 160.

⁵⁹⁷“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE.

1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal.

2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” Recurso Extraordinário nº 121.140-7 – Rio de Janeiro, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ de 26.02.2002.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer, na sua plena eficácia, o Decreto 7.046, de 28 de outubro de 1987, editado pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Brasília, 26 de fevereiro de 2002.” Recurso Extraordinário nº 121.140-7 – Rio de Janeiro, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ de 26.02.2002.

preservação”, por decreto do Prefeito de Curitiba, configurou, com base no artigo 180 da então vigente Emenda Constitucional nº 1/1969, “limitação genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito dos proprietários”, sendo que, a vedação da sua demolição não afrontava o direito de propriedade⁵⁹⁸.

Entretanto, Maria Coeli Simões Pires⁵⁹⁹, Audrey Gasparini⁶⁰⁰ e Lúcia Valle Figueiredo⁶⁰¹ indicam o tombamento como servidão administrativa, ônus real decorrente de ato específico do Poder Público, que restringe o exercício de determinada propriedade. Neste sentido, cita-se, principalmente, a decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 220983/SP, Rel. Min. José Delgado, que considerou que um ato administrativo de tombamento, que esvazie o conteúdo econômico de imóvel, deixava de caracterizar-se como servidão administrativa, para transformar-se em desapropriação, com consequente indenização correspondente ao valor de mercado do imóvel.

Celso Antonio Bandeira de Mello entende que a restrição decorrente de ato genérico e abstrato, que atinja indiscriminadamente todo um conjunto de imóveis situados em determinada região ou município, como no caso de Ouro Preto, se caracterizaria como limitação administrativa e que um tombamento incidente sobre imóvel isolado seria ato não abstrato nem genérico, caracterizando-se como servidão administrativa⁶⁰². Esta diferenciação entre o tombamento como limitação e o tombamento como servidão, com base em um “aspecto quantitativo”, é refutada por Sonia Rabello, que considera a generalidade inserida na lei, independentemente da quantidade dos imóveis atingidos: basta o bem ser portador de um valor cultural relevante, para estar inserindo na categoria de patrimônio cultural brasileiro, cuja

⁵⁹⁸ “Ementa: LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. Prédio considerado Unidade de Interesse de Preservação, por decreto do Prefeito Municipal de Curitiba. Limitação genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito dos proprietários, em prol da memória da cidade, que tem base no parágrafo único do artigo 180 da Constituição da República. Recusa de autorização para demolição que não importa afronta ao direito de propriedade. Recurso não conhecido”. Recurso Extraordinário nº 114.648-8 – PARANÁ, Rel. Min. Carlos Madeira, 2ª Turma, DJ de 24.06.1988.

⁵⁹⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento com principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 81.

⁶⁰⁰ GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 61.

⁶⁰¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

⁶⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 587.

constituição, em princípio, se dá no seio social e independe de qualquer manifestação oficial⁶⁰³.

Apesar de o tombamento afetar uma coisa individualmente, ele corresponde à concretização de um comando genérico, mediante reconhecimento dos atributos que justificam o regime protetivo: a diferença entre os bens culturais e os demais decorre da incidência direta da própria Constituição, não havendo também que se falar, por isso, em afronta à isonomia⁶⁰⁴.

Em princípio, bens que ostentem valores culturais relevantes devem estar sujeitos a restrições equivalentes, sob pena de tratamentos diferenciados aos respectivos proprietários e às comunidades interessadas na conservação dos seus patrimônios culturais.

Ressalta-se aqui, mais uma vez, que o bem se define como cultural em razão de suas próprias características simbólicas e não porque o Poder Público assim o declarou. Não é o Poder Público que confere as características de patrimônio cultural.

Eventual aproximação entre o tombamento e a desapropriação, como se vê em Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁰⁵, somente seria pertinente nas hipóteses em que, sob o pretexto da preservação de valor cultural, o Poder Público ultrapassasse

⁶⁰³ “É importante frisar, portanto, que o aspecto da generalidade atribuído à limitação administrativa não deve ser compreendido no aspecto quantitativo, isto é, quantidade de bens ou direitos atingidos por determinado ato administrativo específico; mesmo porque, seria polêmico e arbitrário estabelecer o número a partir do qual se poderia dizer que a incidência seria genérica: se determinado ato atingisse três, quatro ou vinte propriedades? E se o ato administrativo, incidindo sobre toda uma área, atingisse uma só propriedade? O aspecto da generalidade há de estar inserido basicamente na lei. No caso de bens culturais, a generalidade há de ser compreendida como uma classe: todos os que têm as características e os pressupostos legais de se inserirem nesta categoria passam, com a manifestação de vontade da administração expressada no ato administrativo, a constituir este conjunto genérico. Neste sentido, a generalidade nada tem a ver com incidência especial do ato administrativo para caracterizá-la. Os bens culturais podem estar isolados; o que interessa é que, ainda que isolados, com o ato administrativo específico para um bem, passa ele a fazer parte de uma classe, um conjunto – a universalidade que já mencionamos anteriormente. Por esse motivo, o ato que declara de valor cultural um bem isolado insere-o na categoria genérica de bem cultural previsto na lei”

RABELLO, Sonia. *O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009, p. 137.

⁶⁰⁴ TOLEDO, Carlos José Teixeira de. A proteção do patrimônio cultural e suas repercussões econômicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 59/60, jan./dez. 2004, p. 197.

⁶⁰⁵ “Realmente, o tombamento, em sua índole, muito se aproxima da desapropriação; não leva à perda do direito de propriedade mas à perda de direitos ínsitos ao direito de propriedade, os direitos de usar e gozar da coisa própria. Seu fundamento, é certo, é a função social da propriedade.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 87.

os critérios de proporcionalidade ou de razoabilidade, ou agisse de forma incompatível com um núcleo essencial do direito de propriedade ⁶⁰⁶.

