

5

PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

Fernando A. N. Galvão da Rocha

1. INTRODUÇÃO

A recente inauguração do memorial da AMAGIS, que registra a trajetória de lutas e conquistas da entidade de classe dos magistrados mineiros, é motivo de muita alegria e deve merecer de todos nós o devido reconhecimento pela dimensão que a iniciativa alcança na proteção do patrimônio cultural. O Museu da Memória do Judiciário Mineiro, instituído no âmbito do Tribunal de Justiça em 1988, já constituía um importante instrumento de proteção do patrimônio cultural do povo das gerais. O memorial chega em boa hora para somar esforços necessários à preservação das referências culturais que conferem identidade aos magistrados mineiros e podem orientar nossos futuros caminhos pelo senso de continuidade histórica.

A tarefa de identificar e preservar o patrimônio cultural brasileiro é constitucionalmente imposta ao Poder Público, que para tanto deve receber a *colaboração* da comunidade (art. 216, § 1º, da CR/88). O patrimônio cultural é um bem de interesse da coletividade cuja preservação de sua integridade e dos mecanismos que viabilizem o seu acesso recebe garantia constitucional expressa. Por isso, deve-se reconhecer que a comunidade o tem o direito público subjetivo à proteção prometida. Nestes termos, a atuação protetiva das instituições e de cada cidadão ao patrimônio cultural é uma obrigação constitucional. Isto significa que, independentemente da atuação dos órgãos públicos

incumbidos da proteção ao patrimônio cultural, cada cidadão deve promover todas as medidas que estiverem a sua disposição para a proteção de nossas referências culturais. Neste sentido, vale registrar as palavras do Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda:

Cuidar dos bens que integram o patrimônio cultural brasileiro é responsabilidade de todos e tal missão é essencial para que a humanidade evolua em sua busca de conhecimento, liberdade e qualidade de vida, de forma harmônica e respeitosa com a natureza, a história e a memória de nossos antepassados, que produziram a cultura que nos cerca.¹

Aproveito a oportunidade em que se comemora a recente iniciativa de nossa instituição de classe para desenvolver uma breve reflexão sobre as peculiaridades do bem cultural imaterial e dos instrumentos jurídicos e extrajurídicos disponíveis para a sua proteção.

2. MEIO AMBIENTE CULTURAL

Inicialmente, é necessário perceber que o patrimônio cultural integra a noção de meio ambiente e é, nesse sentido, que recebe a tutela constitucional. A constituição federal não conceitua o meio ambiente. Como bem jurídico, antes da edição do texto constitucional, o meio ambiente já possuía definição legal no art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente. Segundo este dispositivo, meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Tal definição foi recepcionada pela Carta Magna de 1988.

Cabe perceber que, segundo a concepção do legislador brasileiro, o meio ambiente não abrange somente o meio ambiente natural (constituído pela fauna, a flora, o solo, a água e o ar atmosférico), mas também, o meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente cultural.² Em uma perspectiva ampla que não se resu-

¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Princípios básicos da proteção ao patrimônio cultural. In *Mestres e conselheiros-manual de atuação dos agentes do patrimônio cultural* / organização Marcos Paulo de Souza Miranda, Guilherme Maciel Araújo e Jorge Abdo Askar. – Belo Horizonte: IEDS, 2009, p. 23:

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20-24.

me aos recursos naturais, mas está relacionada também com tudo que quanto permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas³, o meio ambiente deve ser concebido como “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana”⁴. Vale observar que o meio ambiente do trabalho encontra previsão constitucional expressa no inciso VIII de seu art. 200.

No que diz respeito ao meio ambiente cultural, a doutrina consolidou o entendimento segundo o qual:

A visão holística do meio ambiente leva-nos à consideração de seu caráter social, uma vez definido constitucionalmente como bem de uso comum do povo, caráter ao mesmo tempo histórico, porquanto o meio ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo.

Esta visão faz-nos incluir no conceito de meio ambiente, além dos ecossistemas naturais, as sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas obras. Por isso, as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno.⁵

Certamente, o ambiente cultural permite, abriga e, de certa forma, rege a vida dos homens. Não se pode conceber a existência humana fora de um determinado contexto sociocultural. Os valores culturais permitem o estabelecimento da identidade do homem com um determinado grupamento social, que o acolhe e lhe permite o desenvolvimento de suas potencialidades. Não foi por outra razão que na Lei n. 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais – consta no capítulo V a seção IV que trata dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

³ GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (o caso do parque do povo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 250.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 435.

⁵ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56. No mesmo sentido: CUSTÓDIO, Helita Barreiro. *Legislação Ambiental no Brasil*. Revista Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 76, 1996, p. 56.

O patrimônio cultural de um povo lhe confere identidade e orientação, pressupostos básicos para que se reconheça como comunidade, inspirando valores ligados à pátria, à ética e à solidariedade e estimulando o exercício da cidadania, através de um profundo senso de lugar e de continuidade histórica. Os sentimentos que o patrimônio evoca são transcendentais, ao mesmo tempo em que sua materialidade povoa o cotidiano e referencia fortemente a vida das pessoas.⁶

Por isso, o art. 215 da Constituição Federal dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. A regra estabelece para o poder público a obrigação, em favor da coletividade, de proteção ao exercício dos direitos culturais e ao acesso às fontes de cultura. Mas, a obrigação de proteção não é somente do Poder Público, nos termos da Constituição da República a coletividade é solidariamente responsável (art. 216, § 4º).

3. PATRIMÔNIO CULTURAL

No direito romano, a ideia de *patrimônio* esteve sempre ligada ao conjunto de bens que uma pessoa poderia possuir, dentre os quais se incluía a sua casa, as suas terras, seus escravos e, até mesmo, suas mulheres (que não eram consideradas cidadãs). Fora do *patrimônio* estavam as coisas que não podiam pertencer ao indivíduo, como as ruas, praças e os templos.⁷ Esta ideia privatista de patrimônio nos influencia até os dias atuais⁸, mas não pode se conciliar com a ideia de cultura.

A cultura pode ser entendida como o conjunto de formas relativamente homogêneas e socialmente aceitas de pensamentos, sen-

⁶ http://www.iepha.mg.gov.br/sobre_cultura.htm, capturado em 14.02.05: Sobre cultura e patrimônio cultural.

⁷ CASTRIOTA, Leonardo Barci. Patrimônio: conceito e perspectivas. In *Preservação do Patrimônio cultural – nossas casas e cidades, uma herança para o futuro!*. Coord. Altamiro Sérgio Mol Bessa. Belo Horizonte: Crea-MG, 2004, p. 10.

