

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS - GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

**DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL E À PROPRIEDADE
PRIVADA -Uma análise sobre o direito à propriedade do bem com valor
cultural frente ao interesse público no Estado Democrático de Direito.**

FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES

Tese apresentada à Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, para concorrer ao Título de Doutor, pelo curso de Pós-Graduação em Direito – Área de concentração: Direito Público.
RECIFE.
Ano 2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS - GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO DOUTORADO

**DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL E À PROPRIEDADE
PRIVADA -Uma análise sobre o direito à propriedade do bem com valor
cultural frente ao interesse público no Estado Democrático de Direito.**

FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES

Tese apresentada à Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, para concorrer ao Título de Doutor, pelo curso de Pós-Graduação em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

RECIFE

Ano 2003

Banca Examinadora

Profa.Dra. Linda Maria de Pontes Gondim

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Prof.Dr. José Rossini Campos do Couto Corrêa

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Prof.Dr. Edílson Pereira Nobre Júnior

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Prof. Dr. Francisco Quiroz Bezerra Cavalcanti

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Patrimônio intangível
é aquele que não se toca, antes
nos toca a nós.
É aquele que se transmite com o
saber e a experiência de vidas.
É aquele que nos identifica e
nos enraíza.
É aquele que se mantém vivo.
Suzana Bicho (Comissão em prol
da candidatura do Marvão - Portugal a Patrimônio Mundial).

AGRADECIMENTOS

À CAPES.

À UNIFOR na pessoa do Professor Francisco Otávio de Miranda Bezerra.

Ao Professor Doutor João Maurício Leitão Adeodato pelo apoio à realização do estágio de pesquisa na Universidade de Lisboa – Portugal.

Aos amigos Fernanda e Agenor Martins, Marisa e Eduardo Pugliesi com suas pequenas Camila e Manuela, Milú e Carlos Neves Filho, Maristela Vasconcelos, o melhor de Pernambuco encontrado em Lisboa.

Aos amigos Paulo Torck, Álvaro Reis Filho e Alessandro Nogueira (Beda), pelas agradáveis horas de convivência lisboeta.

Aos colegas do curso de doutorado pelo convívio e aprendizagem.

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Ao Professor Doutor Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Coordenador do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, pela disposição com que aceitou concluir a orientação deste trabalho.

Ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal, pela disponibilidade em orientar o estágio de pesquisa para elaboração desta tese.

À Professora Doutora Maria Vital da Rocha por sua orientação inicial, inegavelmente decisiva para elaboração desta tese.

Ao Professor Doutor Paulo Antonio de Menezes Albuquerque, dileto amigo, pelo incentivo, conversas e orientações informais tão importantes para a elaboração deste trabalho.

À Desembargadora Gizela Nunes da Costa pelo convite para exercer a Coordenação Geral da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, fato que contribuiu, essencialmente, para a conclusão dos créditos do doutorado.

Ao Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, pela concessão do afastamento funcional que viabilizou a realização do estágio de pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal.

DEDICATÓRIA

Ao meu amor, Valéria Saldanha, minha cúmplice nesta vida.

Às minhas filhas Beatriz e Bruna, na esperança de que possam, no futuro, usufruir de um patrimônio cultural preservado.

Aos meus pais – Hilnê e Lúcio, minha referência de coragem, dignidade e correção no tocar a vida.