De fato, entende-se que a base normativa constitucional, genérica e abstrata, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216 da Constituição Federal) distancia o ato do tombamento, visto como concretização de um comando genérico conformativo de posições jurídicas individuais, das providências expropriatórias, que possuem conteúdo concreto e individual e que importam na retirada do objeto do domínio privado ⁶⁰⁷.

Igor Sporch da Costa adere ao entendimento de uma natureza jurídica *sui generis* do tombamento, com aspectos que o assemelhariam tanto à servidão quanto à limitação administrativa: aproxima-se da servidão por incidir sobre prédio concretamente determinado e dela se distancia em razão de inexistir serviço ou prédio de domínio público dominante; aproxima-se da limitação por ser instituída “em benefício do interesse público” e dela se distancia por “individualizar o imóvel” ⁶⁰⁸. Edmir Netto de Araújo⁶⁰⁹, Marçal Justen Filho⁶¹⁰ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro ⁶¹¹ também entendem que o tombamento caracteriza-se como um instituto autônomo: nem servidão, nem limitação administrativa. Neste sentido, cita-se também a alínea “d” do inciso V do artigo 4º da Lei nº 10.257/2001, que situa o tombamento ao lado das servidões administrativas (alínea “b”) e das limitações administrativas (alínea “c”).

O fato é que a razão principal de toda a polêmica consiste em que, em princípio, nas limitações o proprietário do bem afetado não é indenizado, enquanto que, na servidão administrativa, haveria a obrigação do Estado indenizar, sempre que verificado algum declínio no valor de mercado do bem ⁶¹².

Apesar de girar em torno da natureza jurídica do ato administrativo do tombamento, a divergência posta, na realidade, reflete as concepções de cada um

⁶⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157-158.

⁶⁰⁷ *Ibid.* p. 159-160.

⁶⁰⁸ COSTA, Igor Sporch da. A defesa do patrimônio cultural imobiliário: um ensaio acerca dos óbices e limites dos instrumentos jusurbanísticos de preservação. In: AIETA, Vânia Siciliano (coord.). *Cadernos de direito da cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia: Série I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 133.

⁶⁰⁹ ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1045 - 1046.

⁶¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.412.

⁶¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 140.

⁶¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 856.

dos autores a respeito da garantia constitucional da propriedade e dos limites e possibilidades da sua conformação.

Em consonância com todo o desenvolvimento apresentado, a compreensão aqui é a de que a exigência da preservação de um bem imóvel portador de valor cultural, submetido a um estatuto dominial próprio, no contexto do atual Estado Democrático de Direito, configura o cumprimento de uma função social da propriedade, um direito difuso resultante da concretização de conceito jurídico indeterminado constitucional. Em princípio, uma limitação ou conformação de natureza constitucional do direito da propriedade em concreto, em razão de características inerentes ao bem e, portanto, antecedentes a qualquer manifestação oficial.

Observa-se também a inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de qualquer previsão legal expressa de indenização em razão da vinculação constitucional da propriedade privada ao cumprimento da sua função social, salvo na hipótese especial da desapropriação, na qual a propriedade como um todo é retirada de seu titular com a sua substituição por um equivalente monetário.

No contexto, vê-se que o § 6º do artigo 37 da Constituição estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Trata-se da responsabilidade civil do estado, que pressupõe ação ou omissão causadora de dano ao particular e nexo de causalidade, requisitos que não se veem no ato administrativo resultante de um processo democrático concretizador do conceito jurídico indeterminado do artigo 216 da Constituição, que integra o conteúdo do direito sobre a propriedade de um bem portador de “referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

Porém, entende-se também que o fato da conformação do direito da propriedade ocorrer por especificação constitucional de função social não pode significar a total supressão da garantia constitucional da propriedade. A coexistência do direito da propriedade com a sua função social exige compatibilização entre o interesse individual do proprietário e o interesse difuso da coletividade, sem que um dos aspectos chegue ao ponto de eliminar o outro.

A admissão de um conteúdo mínimo do direito de propriedade deve ter como contrapartida a existência de um conteúdo mínimo para a sua função social, aferíveis somente diante de situações concretas.

No contexto, Fernando Alves Correia indica que a garantia constitucional da propriedade funciona como uma garantia institucional da propriedade privada (como um instituto jurídico) e como uma garantia individual da posição jurídica do valor patrimonial, como um direito fundamental do proprietário⁶¹³. Sérgio de Andréa Ferreira informa que o direito de propriedade, que se assegura na Constituição, é “o direito de conteúdo econômico, o direito patrimonial”⁶¹⁴.

De fato, não faria qualquer sentido falar em propriedade sem conteúdo econômico: a total supressão do valor econômico de um bem significaria a extinção do direito de propriedade. Enquanto o bem possui algum valor econômico, a possibilidade do direito de propriedade permanece.

Portanto, qualquer que seja a concepção que se adote sobre a existência de um núcleo essencial ou de um conteúdo mínimo intangível garantido pela Constituição, o conteúdo essencial do direito de propriedade deve refletir algum valor patrimonial ou econômico.

No entanto, a questão é qual o valor econômico ou patrimonial está abrangido pela garantia constitucional ao direito da propriedade? O artigo 5º, inciso XXII, garante um valor de troca do bem, impondo indenização pelo Estado ao proprietário, a despeito de qualquer previsão expressa neste sentido, sempre que este sinta uma redução no valor de mercado de bem de sua propriedade? O valor de mercado do imóvel integra a garantia constitucional da propriedade? Por tudo o que foi exposto, parece que não. Então, qual a ideia que se tem sobre o conteúdo essencial de uma propriedade tomada em concreto?

Pérez Luño refere-se à observância dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais, que assumem duas acepções distintas, que devem ser consideradas conjuntamente perante situações concretas: a primeira relacionada a uma natureza jurídica do direito, preexistente à conformação legislativa como um “conteúdo abstrato na regulamentação concreta”; a segunda relativa aos “interesses juridicamente protegidos”, consubstanciadora da proteção contra limitações que

⁶¹³ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 302.