⁸ Quando pensamos nas fortunas pertencentes às pessoas naturais e instituições pensamos no *patrimônio* que conseguiram acumular. Do mesmo modo, interessa ao fisco a evolução *patrimonial* do contribuinte para a apuração do imposto de renda devido.

timentos e ações, bem como dos objetos materiais a eles inerentes, que se colocam como peculiares a determinado grupamento social. A cultura possui a característica de ser compartilhada, transmissível e apreendida pelos membros deste grupamento, em um processo denominado *socialização*.⁹ Segundo Darci Ribeiro, cultura é

a herança de uma comunidade humana, representada pelo acervo co-participado de modos padronizados de adaptação à natureza, para o provimento da subsistência; de normas e instituições reguladoras das relações sociais e de corpos de saber, de valores e de crenças com que explicam a experiência, exprimem sua atividade artística e se motivam para a ação.¹⁰

No mesmo sentido, Miguel Reale leciona que a cultura pode ser considerada o patrimônio de espiritualidade constituído pela espécie humana através do tempo, de modo que as ciências culturais não tem como objeto o estudo dos indivíduos ou pessoas, como tais, mas as expressões supraindividuais do espírito humano no processo histórico.¹¹ Sem dúvidas, não se pode conceber uma cultura individual ou privada: necessariamente a cultura é construção coletiva que se aperfeiçoa pela experiência da espécie humana, no curso de sua história.

O patrimônio cultural, portanto, é construção de um povo ou de um grupo de pessoas. É acervo de símbolos e sentimentos que se transmite pelas gerações e não pertence apenas àqueles que o produziram. O patrimônio cultural constitui um direito difuso do povo brasileiro¹², na medida em que é um direito transindividual, cuja titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas ligadas por situação de fato e seu objeto é insuscetível de divisão, nos exatos termos do art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 8.078/90.

A Constituição da República não definiu um conceito jurídico para o patrimônio cultural, mas em seu art. 216 exemplificou bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro. Nesse sentido,

⁹ SANTOS, Theobaldo Miranda. *Manual de Sociologia*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1971, p. 85.

¹⁰ RIBEIRO, Darci. *Teoria do Brasil*. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1972, p. 93.

¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 240-241.

¹² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Ob. cit.*, p. 300.

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.

A previsão constitucional consagra proteção ao pluralismo cultural, na medida em que menciona os bens que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Não se trata de proteger apenas os bens eruditos ou excepcionais indicados pelas elites sociais, mas aqueles que retratam a diversidade e a riqueza de manifestações que conformam as peculiaridades do povo brasileiro. Com certeza, algumas manifestações culturais são mais elaboradas do que outras. Mas, “a cultura brasileira não é única, não se resume ao eixo Rio-São Paulo nem ao Barroco mineiro e nordestino, mas é aquela que resulta da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais de todas as regiões.”¹³ Isto implica na obrigação de preservar uma convivência harmônica entre as mais diversas formas de expressão cultural. Em outras palavras, o poder público deve intervir de modo a impedir que determinadas manifestações culturais, concepções sobre a forma mais adequada de viver, excluam ou impeçam a manifestação de outras formas ou concepções sobre a maneira mais adequada de se viver em sociedade.

3.1 Patrimônio cultural imaterial

De maneira expressa, nossa Carta Magna esclarece que o patrimônio cultural se refere tanto a bens materiais, como objetos e edificações, quanto imateriais, como são as formas de expressão, os modos de viver e as criações do espírito humano. Sob a forma de bens imateriais, o patrimônio cultural compreende “toda a produção cul-

¹³ MILARÉ, Édis. *Ob. cit.*, p. 202.

tural de um povo, desde sua expressão musical, até sua memória oral, passando por elementos caracterizadores de sua civilização.”¹⁴

Segundo o artigo 2º, inciso I, da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela Unesco em 17 de outubro de 2003,

Entende-se por ‘patrimônio cultural imaterial’ as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.¹⁵

A identificação do patrimônio cultural material é mais facilmente realizada pelo poder público. Inúmeros objetos, monumentos e sítios (urbanos e/ou rurais) são protegidos por tombamento e passam a constituir referências culturais. O patrimônio imaterial, até mesmo pelas dificuldades inerentes à sua natureza, não recebe a mesma atenção.

Para melhor entender o patrimônio imaterial é necessário fazer uma distinção inicial: os bens culturais a que a constituição expressamente se refere como integrantes do patrimônio brasileiro não se confundem com o objeto material que lhes oferece suporte físico. Nesse sentido, muito esclarecedora é a explicação da professora Sonia Rabello de Castro:

O bem jurídico, objeto da proteção, está materializado na coisa, mas não é a coisa em si: é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa. A partir do surgimento da

¹⁴ Disponível em <http://www.iepha.mg.gov.br/sobre-cultura-e-patrimonio-cultural>, acesso em 02.12.09.

¹⁵ Documento originalmente publicado pela UNESCO sobre o título Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Paris, 17 October 2003. Tradução feita pelo Ministério das Relações Exteriores, Brasília, 2006. Disponível em <http://www.brasilia.unesco.org/areas/cultura/areastematicas/patrimonioimaterial>, acesso em 02.12.2009.

coisa, passa ela a ter uma presença no mundo fático, podendo ou não vir a ter interesse jurídico. Cabe ao Estado este reconhecimento jurídico. Há, portanto, uma bifurcação na relação jurídica quanto ao objeto – uma enquanto coisa, apropriável, objeto do direito de propriedade; outra, como bem não econômico que, a partir do reconhecimento de seu valor cultural, torna-se de interesse geral.¹⁶

Com certeza, os direitos são sempre bens incorpóreos. Mas, agora nos interessa perceber os objetos dos direitos. A divisão classificatória de bens que os denomina de materiais ou imateriais (tangíveis ou intangíveis, como diziam os romanos) se refere aos objetos de tais direitos.¹⁷ Os bens culturais imateriais podem estar amparados em suportes físicos. Uma música pode estar na memória das pessoas ou escrita em uma partitura, o conhecimento tradicional pode ser objeto de transmissão oral ou estar escrito em papel, a dança se materializa no corpo físico do artista. O que caracteriza o bem imaterial é a relevância que possui a manifestação do espírito humano em relação ao suporte físico que lhe dê consistência. No bem imaterial o suporte físico não é o mais relevante. Nos importa preservar a beleza e a emoção que o Bumba-meu-boi possa causar nas pessoas e não quem esteja, momentaneamente, executando as acrobacias na praça pública.

Mesmo reconhecida a existência de uma patrimônio cultural imaterial a preservar, por sua natureza peculiar, a tarefa constitui grande desafio aos operadores do direito. As mais relevantes formas de expressão do povo brasileiro já estão identificadas? Quais são seus modos de criar, fazer e viver? Como oferecer uma proteção eficaz para o patrimônio cultural imaterial? A reflexão nos leva a concluir que o trabalho realizado pelo poder público para a preservação do patrimônio imaterial ainda é muito incipiente e exige uma intervenção mais qualificada de cada um de nós que é capaz de identificar as referências de nossa própria identidade.

