

O PATRIMÔNIO CULTURAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: uma análise à luz da Constituição Federal de 1988.

Hugo Pereira Matos¹

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo a análise do direito fundamental ao patrimônio cultural sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Tem-se como objetivo central o exame dos meios de acautelamento desses bens e o estudo acerca dos institutos que atribuem competências e responsabilidades aos entes federados. Para tanto, adotou-se como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica, buscando assim, exprimir a relevância do assunto face a eminente necessidade de preservação dos bens de cunho histórico-cultural que perpetuam a memória pátria.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos fundamentais. Patrimônio cultural. Acautelamento.

CULTURAL HERITAGE AS A FUNDAMENTAL RIGHT: a n analysis in light of the Brazilian Federal Constitution of 1988.

ABSTRACT: The present work aims at the analysis of the fundamental right to cultural heritage from the perspective of the Federal Constitution of 1988. Thus, the central objective is to review the means of caution of these assets, as well as the analysis of institutes that attribute competences and responsibilities to federal entities. To this end, the methodology was adopted as a bibliographic review, thus seeking to express the importance of the subject in the face of the eminent need for preservation of historical-cultural goods, that perpetuate the homeland memory.

Keywords: Constitutional law. Fundamental rights. Cultural heritage. Caution.

INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural de um país é constituído pelo conjunto de bens materiais e imateriais que fazem referência à história e aos costumes dos diversos grupos que ao longo do tempo foram construindo a identidade nacional.

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (2018); Pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); E-mail: hugopmatos@gmail.com.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo central a análise do direito fundamental ao patrimônio cultural, observando a evolução legislativa acerca da matéria, assim como, o seu processo de consolidação no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação Constituição Federal de 1988, que adotou medidas mais efetivas na distribuição de competências e na atribuição de responsabilidades aos entes federados e à sociedade como um todo.

Por conseguinte, será estudado no primeiro capítulo, a proteção ao patrimônio cultural no constitucionalismo brasileiro, analisando desde as primeiras manifestações de acautelamento, perpassando pela Carta de 1937, até o atual cenário inaugurado pela Constituição de 1988.

Em seguida, ainda estudando os institutos da Constituição de 1988, analisa-se a competência e a responsabilidade dos entes federados na preservação do patrimônio cultural, destacando a competência comum dos mesmos, que devem atuar em cooperação face a transcendência do direito em questão.

Por último, se dedica ao estudo do patrimônio cultural enquanto direito fundamental de terceira geração, mediante a sua relevância e o incontestável fato de que o acautelamento desses bens é de interesse da coletividade como um todo, tratando-se de um direito difuso, à medida que a preservação possibilita a perpetuação desses bens, permitindo assim, que as gerações futuras possam ter acesso ao espólio cultural material e imaterial pátrio.

1. CULTURA E DIREITOS CULTURAIS

Cultura é um termo de múltiplas acepções, porém cabe a esse estudo explorar o sentido antropológico da palavra, que de acordo com o dicionário Michaelis, trata-se do “conjunto de conhecimentos, costumes, crenças, padrões de comportamento, adquiridos e transmitidos socialmente, que caracterizam um grupo social”.²

Segundo o antropólogo britânico Edward Tylor, “a cultura é todo aquele complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, a lei, os costumes e todos os outros

² CULTURA. In: MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/CULTURA/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

hábitos e capacidades adquiridos pelo homem como membro da sociedade” (tradução nossa).³

Já os direitos culturais, de acordo com Patrice Meyer-Bisch:

Podem ser definidos como os direitos de uma pessoa, sozinha ou coletivamente, de exercer livremente atividades culturais para vivenciar seu processo nunca acabado de identificação, o que implica o direito de acender aos recursos necessários para isso. (...) São os direitos que autorizam cada pessoa, sozinha ou coletivamente, a desenvolver a criação de suas capacidades. Eles permitem a cada um alimentar-se da cultura como a primeira riqueza social; eles constituem a substância da comunicação, seja com o outro ou consigo mesmo, por meio das obras (MEYER-BISCH, 2011, p.42).