⁶¹⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 4.

tornem o direito impraticável, que dificultem o seu exercício além do razoável ou que o despoje de sua necessária proteção ⁶¹⁵.

Sob o mesmo viés, Gilmar Ferreira Mendes ressalta o aspecto da propriedade como um direito subjetivo, que exige a identificação de uma “uma densidade mínima apta a proteger as posições jurídicas contra intervenções ilegítimas” ⁶¹⁶. A definição do conteúdo mínimo deve observar o direito de propriedade enquanto uma garantia institucional e as limitações e novas conformações devem compatibilizar o espaço da liberdade do proprietário com o interesse social, de forma adequada, necessária e proporcional ⁶¹⁷.

Gilmar Ferreira Mendes ainda observa que mesmo hipóteses de quase supressão das faculdades inerentes ao direito de propriedade têm sido consideradas como redefinição do conteúdo, ou imposição de limites conformativos ao direito de propriedade. Neste sentido, além da situação da própria preservação dos bens culturais imobiliários, citam-se exemplificativamente situações de supressão do direito de rescisão de arrendamento de pequenas propriedades e a proibição da elevação de aluguéis de imóveis que, em princípio, não legitimariam qualquer pretensão indenizatória ⁶¹⁸.

É o que se lê em trecho do voto do Ministro Ozimbo Nonato na Apelação Cível STF nº 7.377, referido por Gilmar Ferreira Mendes como uma precisa percepção pelo Supremo Tribunal Federal das peculiaridades do direito de propriedade, em seu caráter institucional, mediante distinção entre medidas de conformação, com redefinição de seu conteúdo ou limitação de seu exercício, decorrente de ponderação entre o direito de propriedade na “ordem constitucional e a necessidade de observância de sua função social” e medidas expropriatórias ⁶¹⁹.

O que, a meu ver, entretanto, repito, dá ao decreto-lei assento constitucional é o permitir a lei máxima que o conteúdo da propriedade seja dado em lei ordinária.

E a lei de que se trata é lei desse caráter, que tem em vista a natureza especial dos monumentos, cujos proprietários, mais do que outros, sofrem o peso do dever social' que, ao lado da *facultas agendi*, se encontra nos direitos subjetivos (...). Não se trata de expropriação, nem esta constitui a

⁶¹⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 73-75.

⁶¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

⁶¹⁷ *Ibid.* p. 157-158.

⁶¹⁸ *Ibid.* p. 160-161.

⁶¹⁹ *Ibid.* p. 161.

única limitação da propriedade. Há outras múltiplas, no direito florestal, na construção de edifícios, etc., constantes das leis ordinárias e às quais não se refere à Constituição, especificamente.

A Constituição só se refere à expropriação. Só esta retira ao “dominus” “todo” o seu direito. Desde que não se trate de eliminação, mas de pura limitação ao domínio, defere o assunto a leis ordinárias.

E só estamos considerando o aspecto constitucional do decreto-lei discutido. E este, quaisquer que sejam as críticas a que ofereça flanco, não pode a meu ver, ser tido como inconstitucional. Ele não autoriza expropriação sem pagamento. Limita – isso sim – e, notavelmente, os direitos que subsistem, do proprietário, tendo em vista a natureza especial da propriedade dos monumentos, o que é possível, pois a lei ordinária pode definir o “conteúdo” da propriedade”⁶²⁰.

No entanto, como ressaltado, a garantia constitucional da propriedade exige a identificação de uma “uma densidade mínima apta a proteger as posições jurídicas contra intervenções ilegítimas”⁶²¹, ou seja, um conteúdo mínimo que reflita algum valor patrimonial, a partir do qual uma limitação se descaracterizaria como conformação do direito, para se transformar em intervenção ilegítima.

Mais adiante, Gilmar Ferreira Mendes considera o núcleo essencial do direito de propriedade como constituído pela utilidade privada e, principalmente, pelo poder de disposição, sendo estes os limites imanentes (“limites dos limites”), que impedem que a vinculação social chegue ao ponto de colocar alguma propriedade única e exclusivamente ao serviço do Estado ou da comunidade⁶²²: o “princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”⁶²³. Segundo ainda o autor, a proteção a um núcleo essencial dos direitos fundamentais seria decorrência da vedação de propostas tendentes a abolir direitos e garantia individuais (CF, art. 60, § 4º, IV)⁶²⁴.

Apesar de reconhecer um núcleo essencial a cada um dos direito fundamentais quanto às proibições de abolição e de imposição de restrições, Ingo Sarlet refuta a identificação da dignidade da pessoa humana com algum “controverso e mesmo ‘nebuloso’ “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, pois, nem todos os direitos fundamentais da Constituição de 1988 apresentariam um

⁶²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.162.

⁶²¹ *Ibid.* p. 140.

⁶²² *Ibid.* p. 159-160.

⁶²³ *Ibid.* p. 58.

⁶²⁴ *Ibid.* p. 61.

conteúdo em dignidade⁶²⁵, que deve ser o objeto da proteção constitucional, a respeito do qual somente exame de situação concreta pode “fornecer os elementos para uma solução constitucionalmente adequada”⁶²⁶.

No ponto, observa-se a crítica de Lenio Streck aos “procedimentos abstrato-classificatórios e lógico-subsuntivos”, como se palavras pudessem refletir uma essência das coisas e uma interpretação restrita acessar um “sentido (unívoco) ontológico (no sentido da metafísica clássica, em que o sujeito está ‘assujeitado às essências’ ...!)”⁶²⁷. A Constituição compreendida como o fundamento de todo o ordenamento jurídico se concretiza com os atos aplicativos, logo concretos, que envolvem “toda a historicidade e a facticidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/intérprete”⁶²⁸.

Stefano Rodotà também argumenta não haver sentido falar em um conteúdo essencial ou normal da propriedade, na hipótese da admissão da concepção concreta dos diversos estatutos proprietários⁶²⁹.

⁶²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 143.

⁶²⁶ *Ibid.* p. 149-150.

⁶²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 393.

⁶²⁸ *Ibid.* p. 394.