¹⁶ CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais – o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 35.

¹⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves ed., 1980, p. 173.

3.2 Conteúdo material do patrimônio cultural

Um importante aspecto do patrimônio cultural, muitas vezes esquecido, é constituído pelo patrimônio turístico.¹⁸ Os monumentos artísticos, arqueológicos e históricos, as paisagens notáveis, as manifestações culturais folclóricas ou religiosas possuem a capacidade de proporcionar sensação de prazer e bem-estar que, conseqüentemente, atrai a atenção das pessoas e as motiva para a visitaçãõ. Para os operadores do direito, o plenário do antigo Supremo Tribunal Federal, situado no Palácio da Justiça Federal, que foi sede do STF no Rio de Janeiro, entre os anos de 1909 e 1960, na então Avenida Central, hoje Avenida Rio Branco é exemplo marcante de patrimônio turístico com grande capacidade de atrair visitaçãõ pública. As referências turísticas, bem como as representações e sentimentos que a elas são relacionados constituem faceta importante do patrimônio cultural que importa à coletividade preservar.

A reflexão sobre o patrimônio turístico é capaz de nos alertar para o fato de que o patrimônio cultural possui sempre um conteúdo material, que proporciona a efetiva e cotidiana vivência de suas referências pelas comunidades. Não se pode conceber o patrimônio cultural a partir da identificação e das experiências individuais. O bem cultural deve estar inserido em um determinado contexto histórico e social, que constitui seu pressuposto sociológico, sendo produzido e aperfeiçoado constantemente pela experiência coletiva. Por isso, o bem cultural recebe reconhecimento e legitimidade da coletividade e não somente de pequenos grupos que possam se considerar como elite cultural.

No entanto, ainda é procedente a crítica segundo a qual a preservação do patrimônio cultural no Brasil se deu mais em decorrência de iniciativas da elite intelectual e da Igreja do que de uma consciência coletiva quanto às referências da identidade nacional.¹⁹ Por isso, cabe celebrar as iniciativas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e da

¹⁸ PINTO, Antonio Carlos Brasil. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. Campinas, Papyrus, 2003, p. 21 e 179. Segundo o autor, pode-se entender por patrimônio turístico “o conjunto de bens naturais, artificiais e culturais que, por suas características intrínsecas, possuem atratividade para visitaçãõ.”

¹⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteçãõ ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 98.

AMAGIS que visam preservar a memória e a identidade dos magistrados mineiros.

4. COMPETÊNCIA PARA A LEGISLAÇÃO PROTETIVA

A norma constitucional protetiva do patrimônio cultural inserta no art. 216 é de natureza programática e necessita de regulamentação por legislação infraconstitucional. No entanto, é necessário perceber que a norma constitucional impõe ao Estado o dever de proteção em favor do bem jurídico fundamental meio ambiente, exigindo-lhe a edição de normas infraconstitucionais de direito material e processual que garantam a efetividade da proteção prometida. Nesse sentido, esclarece o Prof. Luiz Henrique Marinoni:

(...) o direito à proteção não exige somente normas de conteúdo material, mas igualmente *normas processuais*. Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção.²⁰

Segundo o artigo 24, inciso VII, “compete à União, aos estados e ao distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.” A competência concorrente é novidade estabelecida pela Constituição brasileira de 1988 e, conforme lição do prof. Raul Machado Horta, “cria outro ordenamento jurídico dentro do Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central e dos titulares de ordenamentos parciais.”²¹

A repartição da competência legislativa decorre da nova conformação que se deu ao federalismo brasileiro. Com efeito,

o federalismo de hoje é consciente de sua dimensão política e não é visto apenas como uma técnica de convivência de disparidades em uma certa unidade, pelo contrário, sobretudo após a década de sessenta, em razão das severas críticas de que foi e tem

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 186.

²¹ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 366.

vido objeto o *welfare state*, o federalismo passa a ser visto como instrumento de uma maior efetividade da cidadania, inclusive direta, na medida em que descentraliza o poder e permite uma maior proximidade do cidadão dos pólos de poder, dos centros de decisão.²²

É a consolidação do federalismo vertical ou de cooperação.

A competência concorrente conciliou a participação dos entes federativos na conformação da ordem jurídica e, assim, tornou-se necessário definir as regras da participação da União e dos Estados. Nos parágrafos do artigo 24, o texto constitucional esclarece que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. O que significa que aos Estados-membros coube a regulamentação das particularidades regionais, ou seja, a disposição dos pormenores que atendem às peculiaridades regionais. Expressamente a constituição federal esclarece que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Nem mesmo a inexistência de norma geral, de competência da União, impede que o Estado-membro estabeleça proteção jurídica ao patrimônio cultural. Novamente a constituição é expressa em afirmar que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Nesse caso, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, apenas no que lhe for contrário.

Assinala ainda o prof. Machado Horta que

É manifesta a importância desse tipo de legislação em federação continental, como a brasileira, marcada pela diferenciação entre grandes e pequenos Estados, entre Estados industriais em fase de alto desenvolvimento e Estados agrários e de incipiente desenvolvimento industrial, entre Estados exploradores e Esta-

²² CARVALHO NETO, Menelick de e outros. *Delimitação do quadro de pressupostos norteadores do trabalho de sistematização da legislação ambiental do Estado de Minas Gerais*. Texto de responsabilidade da Equipe de Consultoria Técnica constituída para dar apoio ao Grupo Parlamentar instituído pela Mesa da Assembléia Legislativa para coordenar o trabalho de consolidação da legislação estadual, elaborado em outubro de 1998 sob a orientação do Prof. Menelick de Carvalho Neto da UFMG, p. 03.

dos consumidores (...) A legislação concorrente, não obstante as omissões, alargará o domínio dos poderes reservados aos Estados e certamente abrirá aos Estados um período de atividade legislativa profundamente diverso do período de retraimento dos poderes reservados, no qual viveram os Estados-Membros, em contraste com a plenitude dominadora dos poderes enumerados da Federação.²³

Os Municípios não foram contemplados na planificação da competência legislativa concorrente, mas a eles também foi imposto o dever de promover a proteção do patrimônio histórico cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual – art. 30, inciso IX da CF/88. Para desempenhar tal função, o inciso II do art. 30 da Constituição da República dispõe que “compete aos municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.” Neste diapasão, embora de maneira restrita, deve-se reconhecer que o município possui competência legislativa suplementar e instrumental para a proteção do patrimônio cultural. Tal competência é decorrente da atribuição executiva e encontra-se limitada pela regra do interesse local.²⁴ Isto significa que os municípios podem e devem editar as normas necessárias ao desenvolvimento de sua atividade protetiva aos bens culturais de interesse local, observadas as regras da legislação federal e estadual.