Nesse mesmo sentido, Cunha Filho entende que os direitos culturais são aqueles ligados às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram aos seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre a dignidade da pessoa humana.⁴

O constitucionalista José Afonso da Silva entende que há uma distinção entre direito à cultura e direitos da cultura. O primeiro estaria relacionado a uma prestação do Estado por meio de ações positivas, fazendo referência às políticas de acesso aos programas que a promove, já o segundo, se refere à cultura como um arcabouço normativo que constitui um ramo do Direito.⁵

No plano internacional a tutela à cultura e aos direitos culturais se deu de forma inédita com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que trouxe expressamente a importância do acesso à cultura e aos meios de manifestação cultural pelos indivíduos:

Artigo XXII – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais

³ TYLOR, Edward Burnett. Primitive culture : researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art, and custom. Robarts, University of Toronto: 1920. p.23.

⁴ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 45-50.

⁵ SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 50.

indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

(...)

Artigo XXVII – 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

O advento da supracitada Declaração, despertou em muitos países não somente a necessidade de reconhecimento desse patrimônio, como também a viabilização de meios para acesso à cultura. O que aumentou significativamente os ordenamentos jurídicos que passaram a disciplinar mecanismos de acautelamento.

Nesse sentido, Teixeira Coelho faz referência ao forte apelo de participação dos indivíduos na vida cultural:

Este, em sua essência resumida, é o principal direito cultural: participar da vida cultural. A ele juntam-se outros dois que formam o trio mínimo que foi possível formular de modo que um grande número de países, embora não todos, subscrevessem a Declaração: o direito de participar das conquistas científicas e tecnológicas e o direito moral e material à propriedade intelectual. Participar das conquistas científicas significa, por exemplo, usufruir dos benefícios das pesquisas com as células-tronco, algo não reconhecido nos Estados Unidos durante o governo de George W. Bush por motivos religiosos. Participar das conquistas tecnológicas significa, por exemplo, usufruir livremente dos benefícios da televisão aberta, a cabo, por satélite, da telefonia móvel e da internet. E, no entanto, quantos países querem controlar e, efetivamente, restringem esse direito? A liberdade de informação e a liberdade cultural em seu sentido mais amplo tornaram-se a principal garantia e os principais adversários do totalitarismo, da opressão, da ignorância e da corrupção – muito mais até do que a força bruta e os tribunais legais – e isso é algo que inúmeros governos do norte e do sul não admitem (COELHO, 2011, p.8).

O Brasil antes mesmo desse marco histórico, já havia manifestado preocupação com o seu patrimônio cultural e histórico através da Carta de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, que previu a nível constitucional o dever de proteção aos bens históricos, artísticos e naturais.

Porém, somente com a Constituição de 1988, houve uma maior constitucionalização do assunto, à medida que, surge ineditamente no ordenamento jurídico brasileiro o termo “direitos culturais”, além da previsão do incentivo, valorização e difusão das manifestações do povo brasileiro. *Ipsis litteris*:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (BRASIL, 1988).

O Estado passou a ser agente promotor da cultura e dos meios para difusão e acesso dos brasileiros às múltiplas manifestações culturais, dando a devida importância a todos os componentes do processo civilizatório nacional.

2. A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A preocupação da humanidade em acautelar o seu patrimônio cultural é muito antiga, consoante que, a busca por essa preservação garante que as gerações futuras possam ter acesso ao arcabouço material e imaterial construído por sua ancestralidade.

Segundo o historiador Antonio Rosa Mendes:

Patrimônio é noção de teor econômico e jurídico que designa um conjunto de bens e de direitos e obrigações avaliáveis em dinheiro. Esta apreciação pecuniária não é adequada para o âmbito cultural, porém importa reter daquela noção dois aspectos: primeiro, o de valor, de riqueza, quase de tesouro; segundo, o de conjunto, um complexo cuja relevância vai para além das coisas que, uma por umas consideradas, o integram. Patrimônio, em qualquer acepção, é um todo, um continente que sobreleva o variado e variável conteúdo concreto que o preenche, uma universalidade posta ao serviço de um mesmo fim (MENDES, 2012, p. 11).

As manifestações das quais ainda se tem vestígios datam da pré-história, atestadas por meio dos muitos sítios arqueológicos distribuídos pelo país, onde pode-se constatar pinturas rupestres milenares que retratam em sua grande maioria, figuras animais e cenas cotidianas.

A formação do povo brasileiro por meio da miscigenação, revela também uma das principais características da multiplicidade do patrimônio cultural material e imaterial pátrio, que é a diversidade.