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ZUSAMMENFASSUNG.....	12
ABSTRACT.....	14
1.INTRODUÇÃO.....	15
2. Patrimônio Cultural	
2.1- Conceito de patrimônio cultural.....	23
2.1.1 - Patrimônio cultural - abordagem legal.....	25
2.1.2- Definição jurídica da expressão patrimônio.....	31
2.1.3- Elementos integrantes do conceito de patrimônio cultural – bens culturais.....	36
2.1.3.1 - A caracterização geral dos bens aplicada aos bens culturais.....	37
2.1.3.2 - Natureza jurídica dos bens culturais.....	45
2.1.3.3 - Definição de bens culturais.....	50
3. Patrimônio Cultural no Brasil	
3.1- Patrimônio cultural no Brasil – a evolução histórica do conceito de patrimônio cultural.....	58
4. Patrimônio cultural no estrangeiro	
4.2- Patrimônio cultural no estrangeiro.....	77
4.2.1- Em Portugal.....	78
4.2.2- Na França.....	84
4.2.3- Na Espanha.....	96
4.2.4- Na Itália.....	108
5. Patrimônio cultural e a Constituição Federal brasileira	
5.1.1- Disposições constitucionais sobre o patrimônio cultural – considerações terminológicas.....	115

5.1.2- Formas de expressão do patrimônio cultural brasileiro.....	117
5.1.3- Repartição de competências em matéria de patrimônio cultural.....	125
5.1.3.1- Competências da União, dos Estados e Distrito Federal	127
5.1.3.2- Competências legislativa dos municípios e proteção do patrimônio cultural.....	129
5.1.4- Patrimônio cultural como direito e garantia fundamental	
5.1.4.1- As dimensões dos direitos fundamentais.....	136
5.1.4.2- Evolução histórica do conceito de direitos fundamentais.....	140
5.1.4.3- Direito ao patrimônio cultural como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais.....	148
6. Propriedade Privada	
6.1- Evolução histórica do conceito de propriedade	153
6.2- Natureza jurídica do direito de propriedade privada	
6.2.1- Conteúdo da propriedade privada.....	167
6.2.2- Admissão de sacrifícios ao direito de propriedade privada.....	182
7. Função Social da Propriedade	
7.1- Evolução histórica do conceito de função social.....	198
7.2- Natureza jurídica da função social da propriedade.....	213
8. Conclusões.....	215
Anexos.....	230
Referências Bibliográficas.....	262

RESUMO

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Direito ao patrimônio cultural e à propriedade privada – Uma análise sobre o direito de propriedade do bem com valor cultural frente ao interesse público no Estado Democrático de Direito.** 2003. 270p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. O presente trabalho constitui tese acadêmica, exigência final, para conclusão do curso de doutorado e a obtenção do título de Doutor em Direito. O estudo trata do conflito entre o direito à propriedade, e o direito ao patrimônio cultural preservado, ambos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal o que, longe de ser apenas uma questão jurídica, expõe aspectos relacionados à origem do Estado brasileiro, sua formação cultural e política. Neste contexto examina-se o conceito elitista de cultura e a ausência de uma política pluralista e refletir-se no comedimento da doutrina e da jurisprudência brasileiras em definir os limites do exercício do direito de propriedade sobre os bens de interesse cultural. Objetiva-se abordar a evolução do conceito de patrimônio cultural no Brasil realizando uma análise dos fatos históricos e sociais que influenciaram na sua construção, especialmente, no que se refere ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN e também a evolução do conceito de propriedade privada, adequação do seu conteúdo e à possibilidade de admissão de sacrifícios ao direito à propriedade privada. Constitui preocupação central do estudo a comprovação da possibilidade jurídica, fundada no princípio republicano e democrático que norteia o Estado brasileiro, de submeter a propriedade privada, quando ao exercício de suas prerrogativas, à obrigação de atender a função social como condição de seu reconhecimento pelo Estado, bem como ter o seu exercício vinculado ao

cumprimento dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, especialmente quando se tratar do exercício do direito de propriedade sobre bens de interesse cultural.