No contexto da legislação protetiva dos bens que compõem o patrimônio cultural, além da conformação às regras gerais ditadas pela União, há que se observar a abrangência da área de influência da referência cultural a ser identificada. A União, os Estados-membros e os Municípios podem estabelecer regras para o instituto do tombamento, por exemplo. Mas, as regras estaduais não podem alterar o instituto concebido pela União e, por sua vez, as regras municipais não podem contrariar as disposições estaduais que lhes são pertinentes. Por outro lado, para o contexto de atuação de cada ente federativo, a União estabelece regras para a identificação das referências culturais de abrangência nacional, os Estados para a identificação daquelas de abrangência regional e os Municípios para as referências de interesse local.²⁵

²³ HORTA, Raul Machado. *Ob. cit.*, p. 367.

²⁴ Nesse sentido: PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 112 e 279.

²⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 112.

4.1 A União

No que diz respeito a edição das normas relativas às técnicas processuais que realizem as necessidades protetivas do direito material, a competência é privativa da União para a edição de normas de Direito Processual Civil conforme o disposto no art. 22, inciso I, da CF/88. Em obediência ao seu específico dever de proteção, visando instituir instrumentos jurídicos necessários à tutela do meio ambiente, a União editou a Lei n. 7.347/85 que regulou o exercício da ação civil pública. Não se pode esquecer a importância do art. 84 da Lei n. 8.078/90 que, instituindo as tutelas antecipatória específica, inibitória e de afastamento do ilícito no processo coletivo, viabilizou medidas executivas, que prescindem do processo de execução, podem realizar as garantias constitucionais independentemente da vontade do demandado. Estas recentes inovações do processo civil constituem importantes instrumentos para a efetiva realização da tutela do meio ambiente.²⁶

No que toca ao direito material, muito importante é a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e em seu art. 14, § 1º, estabeleceu a responsabilidade objetiva de reparar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente. No que diz respeito ao direito penal, a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, regulamentou a responsabilidade penal da pessoa jurídica e instituiu os crimes ambientais, dentre eles os crimes contra o patrimônio cultural. No que diz respeito aos incentivos financeiros aos projetos culturais, não se pode deixar de citar as Leis n. 8.313/91 e 8.685/93.

No entanto, não existe Lei Federal que trate especificamente do patrimônio cultural imaterial. Regulamentando diretamente o art. 216 da Constituição Federal, o Decreto Federal n. 3.551, de 4 de agosto de 2000, instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, criando também o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

O referido Decreto institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro. Segundo o parágrafo 1º de seu art. 1º, o registro dos bens imateriais será feito em um dos seguintes livros:

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 126, 249 e segs.

I – *Livro de Registro dos Saberes*, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II – *Livro de Registro das Celebrações*, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III – *Livro de Registro das Formas de Expressão*, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV – *Livro de Registro dos Lugares*, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Com estes livros não se pretendeu exaurir as possibilidades de registro, pois o parágrafo 3º do mesmo artigo dispõe que outros livros poderão ser abertos para o registro de bens não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo 1º.

O processo de registro dos bens culturais em livros se assemelha ao processo de tombamento, mas não produz os efeitos restritivos que são próprios àquele. O registro identifica a referência cultural e, na medida em que contenha informações relativas aos seus dados históricos e características peculiares, permite o acesso das pessoas às informações necessárias ao conhecimento e divulgação da manifestação cultural.

4.2 O Estado de Minas Gerais

Com base na competência concorrente estabelecida, os Estados membros da federação podem e devem produzir legislação capaz de preservar as referências materiais e imateriais que constituem o patrimônio cultural.

No Estado de Minas Gerais, o art. 3º da Lei Estadual n. 11.726/94, determina que

constituem patrimônio cultural mineiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que contenham referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade mineira, entre os quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, tecnológicas e artísticas; IV

– as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados a manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, espeleológico, paleontológico, ecológico e científico.

Regulamentando a resposta protetiva ao patrimônio cultural imaterial, o Decreto n. 42.505, de 15 de abril de 2002, instituiu formas de registros de bens culturais de natureza imaterial ou intangível que constituem patrimônio cultural de Minas Gerais. O parágrafo 1º do art. 1º do referido Decreto Estadual reproduz a classificação dos livros imposta pelo Decreto Federal e determina que a inscrição do bem imaterial se dê em livros destinados ao registro dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão, ou dos Lugares.

4.3 O Município de Belo Horizonte

O município de Belo Horizonte, no exercício da competência suplementar que lhe foi deferida para viabilizar as atividades de proteção aos bens culturais, editou as Leis Municipais n. 3.802, de 06 de julho de 1984, e n. 9000, de 29 de dezembro de 2004.

No que diz respeito ao patrimônio imaterial, a Lei n. 9000/04, em seu artigo 1º, parágrafo 1º determina que

são considerados bens culturais de natureza imaterial: I – os processos de criação, manutenção e transmissão de conhecimento; II – as práticas e as manifestações dos diversos grupo socioculturais que compõem a identidade e a memória do município; III – as condições materiais necessárias ao desenvolvimento dos procedimentos de que tratam os incisos I e II e os produtos de natureza material derivados.

Nos parágrafos 6º e 7º da referida lei consta que os registros dos bens imateriais também deverão ser feitos em livros próprios destinados ao assentamento dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão, e dos Lugares, sem prejuízo da abertura de outros livros para o registro de bens que não se enquadrem nos anteriormente mencionados. Segundo disposto no parágrafo 4º, o registro de bens culturais de natureza imaterial é de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte, que teve seu regimento interno aprovado pelo Decreto n. 5.531, de 17 de dezembro de 1986.

5. ATRIBUIÇÕES EXECUTIVAS

A constituição brasileira, em seu art. 215, determina expressamente que *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.*

Para o pleno desenvolvimento da atividade protetiva do patrimônio cultural, a carta magna estabeleceu competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, para impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, incisos III, IV e V).

A competência comum estabelecida pela constituição significa que os quatro entes da federação brasileira possuem poderes não privativos para realizar as obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público. As regras da competência comum constituem objetos para uma preocupação e atuação protetiva concomitante dos entes federativos.²⁷ Na verdade, a competência comum evidencia que a obrigação de proteger os bens culturais é solidária entre os entes federativos. Em outras palavras, a coletividade possui o direito de cobrar do poder público, em todos os níveis, prestações protetivas dos bens culturais.