Nesse sentido, Gilberto Freyre em sua obra *Casa Grande e Senzala* sintetiza o processo de miscigenação e as suas consequências sociais:

A miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que de outro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa-grande e a senzala. O que a monocultura latifundiária e escravocrata realizou no sentido de aristocratização, extremando a sociedade brasileira em senhores e escravos, com uma rala e insignificante lambujem de gente livre sanduichada entre os extremos antagônicos, foi em grande parte contrariado pelos efeitos sociais da miscigenação. A índia e a negra-mina a princípio, depois a mulata, a cabrocha, a quadrarona, a oitavona, tornando-se caseiras, concubinas e até esposas legítimas dos senhores brancos, agiram poderosamente no sentido de democratização social no Brasil. Entre os filhos mestiços, legítimos e mesmo ilegítimos, havidos delas pelos senhores brancos, subdividiu-se parte considerável das grandes propriedades, quebrando-se assim a força das sesmarias feudais e dos latifúndios do tamanho de reinos. (FREYRE, 1938, p. 13).

Índio, negro e branco, por meio dos seus costumes e das suas construções foram os precursores do *modus vivendi* que caracteriza o povo brasileiro, assim como, os responsáveis pela construção do patrimônio histórico aqui existente.

A tutela ao patrimônio cultural no Brasil, teve as suas primeiras manifestações ainda que muito modestas, a partir do século XVIII. Uma dessas manifestações ocorreu em 1742, através de uma carta redigida pelo então Vice-Rei do Brasil, André de Melo e Castro, determinando a suspensão de uma obra no Palácio das Duas Torres construído por Maurício de Nassau, em Recife-PE.⁶

Entretanto, as primeiras medidas de acautelamento só tiveram advento na legislação em 1933, com a edição do Decreto nº 22.928 pelo então presidente Getúlio Vargas, que enalteceu o dever do Estado na defesa do patrimônio artístico, garantindo a defesa e conservação das construções históricas existentes na cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais, prevendo inclusive, estabelecimento de acordos entre as autoridades eclesiásticas, o Estado e o Município, com vistas a obtenção de tal objetivo (BRASIL, 1933).⁷

⁶ MIRANDA, Marcos Paulo Souza. Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro, Doutrina Jurisprudência-Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

⁷ Art. 3º Os monumentos de arte religiosa, mediante acórdos que forem firmados entre as autoridades eclesiásticas e o governo do Estado de Minas e a Municipalidade de Ouro Preto, poderão ser por estes mantidos em estado de conservação e assim incorporados ao patrimonio artistico e historico do Monumento Nacional erigido pelo presente decreto.

Tal tutela, surge no constitucionalismo brasileiro com a Carta de 1937, que institucionalizou no contexto nacional a proteção ao arcabouço histórico, artístico e natural, estabelecendo a cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, para garantia da mesma.⁸

Ainda em 1937, houve a edição do Decreto-Lei nº 25, responsável pela organização da proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, delimitando a sua importância, face a remissão aos marcos que compuseram a história do Brasil, destacando o seu valor para toda a sociedade, cabendo o empenho e o interesse público para a sua conservação. *Ipsis litteris*:

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

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

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana (BRASIL, 1937).

O Decreto-Lei em questão, também foi responsável por introduzir na legislação pátria o instituto do tombamento de bens de valor histórico e cultural, pertencentes aos entes federados⁹, ou até mesmo a pessoas naturais ou jurídicas¹⁰ detentoras desses bens, que a partir de tal ato passa a constituir o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, gozando de restrições e proteção especial.

As Constituições subsequentes mantiveram o instituto como uma forma de assegurar que tais patrimônios continuassem a gozar de proteção constitucional, face os

⁸ Art.134. Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

⁹Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

¹⁰Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

avanços industriais e capitalistas típicos do Brasil do século XIX, onde o patrimonialismo representava uma forte ameaça ao espólio de bens históricos, artísticos e naturais pertencentes à nação brasileira.

Nada obstante, a consolidação se deu com a Constituição de 1988 que foi responsável pela modificação do conceito anteriormente concebido de bens pertencentes ao patrimônio cultural, traçando um novo panorama, face a evidência do direito que todo cidadão dispõe de fruir de tal patrimônio devidamente íntegro e conservado.