Palavra-chave: Patrimônio cultural, propriedade privada, bens culturais, valor cultural

ZUSAMMENFASSUNG

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Rechtsanspruch auf Kulturgut und Privateigentum eine Analyse des Eigentumsrechts Kulturell bewerteten Güter demokratischen Rechtsstaat.** 2003. 270p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Die vorliegende Arbeit entspricht den Forderungen, den Akademischen Titels eines Doktor der Rechte zu erlangen. Der Untersuchung geht es um den bestehenden Konflikt zwischen Eigentumsrecht und Recht auf ein unversehentes Kulturgut, welcher, weit über eine versicherte Bestandteile der brasilianischen Verfassung zu sein, zeichnet auch dabei Aspekte, die mit der Ursprung des brasilianischen Staates und seine Kulturelle und politische Bildung zu tun haben. Im diesen Kontext wird auch das elitistische Kulturkonzept sogleich wie das Versäumnis einer pluralistischen Politik zum Lichte gebracht, womit die zurückhaltende Selbstbegrenzung der brasilianischen Doktrin und Jurisprudenz, die Grenze für die Ausübung des Eigentumsrechts geschützter Kulturgüter zu definieren, sich widerspiegelt. Unser Anliegen ist es, die Evolution des Konzepts von Kulturgut in Brasilien zu diskutieren mit Hilfe einer Analyse der historischen und sozialen Fakten, die an ihre Bildung beteiligt gewesen werwn – im besonderen was dem Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) angeht. Dabei wird aber auch die evolution des privaten Eigentumsrechts erwähnt, seine Gehaltsanpassungen und die Restriktionen, die ihm zugeschrieben werden. Es gehört einer der zentralen Ideen dieser Forschung zu beweisen, das es die juristische Möglichkeit bestht – auf Basis der republikanischen und demokartischen Prinzipien, die ihreseits den brasilianischen Staat selbst grüden – dem privaten eigentum die Pflichten der sozialen Funktion als Anerkennungsbedingung deitens des Staates zuzufügen, sogleich wie die Tatsache, dass diese Ausübung an

die Gleichheitsprinzip und Menschenwürde gebunden ist – besonders wenn es um die Ausübung von Eigentumsrecht über kulturelle Erbgüter geht.

ABSTRACT

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Right to cultural patrimony and to private property na inquire of cultural valed good's property law in democrac law-ruled state.**2003. 270p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. The work represents a doctoral thesis presented at the Law School of the Federal University of Pernambuco to achivment of a Ph.D degree. The study involves the conflict between the right of property and right to the protection of historical patrimonium, both stated by the Brazilian Federal Constitution of 1988.Far from being just a juridical question, this analyses exposes the tension also existing in the formation of the Brazilian State, in term os culture and politics. In this context, the work discusses the elitist conception of culture and the lack of a heterogenous cultural policy that be able to take influence on the the Brazilian jurisprudence to precise the limits of the right to property faced to “right of historical patrimonium”. The work discusses also the the evolution of the conception of cultural patrimonium in Brazil connecting it to cultural and historical facts that had influence on its frame, specially on the issue related to the role of the National Historical and Artistical Patrimonium Institute (IPHAN). In the same way, considerations about the concept of right to property composes the center of the thesis. Central discussion of the thesis is the juridical possibility – according to the democratic and republican principles that lead the Brazilian Federal Constitution - of rethinking the right of property up to bound it with its social role as a condition to be recognized by the State; and, if the right of property involves the protection of cultural patrimonium,others elements must be considered, such as equality and dignity in human being.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho constitui parte dos requisitos necessários à conclusão do curso de doutorado em Direito, promovido pela Universidade Federal de Pernambuco e tem por objetivo proceder a uma análise sobre o direito à propriedade privada dos bens com valor cultural frente ao interesse público na ordem jurídica no Estado Democrático de Direito.

A conceituação do patrimônio cultural no Brasil e a conscientização de sua importância, vêm, de certa forma sendo aperfeiçoados a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 na qual, pela primeira vez, em sede constitucional, é reconhecida pelo Estado brasileiro ser o patrimônio cultural formado por bens materiais e imateriais relacionados com à identidade e à memória dos diversos grupos sociais formadores da sociedade brasileira, confirmando-se, assim, que o patrimônio cultural não seria formado tão-somente pelos fatos memoráveis da história brasileira ditados pela elite branca e intelectual, mas ao contrário, seria resultado da participação das várias raças que compõem esta sociedade, com suas crenças, culinárias, danças, modos de criar, agir e viver.