⁶²⁹ “La proprietà chiamata ad assolvere la funzione sociale non è la proprietà-diritto soggettivo, ossia in quanto diritto soggettivo, è la proprietà come istituto giuridico’. Per giungere a questa conclusione è necessario continuare a concepire i limiti esclusivamente al di fuori della situazione di proprietà: e ciò comporta, anzitutto, la posizione di un contenuto essenziale della proprietà, come a priori rispetto a modificazioni o limitazioni; in secondo luogo il riferimento al concetto di istituto, sul quale si possono avanzare varie riserve, per le incertezze a cui dà luogo e la duplicazione che introduce.

Il difetto generale di questa impostazione è stato indicato nella insufficiente considerazione della posizione del soggetto proprietario: ‘bastava che fossero individuati, nel diritto positivo, vincoli attinenti all’attività del proprietario, perché tale insufficienza risultasse immediatamente’. È la stessa unilateralità di visione che si ritrova tutte le volte che si parla di un contenuto essenziale o normale della proprietà, ricorrendo sia ad argomenti di stampo prettamente giusnaturalista, sia ad un uso antistorico delle categorie pandettistiche: che vengono adoperati in luogo dell’esame del diritto positivo, il quale, lungi dall’offrire qualche appiglio per una costruzione di quel genere, si limita a disporre la ‘forma’ prescelta come mezzo legale per attuare mutamenti nel regime di appartenenza dei beni.

Si osserva, poi, che, quando pure esistesse una qualche garanzia costituzionale dalla quale argomentare il riconoscimento di un contenuto essenziale della proprietà, questa garanzia finirebbe col non avere alcun senso, non esistendo con caratteri autonomi ed unitari un istituto della proprietà. Il che è riconosciuto, sia pure senza giungere a conclusioni comparabili a quelle del Pugliatti, da numerosi autori che dall’analisi del diritto positivo argomentano l’esistenza di molteplici statuti della proprietà, varianti secondo la natura del bene considerato. V’è da chiedersi se, di fronte ad una conclusione che, direttamente o no, comincia ad operare nelle coscienze dei giuristi, il concetto di istituto della proprietà, così come è attualmente adoperato, conservi ancora qualche utilità.”

RODOTÀ, Stefano. *Il Terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990, p. 241 – 243.

Na mesma direção, Gustavo Tepedino entende que a compatibilização da situação do proprietário com situações de não-proprietários, objetivada pela disciplina da propriedade constitucional, tem como resultado o “preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta” e não algum intangível “conteúdo mínimo da propriedade”⁶³⁰, cuja origem remonta à concepção abstrata da propriedade, que se pressupõe ultrapassada⁶³¹.

Em trabalho posterior, Gustavo Tepedino reiterou o seu posicionamento, nos seguintes termos:

Não mais se sustenta, assim, em face dos interesses coletivos e difusos destacados pelo legislador constitucional, a existência de um direito de propriedade com conteúdo mínimo intangível, vez que a função social constitui elemento interno do direito subjetivo do proprietário, o qual, por conseguinte, perde a tutela constitucional se exercido sem sua observância. Assim sendo, consiste a função social em título justificativo da propriedade, vale dizer, em critério que lhe confere legitimidade jurídica.⁶³²

Inserir-se aqui o princípio da segurança jurídica, apresentado por Gilmar Ferreira Mendes como um postulado da ordem constitucional do Estado de Direito, a exigir elementos ou cláusulas de transição nas situações em que a conformação de um dado estatuto jurídico acarrete mudanças radicais⁶³³.

Gilmar Ferreira Mendes informa que Pieroth e Schlink consideram como um critério de aferição do limite da conformação de um direito o rompimento com a tradição⁶³⁴ e, mais adiante, considera que a conformação-restrição de direitos deve levar em conta as “estruturas jurídicas preexistentes”⁶³⁵. O autor indica a relação da conformação legislativa do direito da propriedade com o atendimento do princípio da proporcionalidade, que a Corte Constitucional Alemã tem decidido com consideração das “peculiaridades do bem ou valor patrimonial objeto da proteção constitucional”, do “significado do bem para o proprietário”, da presença de “compensação financeira” em casos de restrições graves à “substância do direito” e da “utilização de disposições transitórias” como forma de atenuação dos impactos negativos⁶³⁶.

⁶³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, in *Temas de Direito Civil*. Tomo I, 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343 - 344.

⁶³¹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96.

⁶³² TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente, in *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 183 – 184.

⁶³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

⁶³⁴ *Ibid.* p. 34

⁶³⁵ *Ibid.* p. 194.

⁶³⁶ *Ibid.* p. 163-164.

Karl Engisch observa os atritos ente os princípios supremos da ordem jurídica, em especial, entre os princípios da justiça que requer uma grande “concretização”, com a consideração das “circunstâncias individuais da pessoa e da situação”, e o da segurança jurídica, que requer uma grande “abstração”, como se verifica na fixação dos limites de idade, dos prazos e das tarifas⁶³⁷. O referido conflito é exemplificado pelo autor com a sensação de injustiça que decorre de uma situação na qual se puna severamente a prática de atos indecorosos em relação a uma jovem precoce de treze anos, enquanto que o mesmo ato praticado com relação a uma jovem imatura de catorze anos fique impune – conclui que é a segurança jurídica que leva o legislador ao estabelecimento do rigoroso limite de idade⁶³⁸.

Na consideração da propriedade com a sua função social, a segurança jurídica não encontra uma fixação rigorosa de limites abstratos. Não há como dizer de antemão, antes de análise de situação concreta, quais os limites da faculdade de uso, gozo e disposição sobre algum imóvel. Envolvidos assim questionamentos sobre a conceituação e os limites destas faculdades, que também se conformam pela função social constitucional.

Enfim, a ideia de segurança jurídica, relacionada a um núcleo essencial do direito de propriedade, remete à sua busca nas situações concretas de conflitos de interesses. De se questionar também as possibilidades da aplicação do princípio da segurança jurídica para a defesa dos direitos difusos.