2.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 (CF/88) E A TUTELA AO PATRIMÔNIO CULTURAL

A promulgação da Constituição de 1988 representou um grande avanço legislativo no tange a matéria em análise, consoante que, instituiu sob uma nova ótica as diretrizes acerca da conservação e manutenção do patrimônio cultural, aduzindo as competências e responsabilidades dos entes federados e da sociedade em geral, numa cooperação em prol da perpetuação desses bens materiais ou imateriais.

O art. 216 da CF/88, trata-se do núcleo central de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, desenvolvendo o seu conceito e um rol que lista os bens que constituem o mesmo, fazendo referência àqueles inerentes aos grupos formadores da sociedade brasileira.

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 (BRASIL, 1988).

É importante destacar a ênfase que o novo modelo constitucional deu à atuação do Poder Público em colaboração com a comunidade, demonstrando a transcendência do

assunto, instigando o interesse da sociedade em geral e evidenciando a importância de uma participação mais ativa por parte dos seus agentes.

A CF/88 também trouxe previsão expressa de tutela ao patrimônio histórico das comunidades quilombolas e indígenas, tutelando-as por meio do tombamento dos seus documentos e sítios, afirmando a importância da sua contribuição para o contexto sociocultural brasileiro.

Como meio de incentivo à promoção cultural, a CF/88, no art. 216, §6º, prevê a faculdade dos Estados e Distrito Federal, destinarem até cinco décimos por cento da sua receita tributária líquida para o fomento de programas e projetos culturais, demonstrando a preocupação do legislador em levar ao conhecimento da sociedade em geral o espólio cultural do qual dispõe, instigando também o interesse pela sua preservação (BRASIL, 1988).

Além do tombamento, previsto na legislação desde a Carta de 1937, a CF/88 trouxe outros meios de acautelamento do patrimônio cultural, que podem ser promovidos por meio de inventários, registros, vigilância e até mesmo pela desapropriação desde que seja necessária para a prevalência do bem em questão.

3. COMPETÊNCIAS E RESPONSABILIDADES DOS ENTES FEDERADOS NA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A CF/88, em seu art. 23, III e IV, destaca a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no que tange à tutela do arcabouço histórico, artístico e cultural, assim como, o dever de impedir a depredação dos mesmos, coibindo práticas de evasão, destruição e descaracterização (BRASIL, 1988).¹¹

No que tange à competência para legislar sobre a matéria, o art. 24, VII e VIII, prevê que a União, os Estados, e o Distrito Federal possuem competência concorrente para versar sobre meios de proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, bem como, sobre a responsabilização por dano a esses bens (BRASIL, 1988).

¹¹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)

III- proteger os documentos, as obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

IV- impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

Dessa forma, a União possui a incumbência de estabelecer normas gerais acerca do assunto, não excetuando a competência suplementar do Estados e Distrito Federal para legislar sobre temas específicos. Podendo estes também, exercer sua capacidade legislativa plena caso a União não tenha disciplinado as normas gerais acerca da matéria por meio de lei federal.

No que tange aos Municípios, a CF/88 estabelece no art. 30 a sua competência incumbindo-os da promoção e proteção do patrimônio histórico-cultural no âmbito do seu território, cabendo a estes observar a legislação e a ação fiscalizadora federal (BRASIL, 1988).

O principal escopo da ampla atribuição de deveres na tutela ao patrimônio observados no pós Constituição de 1988, é resultado do longo período em que a legislação o disciplinava de forma superficial e regionalista sem de fato atribuir poderes fiscalizatórios e sancionatórios aos entes incumbidos, o que ocasionou ao longo dos anos muitas perdas, deteriorações, destruições e descaracterizações de bens de grande importância para o país.

Assim, ao atribuir responsabilidades à sociedade como um todo, além da busca pelo interesse e reconhecimento do patrimônio histórico-cultural como direito inerente à pessoa, há também a busca por uma maior integração entre o Poder Público e a comunidade, que em cooperação devem promover a preservação e perpetuação desses bens, possibilitando que gerações futuras possam ter acesso aos mesmos em sua integridade.

Com esse intuito, a CF/88 dispõe de mecanismos que possibilitam a efetiva participação dos agentes sociais nesse processo de acautelamento por meio de instrumentos processuais de tutela coletiva, como a ação popular e a ação civil pública.