Ressalte-se que a Constituição da República ainda atribuiu, no inciso III de seu art. 129, ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente. Na legislação infraconstitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, em seu art. 25, inciso IV, expressa sua obrigação institucional de instaurar o inquérito civil e manejar a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. No âmbito do Ministério Público Federal, a Lei Comple-

²⁷ HORTA, Raul Machado. *Ob. cit.*, p. 36-365.

mentar n. 75, de 20 de maio de 1993, em seu art. 5º, inciso III, alínea “c”, expressamente dispôs que ao Ministério Público cabe a defesa do patrimônio cultural. Da mesma forma, para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Lei Complementar Estadual n. 34, de 12 de setembro de 1994, em seu art. 66, inciso VI, alínea “a”, determina ser função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção, prevenção e reparação de danos causados ao meio ambiente, aos bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Isso significa que o Ministério Público é um dos órgãos estatais obrigados a oferecer respostas protetivas do patrimônio cultural.

6. FORMAS DE PROTEÇÃO

No parágrafo 1º de seu art. 216 a Constituição Federal estabelece que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.” A disposição constitucional deixa claro que a enumeração dos instrumentos de proteção é meramente exemplificativa, podendo ser utilizados outros instrumentos protetivos como a ação civil pública, a instituição de museus ou memoriais de natureza institucional ou privada. Com certeza, vislumbrar formas de efetiva proteção ao patrimônio cultural constitui desafio importante e constante para todos os responsáveis pela prestação da atividade protetiva prometida constitucionalmente.

6.1 O tombamento

O tombamento é a forma de proteção mais divulgada e utilizada pelas administrações públicas para identificar o valor cultural de determinado bem e estabelecer restrições que o protejam. Pode-se entender por tombamento:

O ato final de um procedimento administrativo, resultante do poder discricionário da Administração, por via do qual o Poder Público institui uma servidão administrativa, traduzida na incidência de regime especial de proteção sobre determinado bem, em razão de suas características especiais, integrando-se em sua

gestão com a finalidade de atender ao interesse coletivo de preservação cultural.²⁸

A palavra *tombo* provém do direito português, mas tem origem no latim *tumulus*, que significa elevação da terra e foi utilizada para a demarcação de bens, talvez em referência a marcos com alteamentos dos limites das terras. O *tombamento* tem o significado de lançar em livro de tombo e não se confunde o ato de “por abaixo”. O *tombamento* é apenas, hoje, a inscrição no *livro do tombo*, tal como acontecia com os bens da Coroa que eram registrados nos livros guardados na Torre do Tombo, em Lisboa.²⁹

Essencialmente, o *tombamento* retrata a identificação e o registro de determinado bem que é considerado valioso.³⁰ Materialmente, o *tombamento* se expressa pela inscrição do bem em um dos livros denominados “livros de tombos” instituídos pela administração. Contudo, o tombamento constitui forma de proteção ao patrimônio cultural na medida em que impõe restrições em favor da preservação do bem identificado como de valor cultural. O tombamento implica no reconhecimento do valor cultural do bem, que é preexistente ao ato jurídico, mas constitui regime especial de proteção que impõe observar certas restrições. Desta forma, as restrições somente podem ser impostas após o ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo.³¹

Os artigos 11 a 20 do Decreto-Lei n. 25/37 tratam dos efeitos do *tombamento* e determinam restrições a alienabilidade, ao deslocamento e ao uso do bem. Conforme o art. 17 do referido Decreto, as coisas

²⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 278. Vale observar que a doutrina nacional diverge quanto ao tombamento instituir uma limitação administrativa ou uma servidão administrativa.

²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d., tomo 6, p. 371 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 486.

³⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 75. Esclarece a autora que : “os vocábulos tombamento, tombo, tombar, segundo os principais dicionários e enciclopédias contemporâneos, ligam-se ao mesmo corpo semântico, significando registro, inventário e arrolamento.”

³¹ CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 96. Alerta a autora que o tombamento provisório produz os mesmos efeitos que o definitivo, salvo no que diz respeito às restrições à alienabilidade.

tombadas não poderão, em nenhum caso ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem tampouco, sem prévia autorização especial do órgão competente, ser reparadas, pintadas ou restauradas. As restrições impostas pelo *tombamento* não se limitam ao proprietário do bem tombado, alcançando também a terceiros. Nesse sentido, o art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37 determina que, sem prévia autorização do órgão competente, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes.

Vale observar, no entanto, que o *tombamento* não interfere no domínio da coisa tombada. Fica claro no Decreto-Lei n. 25/37 que o *tombamento* pode recair sobre bens públicos ou privados. Se o poder público entender que a proteção exige interferência no domínio do bem, deverá utilizar a desapropriação.

Oferecendo suporte às restrições impostas pelo ato de *tombamento*, o art. 63 da Lei n. 9.605/98 tipifica como criminosa a conduta de

alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Resta claro que, por sua característica fundamental de impor restrições às faculdades da propriedade, o *tombamento* é forma protetiva que não tem aplicação aos bens de natureza imaterial.³² No entanto, há que se ressaltar que o *tombamento* não constitui única forma de proteção dos bens culturais. Em atenção ao poder/dever do Estado e da comunidade em proteger as manifestações culturais, garantido a todos o acesso às fontes de cultura, é necessário desenvolver outros instrumentos de proteção capazes de oferecer tutela adequada às diversas formas de expressão da cultura nacional.

Com razão, nos últimos anos, o poder público vem sofrendo críticas no sentido de que a política de proteção ao patrimônio cultural é

³² PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 85 e CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 69-70.

elitista, centrada unicamente no instrumento de *tombamento* e direcionada aos monumentos de *pedra e cal* construídos pelo poder civil e eclesiástico. Tal política é, sem dúvidas, excludente por não acolher a diversidade das manifestações culturais dos diversos grupos formadores da sociedade brasileiro.

6.2 Registro documental

Segundo o marco regulatório estabelecido pela União, o registro documental é a forma de proteção adequada ao trato dos bens culturais imateriais. Mas, o registro de um bem cultural em livro, por si só, não pode estabelecer forma de proteção do bem cultural. A inscrição do bem no livro pressupõe a constituição de um dossiê que contenha a descrição pormenorizada do bem cultural a ser registrado, bem como a especificação dos elementos que foram considerados culturalmente relevantes. É o dossiê do bem registrado que viabiliza o conhecimento da manifestação cultural. Por isso, a noção de “registrar” em documento deve ser ampla para abranger qualquer fixação de informações em suporte físico, como a gravação de CDs, DVDs e outros meios que permitam o maior e melhor armazenamento de informações.