É aqui que se observa com Miguel Nogueira de Brito, que a garantia constitucional, incidente sobre o “instituto da propriedade” e também sobre “cada propriedade”, tem por objetivo primeiro assegurar a manutenção da propriedade nas mãos do proprietário⁶³⁹; garantir o “valor de uso dos concretos direitos da propriedade tal como eles existem na ordem jurídica”⁶⁴⁰. Somente quando não possível assegurar a permanência da propriedade nas mãos do proprietário para garantir o valor de uso que concretamente o proprietário esteja a lhe conferir, a norma constitucional relativa ao direito de propriedade poderia ser invocada como

⁶³⁷ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Baptista. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian. 2004, p. 319.

⁶³⁸ Ibid. 320.

⁶³⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p. 83 – 84.

⁶⁴⁰ Ibid. p. 88.

garantia do valor de troca, como ocorre nas hipóteses de restrições decorrentes da expropriação e da nacionalização.

Assim no âmbito da sua tarefa de determinação do conteúdo e limites da propriedade, o legislador está obrigado a preservar o valor de uso dos bens objecto da propriedade, nos termos em que eles são configurados num caso concreto, e só num caso de afectação de tais bens que reúna os pressupostos de uma expropriação ou nacionalização se pode falar numa garantia do valor de troca.

A combinação, nos termos expostos, dos vários planos em que se estrutura a garantia individual da propriedade tem como consequência a possibilidade de ocorrer uma diminuição do valor de troca, ou de mercado, de um bem objecto de propriedade sem que seja afectado o âmbito de protecção jurídico-constitucional deste último⁶⁴¹.

Se a garantia constitucional da propriedade tem o objetivo primário de garantir a manutenção do valor de uso concreto do imóvel, a mera declaração do seu valor histórico, decorrente de características antecedentes que imponham a sua conservação para atendimento da função social, que não altera a utilização concreta, efetiva e atual dada ao bem, não deve gerar direito à indenização. É neste sentido que se cita também o entendimento de Edimur Ferreira de Faria, que considera que o ato administrativo que não acarreta modificação em uma situação concreta e atual de utilização de um imóvel não deve gerar qualquer compensação econômica ao proprietário⁶⁴².

É de se considerar que, ao lado das obrigações específicas que o direito de propriedade de algum bem integrante do patrimônio cultural brasileiro acarreta, os respectivos proprietários também ficam com a possibilidade de auferirem benefícios de tal condição. Assim, é real que, ao invés de um decurso do valor de mercado, em

⁶⁴¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p. 88.

⁶⁴² “Os defensores da indenização em virtude do tombamento sustentam que, impedido de operar transformações na estrutura do bem tombado, seu proprietário perde a faculdade de transformar, por exemplo, uma casa de residência unifamiliar em um edifício com diversos apartamentos ou salas comerciais. Deixando de fazer esta operação ou impedido de vender o bem para essa finalidade, o proprietário estaria perdendo dinheiro ou tendo o seu patrimônio reduzido. Essa perda se resolveria com a indenização. Ora, essa possibilidade de um bem vir a ser transformado em outro ou de ser vendido para finalidade econômica mais vantajosa que a atual não pode ter a proteção jurídica para efeitos indenizatórios.

O Estado quando intervém numa propriedade, terá de levar em consideração, para indenizar ou não, a situação atual e concreta. O que está fora da realidade jurídica não pode ser objeto de apreciação para a reparação indenizatória. Assim, o tombamento de um teatro, por exemplo, afeta o bem naquela realidade e não a que o teatro poderia vir a ser, no futuro. A casa continuará funcionando, sem qualquer restrição. O único ônus para o proprietário, nessa hipótese, seria o de manter o prédio conservado. Não há, como se vê, dano. A casa continuará funcionando como sempre funcionou”.

FARIA, Edimur Ferreira de. O tombamento e seus reflexos. In: DIAS, Maria Teresa Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (coord.). *Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 85.

diversas situações, o mero reconhecimento do aspecto cultural de algum bem pode representar um aumento do seu valor de troca, sem que se cogite, nesta hipótese, da necessidade de o proprietário indenizar a comunidade, tão-somente por isto.

Em outros termos, entende-se que especulações e expectativas não estão abrangidas pela garantia constitucional da propriedade privada, pois não teriam qualquer conteúdo em dignidade humana, e, portanto, não seriam compensáveis.

A ideia de um direito fundamental do proprietário à manutenção do valor de mercado da sua propriedade (do valor de troca), como uma emanção do princípio da isonomia ou até da confiança, soa incoerente no contexto de uma sociedade tão desigual como a brasileira, na medida em que serve mais a manter a situação de desigualdade vigente, do que promover o objetivo fundamental de reduzir as desigualdades sociais.

É no contexto que se põe a crítica de Daniel Gaio ao Acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 220.983/SP, Relator Ministro José Delgado, que concedeu ao proprietário de uma residência com características de patrimônio histórico e tombada pelo Poder Público Estadual uma indenização com base no valor de mercado de terreno não edificado na mesma região, como uma “indevida substituição da garantia constitucional do conteúdo essencial (mínimo) pelo conteúdo pleno (máximo) de um direito”⁶⁴³.

Entretanto, sem prejuízo do raciocínio e considerando a dinâmica social, é possível imaginar situações excepcionais, nas quais o proprietário possa fazer jus a compensações em razão da conformação do direito de propriedade pela sua função social, como no caso de limitações ao uso concretamente exercido sobre o imóvel (desde que a utilização até então exercida se revista de legitimidade) e de obrigações inesperadas, impostas pela necessidade da conservação dos valores culturais (por ex.: danos sobre o bem decorrentes de caso fortuito ou de força maior e que imponham ao proprietário despesas extraordinárias com a recuperação do bem, para a salvaguarda do valor cultural, de titularidade difusa da comunidade).