A ação popular, é disciplinada no art. 5º, LXXIII, que dentre outras hipóteses, prevê a legitimidade do cidadão para a sua propositura com vistas a anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural. Para tanto, é necessária a comprovação da condição de cidadão, por meio do título de eleitoral (BRASIL, 1988).

A Lei nº4.717/1965 também disciplina a ação supracitada, estabelecendo em seu art. 1º, §1º, que o termo patrimônio público engloba os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (BRASIL, 1965).

No plano infraconstitucional, a ação civil pública é disciplinada pela Lei nº 7.347/1985 e busca promover a responsabilização por danos materiais e patrimoniais,

dentre outras hipóteses, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, conforme aduz o seu art. 1º, III (BRASIL, 1985).

Podem propor a ação principal e cautelar, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federados, as entidades da administração pública indireta e associação constituída há pelo menos um ano, desde que a tutela que se busca seja intrínseca às suas finalidades institucionais, conforme preceitua o art. 5º da Lei nº7.347/1985:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Ministério Público exerce um importante papel no processo de acautelamento, tendo em vista a sua titularidade para promover a ação civil pública como meio de viabilizar a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme preceitua o art. 129, III, da CF/88.

É importante destacar a indeclinabilidade da intervenção do *parquet* como *custus legis*, nos casos em que não esteja em nenhum dos polos do processo. Assim como, nos casos de abandono ou desistência infundada da ação por associação legitimada, hipótese na qual assumirá o polo ativo da demanda em questão.¹²

Ademais, de acordo com o art. 5º, §5º, Lei nº7.347/1985, admite-se a formação de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, com vistas a tutela dos interesses e direitos inerentes a preservação dos bens ora estudados (BRASIL, 1985).

3. O PATRIMÔNIO CULTURAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

¹² Art. 5º. (...)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

O direito fundamental que todo indivíduo possui em gozar do patrimônio cultural, expresso no art. 216, da CF/88, está estritamente relacionado à dignidade da pessoa humana e à cidadania, fundamentos da República Federativa do Brasil, constante no art. 1º da CF/88.

(...) os direitos fundamentais, em razão de multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional) (SARLET, 2014, p.234).

De acordo com Bonavides (p.563, 1997), a primeira geração dos direitos fundamentais tem como titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, sendo a subjetividade o seu traço mais característico.¹³

A segunda geração dos direitos fundamentais surge em meio a efervescência dos acontecimentos sociais e políticos datados a partir do XIX, marcados pelas muitas reivindicações trabalhistas e pela premente necessidade de efetivação dos direitos sociais.

Destaca-se também, o advento de documentos como a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Brasileira de 1934 que positivaram os direitos sociais, culturais, econômicos e os coletivos.¹⁴

Ainda de acordo com Bonavides (p. 564, 1997), o processo de constitucionalização dos direitos sociais foi marcado inicialmente pela baixa normatividade ou pela eficácia duvidosa, em virtude da necessidade de prestações materiais mais efetivas por parte do Estado para a aplicação dos direitos em questão, nem sempre possível diante da limitação dos meios e recursos.¹⁵

Reconhece-se ainda, uma terceira geração de direitos fundamentais motivada pelos problemas que afligem o mundo contemporâneo. Se busca aqui, a fruição do direito à solidariedade ou fraternidade¹⁶, tratando-se de direitos transindividuais, à medida que

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 563.

¹⁴ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1157.

¹⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 564.

¹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 5.

ultrapassa os limites do individualismo com o escopo de se atingir o bem comum à toda coletividade.

Nesse contexto, está inserido o direito que o indivíduo possui em dispor do patrimônio cultural, diante da sua evidente importância à sociedade como um todo, posto que, a sua preservação e higidez permite a perpetuação desse espólio para as gerações futuras.

Igualmente, a conscientização acerca da real necessidade em reconhecer e se valer dos meios constitucionalmente garantidos para protegê-los de forma mais eficiente, diante da sua relevância como patrimônio comum de responsabilidade de toda coletividade.

Bonavides (1997) entende que o direito à paz constitui a quinta geração de direitos, consoante que, deve ser tratado de forma autônoma por constituir um supremo direito da humanidade.¹⁷

Destarte, a tutela jurídica ao patrimônio cultural brasileiro, na qualidade de direito fundamental de terceira geração, como visto, é matéria que se encontra expressa na CF/88, em seu art. 216.