A Lei Municipal n. 9000/04 é bastante esclarecedora quanto à natureza e aos objetivos do registro documental. Conforme o parágrafo 2º do art. 1º da referida lei,

o registro de bens culturais de natureza imaterial é o ato pelo qual a administração municipal reconhece a legitimidade dos bens culturais de natureza imaterial e promove a salvaguarda destes, por meio dos seguintes procedimentos: I – identificação; II – reconhecimento; III – registro etnográfico; IV – acompanhamento de seu desenvolvimento histórico; V – divulgação; VI – apoio; VII – outras formas de acautelamento e preservação.

O parágrafo 3º do art. 1º da mesma lei ainda deixa claro que

o objetivo do registro de bens culturais de natureza imaterial é proteger a cultura dos diversos grupos sociais que compõem o município, a fim de garantir as condições de existência e a manutenção dos bens culturais de natureza imaterial, sem tutela ou controle de práticas e de manifestações desses grupos.

Sem dúvidas, a proteção que o registro é capaz de oferecer se materializa no reconhecimento da existência e valor de determinada manifestação cultural. Registrar documentalmente a existência da manifestação é ato protetivo na medida em que constitui prova capaz de dar suporte a ações que visem impedir posterior utilização indevida dos conhecimentos e práticas envolvidos na manifestação cultural. Veja-se os exemplos do conhecimento tradicional de comunidades locais ou indígenas, bem como da dinâmica de um julgamento judicial de caso que desperte maior interesse na comunidade.

O conhecimento tradicional das comunidades locais ou indígenas, muitas vezes, indica a utilização industrial de determinado recurso natural. O acesso a esses recursos e utilização do conhecimento tradicional importa em verdadeira intervenção na cultura das comunidades que incorporaram às suas tradições os conhecimentos sobre a potencialidade dos recursos naturais. Em respeito ao patrimônio cultural das comunidades locais ou indígenas, o poder público deve assegurar proteção ao direito dessas comunidades de, eventualmente, não permitir a utilização de seu conhecimento tradicional. Por outro lado, é necessário reconhecer os direitos das comunidades de se beneficiar coletivamente por suas tradições e conhecimentos, bem como de serem devidamente compensadas quando ocorrer a utilização industrial dos mesmos.

O respeito às comunidades locais ou indígenas, talvez, seja um dos maiores desafios à sociedade pós-moderna, que é conduzida pela lógica da globalização das oportunidades de ganhos. Lamentavelmente, o Brasil nunca se caracterizou por respeitar tais comunidades. O registro formal da existência e valor do conhecimento tradicional das comunidades em livros instituídos pelo poder público poderá viabilizar ações protetivas concretas, em caso de desrespeito aos direitos decorrentes do reconhecimento do patrimônio cultural.

Mas, o registro documental constitui instrumento protetivo que se encontra também disponível ao uso do particular. No caso dos julgamentos judiciais, o registro documental tanto pode ser feito por órgão público encarregado de constituir e conservar um acervo de informações quanto por uma entidade privada ou pessoa física que se disponha a preservar a informação relativa ao fato. O registro da dinâmica de um julgamento judicial pode oferecer aos estudiosos do

direito e mesmo à sociedade informações precisas sobre o contexto histórico em que foram produzidos os argumentos considerados como os melhores e que foram capazes de conferir legitimidade às decisões proferidas. Os registros ainda podem revelar a evolução dos métodos de solução dos conflitos sociais e a importância da intervenção judicial para a paz social.

O registro documental, ao contrário do tombamento, é meramente declaratório do valor cultural do preexistente no bem a que se refere. Não produz qualquer efeito restritivo. O registro só pode ser considerado resposta estatal protetiva do patrimônio cultural na medida em que a declaração de valor contribua para a divulgação da manifestação cultural e possibilite a todos o acesso às fontes de cultural nacional, como determina o art. 215 da CF/88.

Vale observar que o registro documental não é pressuposto de outras formas de incentivo e apoio à manifestação cultural. A Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que estabelece o Programa Nacional de Apoio à Cultura – Pronac –, por exemplo, não condiciona a obtenção de recursos para a realização de projetos culturais ao registro documental ou tombamento dos bens culturais.³³

7. ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

A Constituição da República deferiu ao Poder Público um papel muito importante na defesa do patrimônio cultural e este desafio se

³³ O Pronac tem a finalidade de captar e canalizar recursos para o setor cultural de modo a: I - contribuir para facilitar, a todos, os meios para o livre acesso às fontes da cultura e o pleno exercício dos direitos culturais; II - promover e estimular a regionalização da produção cultural e artística brasileira, com valorização de recursos humanos e conteúdos locais; III - apoiar, valorizar e difundir o conjunto das manifestações culturais e seus respectivos criadores; IV - proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional; V - salvaguardar a sobrevivência e o florescimento dos modos de criar, fazer e viver da sociedade brasileira; VI - preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro; VII - desenvolver a consciência internacional e o respeito aos valores culturais de outros povos ou nações; VIII - estimular a produção e difusão de bens culturais de valor universal, formadores e informadores de conhecimento, cultura e memória; IX - priorizar o produto cultural originário do País.

apresenta de maneira ainda mais relevante no que diz respeito à defesa das referências imateriais. Vale observar que a intervenção dos diversos órgãos do Poder Público na proteção do patrimônio cultural imaterial deve ser entendida como resposta obrigatória do Estado, na realização do mandamento garantidor imposto pela constituição. Isto significa que é ilícita a omissão do poder público em promover as ações protetivas do patrimônio cultural. Tal consideração ainda implica na aplicação da responsabilidade objetiva pela reparação e/ou indenização pelos danos que lhe forem causados, a teor do disposto no parágrafo 1º, do art. 14 da Lei Federal n. 6.938/81.

A intervenção que se dirige à proteção de bens jurídicos imateriais exige dos agentes públicos o exercício de habilidades, até então, pouco estimuladas e desenvolvidas. Os desafios da proteção ao patrimônio cultural impõem refletir sobre os instrumentos e oportunidades de intervenção mais adequadas para o cumprimento da obrigação institucional.

7.1 Identificação de valor cultural

A primeira etapa da tarefa protetiva dos bens culturais diz respeito ao reconhecimento/identificação das referências culturais que conferem identidade aos diversos grupos formadores da sociedade brasileira. Não se pode valorizar e proteger o que não se conhece. Por isso, inicialmente, devemos exercitar o olhar sobre as coisas que caracterizam a nossa própria identidade.