Assim é que Miguel Nogueira de Brito admite também que, para superar hipóteses nas quais a determinação normativa do conteúdo e dos limites da propriedade contrariem os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da

⁶⁴³ GAIO, Daniel. Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 93.

igualdade, seja ressalvada a possibilidade de “deveres de compensação, de forma a suavizar encargos excessivos estabelecidos sobre o proprietário”⁶⁴⁴.

Um exemplo ajudará a compreender os termos do problema. Imagine-se uma norma que imponha ao editor o dever de fornecer gratuitamente a uma biblioteca pública um exemplar de cada obra impressa, no caso de uma impressão de reduzida tiragem envolvendo grandes despesas. Não obstante esteja em causa a obrigação de entrega de um único exemplar em cada edição, não se pode falar de uma expropriação, uma vez que a norma não concede qualquer poder à Administração para, através de um acto individual, lançar mão de um objeto de propriedade necessário à prossecução de um determinado fim. Pelo contrário, a norma prevê, em termos gerais e abstractos, uma obrigação de prestação de uma coisa (a entrega de um exemplar de cada edição de um livro) e, nessa medida, integra o direito objectivo, ao determinar o conteúdo da propriedade da obra editada enquanto universalidade de todos os exemplares que a compõem. Ao mesmo tempo, a ponderação entre a intensidade da imposição legislativa e o peso da sua justificação, o interesse cultural da colectividade, em especial o interesse das gerações futuras no conhecimento da produção cultural de cada época, tem como resultado que, tratando-se de obras com elevados custos de impressão e tiragens reduzidas, a obrigação de entrega de um exemplar ultrapassa os limites impostos pela proporcionalidade e razoabilidade à fixação do conteúdo da propriedade do editor. Assim, a norma em causa violaria o princípio da igualdade que deve ser tomado em consideração na fixação do conteúdo e limites da propriedade. Um dever geral de entrega com exclusão de compensação conduz, na sua aplicação concreta e considerando a diversidade da actividade editorial, a intervenções na propriedade de intensidade consideravelmente diversa. Uma tal diversidade de efeitos deve também ser tomada em consideração no âmbito de medidas legislativas adoptadas nos termos do citado artigo da Constituição.⁶⁴⁵

O dever de compensação se apresenta, assim, de forma excepcional, como medida asseguradora da adequação constitucional da conformação do direito de propriedade, em consonância com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade⁶⁴⁶.

Como conclusão, observa-se que a chave para a questão de eventuais compensações pelo Estado ao proprietário de imóvel reconhecido como portador de valor cultural parece estar na garantia do mínimo essencial como um valor patrimonial (sem o qual o direito de propriedade se descaracterizaria como tal), correspondente ao valor de uso que concreta e efetivamente o proprietário esteja a conferir ao seu bem.

⁶⁴⁴ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p. 103.

⁶⁴⁵ *Ibid.* p. 104 – 105.

⁶⁴⁶ *Ibid.* p. 105.

CONCLUSÃO

O direito a uma identidade cultural, com a valorização do ser humano e das suas produções comunitárias, possui relação direta com a ideia da dignidade humana e integra o núcleo dos direitos fundamentais.

Define-se o bem como cultural em razão de suas próprias características simbólicas e não porque o Poder Público assim o declarou. Não é o Poder Público que confere as características de patrimônio cultural.

O valor cultural é característica que determinado bem possui em razão de sua especial relevância para uma comunidade, que tem legítimo interesse na sua preservação.

Compete ao Poder Público promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, com a colaboração da comunidade que, no contexto do Estado Democrático de Direito, se consubstancia como o direito de ampla participação na formação de um patrimônio cultural comum.

O reconhecimento de um bem cultural configura o preenchimento de um conceito jurídico indeterminado normativo, de acordo com elementos indicativos extraíveis diretamente do artigo 216 da Constituição Federal: referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Trata-se de um procedimento integrativo objetivo para a concretização de enunciado constitucional referente ao cumprimento de uma função social conformadora do conteúdo do direito da propriedade, uma questão de direito (*quaestio iuris*), em princípio, passível de amplo controle.

Cada comunidade municipal, com as suas peculiaridades e particularidades históricas, constitui um grupo formador da sociedade brasileira. Não há como imaginar a existência de alguma comunidade municipal que não possua os seus bens referenciais, indicativos das suas singularidades culturais e da sua consolidação como uma unidade história específica.

Os bens culturais representativos das comunidades locais e regionais integram o patrimônio cultural brasileiro como representações de grupos formadores da sociedade brasileira.

O princípio da subsidiariedade realça a competência municipal para o trato do patrimônio cultural imobiliário e reclama a atuação dos demais entes da Federação

para suprir eventuais deficiências do Poder Público local. Diante da omissão de um, impõe-se a atuação dos demais Entes da Federação para o cumprimento da Constituição. No contexto, não há bem cultural local que seja irrelevante para a esfera federal.

O § 1º artigo 216 da Constituição estabeleceu um sistema normativo para a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, com um rol básico e exemplificativo de instrumentos jurídico-processuais a serem manejados conforme os parâmetros do Estado Democrático de Direito: total transparência, participação popular, motivação e consequentes controles.

Os bens culturais submetem-se a um estatuto dominial específico.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão legal expressa de indenização em razão da vinculação constitucional da propriedade ao cumprimento da sua função social de preservação de valor cultural, salvo na hipótese especial da desapropriação, na qual a propriedade como um todo é retirada de seu titular com a sua substituição por um equivalente monetário.

A coexistência do direito da propriedade com a sua função social exige a compatibilização entre o interesse individual do proprietário e o interesse difuso da coletividade, sem que um dos aspectos chegue ao ponto de eliminar o outro. Não há como dizer de antemão, antes de análise de situação concreta, quais os limites da faculdade de uso, gozo e disposição sobre algum imóvel.

O conteúdo mínimo ou núcleo essencial do direito de propriedade deve refletir algum valor econômico ou patrimonial.

A equiparação da garantia constitucional da propriedade ao valor de mercado serviria mais a manter a situação de desigualdade vigente, do que promover o objetivo fundamental de reduzir as desigualdades sociais.