Da mesma forma, a legislação em análise recepcionou o Decreto-Lei nº 25/1937, marco responsável por traçar as diretrizes acerca da organização e proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, que estabeleceu dentre outras providências, o tombamento, hoje, um meio já consolidado de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em sua diversidade.

A proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro, enquanto direito fundamental de terceira geração, é matéria expressamente prevista no Texto Constitucional (art. 216 da CRFB/1988). A ordem constitucional vigente recepcionou o DL 25/1937, que, ao organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabeleceu disciplina própria e específica ao instituto do tombamento, como meio de proteção de diversas dimensões do patrimônio cultural brasileiro (ACO 1.966 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 17-11-2017, P, *DJE* de 27-11-2017).

Canotilho (p. 361, 1982) aponta que compete ao legislador “dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.

¹⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 593.

Em suma, é importante destacar a teoria constitucional brasileira herdada do direito alemão, no que tange à proibição do retrocesso social, que consiste na impossibilidade de supressão dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, só é possível que sejam realizados aperfeiçoamentos, sendo vedadas condutas que possam arrefecer a efetividade dos preceitos já implementados.

CONCLUSÃO

A positivação da proteção ao patrimônio cultural no Brasil se deu tardiamente, consoante que, apesar de constatadas algumas manifestações de acautelamento pré-1937, as mesmas possuíam caráter regionalista, à medida que, visavam tutelar os bens de determinadas localidades da federação, como por exemplo, o Decreto nº 22.928 de 1933, que estabeleceu medidas de preservação do patrimônio para a cidade de Ouro Preto-MG.

Tal cenário só começou a ser alterado a partir da outorga da Carta de 1937, que passou a delimitar a tutela ao patrimônio nacional de forma mais detalhada, prevendo o dever de cooperação entre os entes federados, com vistas a conservação do arcabouço histórico-cultural, adotando também, com a edição do Decreto-Lei nº 25, o tombamento como meio de se realizar o registro e a documentação desses bens de elevado valor histórico e cultural, possibilitando o maior controle e fiscalização por parte do Poder Público.

Ademais, a Constituição de 1988 disciplinou a tutela ao patrimônio cultural de forma especial, consagrando-o como um legítimo direito fundamental.

Além do núcleo central de acautelamento trazido no art. 216, a Lei Maior delimita ainda, as competências e responsabilidades atribuídas aos entes federados e à comunidade no processo de preservação desses bens.

Para tanto, há a possibilidade de utilização dos instrumentos processuais de ação coletiva, como a Ação Popular (que pode ser proposta por qualquer cidadão, desde que, comprovada a sua condição de eleitor) e a Ação Civil Pública (que pode ser apresentada pelo Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federados, as entidades da administração pública indireta e associação constituída há pelo menos um ano).

Em suma, pode-se concluir que os avanços legislativos no que tange a matéria, atribuíram uma maior segurança ao direito em questão, tendo em vista a possibilidade do acautelamento por meio de ferramentas mais efetivas, que possibilitam a maior

participação dos cidadãos, demonstrando assim, a sua universalidade e transcendentalidade como um verdadeiro direito de terceira geração, de interesse e responsabilidade da sociedade em geral, posto a importância da sua preservação para as gerações futuras e para a história do Brasil.

REFERÊNCIAS

BISCH, Patrice-Meyer. **A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos**. Revista Observatório Itaú Cultural/OIC – n. 11 (jan./abr. 2011) – São Paulo: Itaú Cultural, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Edital, Limitada, 1982, p. 369.

CULTURA. In: **MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/CULTURA/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; BOTELHO, Isaura; SEVERINO, José Roberto. **Direitos culturais**. Salvador: EDUFBA, 2018. p. 245.

BRASIL. **Constituição Federal de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Decreto nº 22.928**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22928-12-julho-1933-558869-publicacaooriginal-80541-pe.html>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 25.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm>. Acesso em: 21 out.
2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Marcos Paulo Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro, Doutrina Jurisprudência-Legislação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura.** São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

TEIXEIRA, Coelho. **Direito cultural no século XXI: expectativa e complexidade.** Revista Observatório Itaú Cultural/OIC – n. 11 (jan./abr. 2011) – São Paulo: Itaú Cultural, 2011.