No entanto, lamentavelmente o trabalho do Poder Público para a identificação dos bens culturais de natureza imaterial ainda é incipiente. Pode-se dizer que este trabalho imponha o maior desafio da proteção ao patrimônio cultural por exigir do operador do direito uma visão sensível sobre as referências culturais que identificam os diversos grupos formadores da sociedade brasileira. Para se ter uma ideia da dificuldade, até hoje, em Minas Gerais, o IEPHA somente procedeu ao registro de um bem cultural de natureza imaterial. Trata-se do processo de fabricação artesanal do queijo do Serro.³⁴ Na União

³⁴ <http://www.iepha.mg.gov.br/bens-protetidos/bem-cultural-registrado>, acesso em 07.12.09. O registro foi procedido no Livro dos Saberes, em 07 de agosto de 2002.

a situação não é diferente e somente quinze manifestações culturais imateriais foram registradas.³⁵

A princípio, a identificação das referências culturais é tarefa dos órgãos públicos especificamente concebidos para a defesa do patrimônio cultural. No entanto, muitos outros órgãos devem contribuir neste trabalho de identificação/valorização de nossas referências culturais. Neste sentido, a atuação dos operadores do Direito, em especial dos membros do Ministério Público, pode alcançar destacado relevo. Considerando a capilaridade que o Ministério Público Estadual possui, pode-se vislumbrar a concreta possibilidade de identificação das manifestações culturais que se desenvolvem no âmbito das comarcas. Por meio de inquérito civil³⁶, o Promotor de Justiça pode constituir dossiê que reúna dados que o habilitem a provocar o procedimento de registro do bem cultural no órgão do patrimônio cultural. Conforme a abrangência da manifestação cultural, o Promotor pode provocar o órgão federal, estadual ou municipal para que proceda a análise do dossiê constituído e, eventualmente, o registro documental.

Vale observar que o trabalho ministerial não perde a razão de ser nos casos em que não exista órgão estadual ou municipal de proteção ao patrimônio cultural, em que o órgão de defesa do patrimônio existente deixe de proceder ao exame do dossiê ou venha a indeferir o registro documental. De qualquer forma, ainda pode (deve) o Promotor de Justiça encaminhar cópia do dossiê ao arquivo público (estadual ou municipal), à biblioteca nacional e, até mesmo, a um banco de dados do próprio Ministério Público, de modo que o material produzido possa servir para divulgação e posterior pesquisa sobre o bem cultural, viabilizando a todos o acesso às fontes de cultura, conforme determina o art. 215 da CF/88.

7.2 Estudo de impacto sobre o patrimônio cultural

A Constituição da República, no parágrafo 1º, inciso IV, de seu art. 225, determina que o poder público está obrigado a exigir estudo

³⁵ <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginasSecao.do?id=12456&retorno=paginaIphan>, acesso em 07.12.09.

³⁶ Conforme art. 26, inciso I, da Lei 8.625/93, art. 7º, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 75/93 e art. 67, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 34/94 (MG).

prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental.³⁷

O estudo prévio de impacto ambiental deve atender aos termos da Resolução 001/86 do CONAMA. De acordo com o art. 5º da referida Resolução o estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, obedecerá as diretrizes gerais que menciona. Entre elas, no art. 6º, a Resolução menciona que o estudo deve conter diagnóstico ambiental da área de influência do projeto sobre “os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade”. A Resolução fez referência expressa apenas ao patrimônio cultural material. No entanto, a enumeração feita não é taxativa e a obrigação constitucionalmente imposta não se limita aos cuidados com os bens culturais materiais. Muito ao contrário, também é obrigação do poder público exigir estudo prévio sobre os impactos que o empreendimento possa causar nos bens de natureza imaterial.

Por isso, todos os órgãos públicos envolvidos no processo de licenciamento ambiental devem zelar para que, nos empreendimentos que potencialmente possam interferir em manifestações culturais imateriais, a questão seja cuidadosamente avaliada.

7.3 Ação civil pública

A ação civil pública é o instrumento protetivo do patrimônio cultural pelo qual os legitimados, dentre eles o Ministério Público e a defensoria pública, provocam a tutela judicial. A referida ação pode ter como objetivos a reparação, indenização ou prevenção dos danos, bem como a inibição ou remoção de condutas contrárias ao Direito. O manejo da ação civil pública pode materializar tutelas efetivamente protetivas do patrimônio cultural imaterial. É o caso da ação proposta contra o órgão ambiental, pedindo que o mesmo seja condenado a exigir o estudo prévio de impacto sobre o meio ambiente cultural em

³⁷ A Resolução nº 001/86 do CONAMA, em seu art. 2º, enumera exemplos de atividades potencialmente poluidoras que exigem a realização de estudo prévio de impacto.

determinado processo administrativo de licenciamento ambiental. Da mesma forma, se um determinado empreendimento já em atividade estiver interferindo nocivamente em bens culturais imateriais, a ação civil pode ser manejada contra o empreendedor para obter condenação que lhe imponha a obrigação de não continuar com a atividade ou adequá-la de modo a impedir a continuidade da lesão ao ambiente cultural. Pode-se até instrumentalizar tutela inibitória visando impedir o uso industrial, não autorizado, de conhecimento tradicional. Vale lembrar que os mesmos efeitos podem ser mais rapidamente obtidos por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, nos moldes do parágrafo 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85.

A ação civil pública pode ser manejada para a tutela de bem que ainda não tenha sido reconhecido como de valor cultural pelo poder público.³⁸ Sem dúvidas, a proteção que o Ministério Público e o Poder Judiciário estão obrigados a oferecer ao patrimônio cultural não podem restar dependentes da iniciativa da administração pública em promover o tombamento ou o registro documental do bem cultural. Tal conclusão decorre do princípio da indeclinabilidade da jurisdição que ressalta a obrigação do magistrado em tornar efetiva a tutela jurídica conferida constitucionalmente aos bens integrantes do patrimônio cultural. A final, a constituição reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no inciso XXXV de seu art. 5º. Isto significa que o Estado-juiz é o principal destinatário do dever de proteção e a ele cabe prestar tutela jurisdicional efetiva aos direitos fundamentais.³⁹

Já se discutiu na doutrina sobre a possibilidade de manejar a ação civil pública em face do órgão cultural pleiteando condenação que o obrigue a proceder ao tombamento de bem cultural. Considerando que o reconhecimento de valor cultural é ato discricionário da administração pública, Sonia Rabello entende que o Poder Executivo não pode ser substituído nesta apreciação discricionária pelo

³⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126. Nesse sentido, também vale citar o acórdão do TJMG no Recurso de Agravo nº 1.0000.00.335443-8/000(1), cujo relator foi o eminente Des. Wander Marota.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 187-188.

Poder Judiciário.⁴⁰ Já Hely Lopes Meirelles sustentou a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização do tombamento, nos casos em que sua omissão trouxer prejuízos à proteção do bem.⁴¹ Édis Milaré, por outro lado, entende que o Poder Judiciário pode declarar a existência de valor cultural no bem e estabelecer as restrições necessárias à sua preservação, cabendo a fiscalização e aprovação de intervenções que possam lhe trazer repercussões aos órgãos especializados do Poder Executivo.⁴² No caso de bens imateriais, as mesmas dúvidas podem se apresentar quanto a um pedido de condenação em obrigação de fazer o registro documental. Contudo, um exame mais cuidadoso faz perceber que a polêmica não mais se justifica.