As conformações e as limitações ao direito de propriedade para o atendimento da sua função social constitucional, que acarretam redução no valor de mercado de um bem, têm ocorrido independentemente de indenização ao proprietário. O conteúdo mínimo da propriedade constitucionalmente garantido não corresponde ao valor de mercado ou de troca do bem.

Em princípio, especulações e expectativas não estão abrangidas pela garantia constitucional da propriedade privada, pois não têm qualquer conteúdo em dignidade humana.

Se o valor de mercado ou de troca do bem não é o objeto da garantia constitucional da propriedade imobiliária, como o seu núcleo essencial, esta garantia deve ser buscada no valor do uso que o proprietário concretamente confere ao seu bem.

O dever de conservar o bem cultural, como cumprimento de uma função social, que não importe qualquer alteração em seu uso concreto, efetivo e atual, ainda que acompanhado de uma redução no seu valor de mercado, em princípio, não afeta o valor de uso e não deve gerar qualquer compensação financeira ao proprietário.

Excepcionalmente, o proprietário pode fazer jus a compensações em razão da conformação do seu direito de propriedade pela função social, como nas hipóteses de limitações ao uso concretamente exercido sobre o imóvel (desde que a utilização até então exercida se revista de legitimidade) e de obrigações inesperadas para a conservação dos valores culturais (por ex.: danos sobre o bem decorrentes de caso fortuito ou de força maior e que imponham ao proprietário despesas extraordinárias com a recuperação do bem, para a salvaguarda do valor cultural, de titularidade difusa da comunidade).

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. Democracia – Estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro. In: TRATADO de Direito Político. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo II.

_____; GONÇALVES Júnior, Jerson Carneiro; KISA, Alexandre. *Direito Urbanístico e Ambiental Constitucional. A valorização das Cidades e dos cidadãos e do dever constitucional de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALEXANDRINO, José de Melo. O Conceito de Bem Cultural. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011. p. 223-244.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, p. 29-57, abr./jun. 2002.

ARAÚJO, Bárbara Almeida de. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Juliano de Barros. Licenciamento Ambiental e Proteção ao Patrimônio Cultural. In: TINÓCO, Lívia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (Org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004. p. 103-108.

ARAÚJO, Mariana de Cássia. A reparabilidade do dano moral transindividual. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, v. 57, n. 378, p. 77-112, abr. 2009.

ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio – Titularidade e direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. Direito à diversidade cultural na sociedade da informação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 38-55, abr./jun. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. *Papeis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. Disponível em: <

<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf> >. Acesso em: 12 maio 2014.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.

BERNARDES, Márcia Nina. *Amicus curiae: Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil – Caso 11.552*. In: DIREITOS humanos: *Justiça, Verdade e Memória*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012. p.489-522.

BOECHAT, Ricardo. Cultura: som sublime. *Isto é*, ano 32, n. 2089, p. 34, 25 nov. 2009.

BONIZZATO, Luigi. *O advento do Estatuto da Cidade e consequências fáticas em âmbito da propriedade, vizinhança e sociedade participativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais*. Curitiba: Juruá, 2007.

BREYNER, Frederico Menezes. Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 22, n. 139, p. 125-144, jan./fev. 2008.

BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 43-77.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-42.

_____. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASCUDO, Luís da Câmara. *Dicionário do folclore brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Global, 2012.

- CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais: o Tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão Cavalcanti. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 3. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Perspectivas contemporâneas do patrimônio cultural: paisagem urbana e tombamento. . In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 129-148.
- CHAGAS, Maurício. Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 13-19.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CORREIA, Arícia Fernandes. *Por uma releitura dos princípios da legalidade administrativa e da reserva de administração*. Rio de Janeiro. 2008. 347 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
- COSTA, Igor Sporch da. A defesa do patrimônio cultural imobiliário: um ensaio acerca dos óbices e limites dos instrumentos jusurbanísticos de preservação. In: AIETA, Vânia Siciliano (coord.). *Cadernos de direito da cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia: Série I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 111-158.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989.
- CORREIO BRAZILIENSE. Paraitinga: São Paulo pode ter perdido maior conjunto de edificações do século 19. Brasília, 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://correio braziliense.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2010.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do poder público. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 13, n. 51, p. 185-192, jul./set. 2008.
- _____. Crimes contra o ordenamento urbano e o Patrimônio Cultural – alguns aspectos. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 31-44.

CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, v. 2, n. 9, p. 189-195, out./dez. 2003.

DAUDA, Carol L. Democracy and decentralisation: Local politics, marginalisation and political accountability in Uganda and South Africa. *Public Administration and Development*. vol. 26, John Wiley & Sons Ltd., October 2006.

DIAS, Edna Cardozo. Patrimônio cultural. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, v. 2, n. 12, p. 1212-1216, nov./dez. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ELIZABETH, Grace. Sociedade Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 45-56.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: MACHADO, J. Batipsta. 9. ed., Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6. ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.- Civitas, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atual: BINENBOJM, Gustavo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARIA, Edimur Ferreira de, O tombamento e seus reflexos, In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (coord.) *Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 53-91.

FERNANDES; Edésio; ALFOSIN, Betânia. Revisitando o instituto do tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15-21.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO, Tiago Alves de. Políticas públicas de proteção ao patrimônio cultural – algumas considerações. In: AIETA, Vânia Siciliano (coord.). *Cadernos de Direito da Cidade. Estudos em homenagem à Professora Maria Garcia. Série II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 249-283.

FOX, Jonathan. The difficult transition from clientelismo to citizenship. Lessons from Mexico. *World Politics*. vol. 46, n. 2, Cambridge University Press, jan. 1994.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da competência constitucional administrativa*. Curitiba: Genesis, 1995.

FREITAS, José Carlos de. A ação civil pública, a ordem urbanística e o Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 257- 268.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FURCK, Christiane Hessler. Conceito legal indeterminado: a função social do contrato e a função criadora do juiz. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 9, n. 34, p. 85-104, abr./jun. 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAIO, Daniel. Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-98.

GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro. *O cidadão Legislador: iniciativa popular de emenda constitucional no Estado democrático de Direito*. 2012. 385 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUIMARÃES, Nathália Arruda. O tombamento de bens imóveis: apontamentos sobre o sentido e os valores do tombamento de bens imóveis na atualidade e a proteção do entorno via legislação especial e urbanística: uma abordagem comparada da legislação brasileira e da portuguesa. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 195-220.

HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado Constitucional*. Trad: MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 2. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2012.

HAROUEL, Jean-Louis. *História do Urbanismo*. Trad.: SALGADO, Ivone. Campinas – SP: Papirus, 1990.

HARTMANN, Analúcia. A ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (org.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 403-416.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Inventário Nacional de Bens Imóveis: Sítios Urbanos Tombados: Manual de Preenchimento*. Versão 2001. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2006.

INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL - INEPAC. Projeto de *Inventário de Bens Culturais Imóveis - Caminhos Singulares do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.inepac.rj.gov.br>>. Acesso em: 06 de nov. 2009
JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. In: _____. *Problemas de direito público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 240-255.

_____. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A fruição dos bens culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 317-333.

LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores Lenz. Ação civil pública. Tombamento de bens de valor histórico e cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 12, n. 47, p. 191-196, jul./set. 2007.

LEONEL, Thais. O patrimônio cultural imaterial como bem ambiental. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 29-37, jan./mar. 2005.

LINS, Ana Paula Mota de Bitencourt da Costa. A transferência do direito de construir e a sua interface na conservação do patrimônio cultural edificado da cidade de Curitiba. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 251-265.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). *Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-15.

LUFT, Rosangela Marina. *Políticas públicas urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

_____. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Trad: MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O pacto federal – descentralização e democracia. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 13-21.

MAGALHÃES, Thiago Faria de Godoy. A importância do conceito jurídico indeterminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Esmape*. Recife, v. 12, n. 25 t. 1, p. 369-385, jan./jun. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge University Press, 1999.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 99-127.

_____. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Inquérito civil e ação civil pública na tutela do patrimônio cultural. In: TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 121-137.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATEUS, Eliane Dias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 13, n. 49, p. 101-118, jan./mar. 2008.

MATTOS, Liana Portilho. *Nova ordem jurídico-urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad.: HECK, Luiz Afonso. Barueri-SP: Manole, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. Parâmetros de controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 79-89.

MEIRA, Ana Lúcia Goelzer. *O passado no futuro da cidade: políticas públicas e participação dos cidadãos na preservação do patrimônio cultural de Porto Alegre*. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. Atual: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito de construir*. 6. ed., Atual: AZEVEDO, Eurico de Andrade; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. 1: introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EBD)*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 157-181.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 14, n. 54, p. 229-253, abr./jun. 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 4, n. 15, p. 161-189, jul./set. 2008.

_____. A desnecessidade do ato de tombamento para a preservação de bem dotado de valor cultural. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 9, p. 412-416, jul./dez. 2007.

_____; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. 1: parte geral. 39. ed. rev. atual: PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 417-432.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 61-72.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense. 4. ed., 2001.

MOTA, Mauricio. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. In: *Questões de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 553-596.

MOURAD, Laila Nazem; BALTRUSIS, Nelson. Lutas pela conquista do direito à moradia no Centro Histórico de Salvador. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 267-283.

MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, v. 2, n. 12, p. 1196-1216, nov./dez. 2003.

_____. *Direito urbano e ambiental*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOGUEIRA, José Duarte. A protecção do Patrimônio Cultural no Século XXI. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 43-61.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie*. Trad.: CASTRO, Susana de. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. *Revista CEJ*. Brasília, v. 11, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-191.
PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 75-88.

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

_____. Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 37-49.

- RAIMUNDO, Miguel Assis. O Contencioso da Cultura. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (org.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2011, p. 373-412.
- RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob. The power of information: Evidence from a Newspaper Campaign to Reduce Capture. *Policy Research Working Papers*. World Bank Group, March 2004.
- REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- RICHTER, Rui Arno. Omissão do Poder Público na gestão do Patrimônio Cultural. In: TINÓCO, Livia Nascimento; ANDRADE, Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de (org.). *O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura – ICBC, 2004, p. 65-93.
- ROCCO, Rogério. *Estudo de impacto de vizinhança: instrumento de garantia do direito às cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro e ação civil pública, Estatuto da Cidade. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 269 - 295.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 6, n. 21, p. 174-191, jan./mar. 2001.
- SANTOS, Angela Moulin S. Penalva. *Município, descentralização e território*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direitos Difusos*. v. 4, n. 18, p. 2475-2485, mar./abr. 2003.
- SANTOS, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHELLING, Vivian. *A presença do povo na cultura brasileira: ensaio sobre o pensamento de Mário de Andrade e Paulo Freire*. Trad.: CAROTTI, Frederico. Campinas: Unicamp, 1990.

SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. Barcelona: El Viejo Topo, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 42, p. 43-56, abr./jun. 2007.

_____. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 163-173.

SPHAN. *Boletim do SPHAN*, nº 31, jun./ago. 1984, p. 27, Disponível em: <http://docvirt.no-ip.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=bol_sphan&pagfis=798&pesq=&esrc=s>. Acesso em: 16 abr. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1, n. 3, jul./set. 2000, p. 126 – 156.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 321-349.

_____. A função social da propriedade e o meio ambiente, in *Temas de Direito Civil*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 175-199.

_____; SCHREIBER, Anderson. Função social e legalidade constitucional – Anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul (A.I. 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, vol. 16, p. 41 – 57, jan/jul. 2000.

TOLEDO, Carlos José Teixeira de. A proteção do patrimônio cultural e suas repercussões econômicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. v. 59/60, p. 191-206, jan./dez. 2004.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse – Um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VARELA, Laura Beck. LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 763-788.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad.: GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 843-861.