Hoje a doutrina percebe que da garantia constitucional aos direitos fundamentais decorrem correlatos direitos à prestação de proteção que são oponíveis às três esferas de manifestação de poder do Estado. O novo sistema processual em vigor, em especial após a nova redação do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor que é aplicável à defesa do patrimônio cultural por expressa disposição do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, é comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. No contexto das tutelas de afastamento do ilícito e inibitória⁴³, o juiz pode declarar a existência de valor cultural de determinado bem e estabelecer medidas mais adequadas à sua proteção ou determinar que a administração proceda ao tombamento ou ao registro documental do bem cultural, conforme o caso.

Cabe observar, no entanto, que quando o juiz optar por declarar o valor cultural dos bens materiais ainda é necessário o estabelecimento de medidas restritivas análogas ao do tombamento. De mesma forma, no caso dos bens imateriais a proteção efetiva não se opera tão somente por seu registro nos livros próprios da administração. É necessário constituir dossiê descritivo que permita a conservação fiel da memória de suas manifestações e disponibilizá-lo à consulta pública, de modo a permitir a comunidade o livre e permanente acesso

⁴⁰ CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 95.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 491.

⁴² MILARÉ, Édis. *Ob. cit.*, p. 212-213.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 263-269.

aos dados relativos ao bem cultural. Nos termos do art. 215 da CF, a efetividade da proteção ao bem cultural exige garantir o acesso às fontes de cultura e isto pode ser feito, até mesmo, sem o registro nos livros da administração.

A efetividade da ação protetiva do bem cultural imaterial implica na preservação das informações sobre sua existência e características, de modo a garantir o acesso público a tais informações. Na verdade, nosso desafio é relegar ao desuso o velho ditado segundo o qual “o brasileiro tem memória curta.”

7.4 Preservação da memória institucional

Cabe ainda observar que as diversas instituições do Poder Público devem envidar esforços para preservar a memória de sua própria história, registrando as iniciativas de seus membros, as fases de sua evolução institucional, as dificuldades enfrentadas e as conquistas alcançadas ao longo de sua trajetória de serviços prestados em favor da sociedade.

Neste sentido, o Ministério Público de Minas Gerais, em abril de 2008, por meio de Resolução do Procurador-Geral, instituiu o Memorial do Ministério Público. O Memorial foi inaugurado em dezembro de 2008, tendo por objetivos conservar, recuperar e divulgar testemunhos materiais e imateriais representativos da história institucional. O memorial está sob a coordenação da Diretoria de Informação e Conhecimento do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, que desenvolve ações protetivas com enfoque nos espaços, nas pessoas e coisas do Ministério Público.

No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a memória institucional é preservada por meio do Museu da Memória do Judiciário Mineiro que foi instituído em 09 de novembro de 1988, pela Resolução n. 108, na gestão do então Presidente Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira. No discurso de inauguração do museu, em 29 de novembro daquele ano, o Presidente do Tribunal afirmou que “esse ambiente será o testemunho expressivo do que fomos e a explicação melhor do que hoje somos. É o encontro do presente com o passado; o encadeamento das gerações numa simbiose de idéias, de cultura e de sentimentos”. O Desembargador Antônio Pedro Braga, ex-Presidente

do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e primeiro Superintendente da Memória do Judiciário, por sua vez, teve a oportunidade de ressaltar que “a preservação da memória histórica, seja de uma época, de um povo, de uma instituição ou como, no caso, de um importante setor da administração pública, que é o Poder Judiciário de Minas Gerais, é demonstração de cultura, prova de alto entendimento, sinal evidente de puro civismo”.⁴⁴ Posteriormente, a Resolução n. 519/2007 estabeleceu que o museu tem como objetivo manter o acervo histórico do Tribunal de Justiça atualizado e acessível às diversas áreas do órgão e à sociedade em geral, de modo a contribuir para fortalecer e aprimorar a imagem institucional.

As instituições privadas também são constitucionalmente obrigadas a proteger o patrimônio cultural. Neste contexto, a Associação dos Magistrados Mineiros – AMAGIS – recentemente inaugurou, em 14 de outubro de 2009, o Memorial da AMAGIS como objetivo de preservar a memória dos 55 (cinquenta e cinco) anos de lutas em prol dos interesses dos magistrados mineiros. A iniciativa foi possível devido aos esforços desenvolvidos pelos Desembargadores Tibagy Sales, Reynaldo Ximenes e Maurício de Paula Delgado, bem como pelo juiz João Grinalson da Fonseca. O memorial possibilitará a todos os juízes e a qualquer cidadão conhecer como surgiu a entidade de classe, seus personagens mais destacados, seus desafios e suas conquistas. Sem dúvidas, a iniciativa do memorial constitui um exemplo a ser celebrado de consciência cidadã que invoca a participação de todos os associados para o registro de uma história sempre inacabada de construção de nossa própria identidade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta breve reflexão pretendeu apenas destacar que o patrimônio cultural imaterial é parte integrante do meio ambiente e, como tal, recebe as garantias constitucionais próprias aos direitos humanos fundamentais. Os diversos órgãos do poder público têm o dever de protegê-lo, para a presente e as futuras gerações. Mas, tal obrigação não recai somente sobre as instituições do poder público: recai sobre todos

⁴⁴ <http://www.tjmg.jus.br/memoria/>, acesso em 07.12.2009.

nós, enquanto agentes públicos e cidadãos que estamos construindo a história de nossa sociedade. Para tanto devemos enfrentar o desafio de desenvolver nossa sensibilidade para identificar e valorizar nossas referências culturais imateriais, bem como ações protetivas que sejam realmente efetivas a preservá-las.

9. BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves ed., 1980.

CASTRIOTA, Leonardo Barci. Patrimônio: conceito e perspectivas. In *Preservação do Patrimônio cultural – nossas casas e cidades, uma herança para o futuro !*. Coord. Altamiro Sérgio Mol Bessa. Belo Horizonte: Crea-MG, 2004.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais – o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (o caso do parque do povo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

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

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d., tomo 6.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Princípios básicos da proteção ao patrimônio cultural. In *Mestres e conselheiros-manual de atuação dos agentes do patrimônio cultural / organização Marcos Paulo*

de Souza Miranda, Guilherme Maciel Araújo e Jorge Abdo Askar. – Belo Horizonte: IEDS, 2009.

PINTO, Antonio Carlos Brasil. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. Campinas, Papirus, 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Darci. *Teoria do Brasil*. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1972.

SANTOS, Theobaldo Miranda. *Manual de Sociologia*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.