A atual Constituição Federal garante um *status* constitucional aos instrumentos jurídicos de preservação do patrimônio cultural, determina que a proteção dos bens culturais está a cargo do Estado com a colaboração da sociedade, reconhece que o direito ao patrimônio cultural preservado é um direito e uma garantia fundamental do indivíduo. Favorece o entendimento de que, na hipótese de conflito entre o direito à propriedade privada e o direito ao patrimônio cultural preservado, deva

prevalecer o último, por força do princípio da proporcionalidade, como também, pelo interesse público evidente no direito ao patrimônio cultural preservado, em detrimento ao direito à propriedade privada, marcado pelo aspecto meramente individual.

O princípio da função social teria relação com o direito ao patrimônio cultural, especialmente no que se refere ao direito à propriedade privada dos bens culturais, tendo em vista ser necessário uma posição investigatória que mostraria se o citado princípio, seria elemento interno ou externo do conteúdo do direito de propriedade, fato que, indubitavelmente se reveste de considerável importância na solução da questão a respeito da possibilidade de indenização ao proprietário de bens culturais, quando da ocorrência de limitações as suas prerrogativas em face do interesse público traduzido pelos bens com valor cultural.

Percebeu-se, a partir das considerações anteriores, a necessidade de aprofundar o estudo na área do patrimônio cultural, vez que no Brasil, referentemente a esse tema, tem-se uma realidade bem particular, marcada, de um lado, pelo fato de persistir ainda a idéia da intocabilidade da propriedade privada, consequência de um conceito oitocentista de propriedade fomentada pelo conservadorismo de parte da doutrina e da jurisprudência e, de outro lado, por uma maior conscientização da sociedade a respeito da importância da preservação dos bens culturais resultando na preocupação de tentar encontrar soluções para o conflito entre dois direitos fundamentais – a propriedade privada e o direito ao patrimônio cultural preservado, somando-se a tudo isto a pouca importância atribuída ao assunto pela literatura científica brasileira.

No tocante ao conflito entre o princípio da propriedade privada e o do direito ao patrimônio cultural preservado, objeto de estudo desta tese, pode-se verificar que a sua resolução, motivado pela natureza não hierarquizada dos princípios, se dará mediante a ponderação entre eles e pela aplicação do princípio da proporcionalidade que promoverá o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização de medida que restrinja o direito colidido em prol da idéia de equilíbrio entre valores e bens.

Para a elaboração desta tese foi utilizada pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial sobre o assunto. No tocante à pesquisa doutrinária deu-se, essencialmente, nas bibliotecas portuguesas, nomeadamente, na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e na da Procuradoria Geral da República Portuguesa e, com relação a origem bibliográfica, teve prevalência a de língua portuguesa seguida pela italiana, francesa e espanhola. Neste fazer, pode-se observar a escassez de textos brasileiros sobre o assunto, tanto nas bibliotecas nacionais, como nas estrangeiras, fato que fortalece a necessidade do aprofundamento do tema por parte de teóricos e acadêmicos.

Tencionando proceder a análise jurídica desejada, julgou-se didaticamente indispensável, dividir o trabalho em quatro capítulos, assim denominados: patrimônio cultural; patrimônio cultural e a Constituição Federal brasileira; propriedade privada; e, por último, função social da propriedade.

No primeiro capítulo tratou-se da conceituação de patrimônio cultural, verificando-se que a construção do conceito pretendido, além dos aspectos jurídicos, não pode prescindir de outros relacionados à sociologia

e à antropologia, reconhecendo a necessidade da interdisciplinariedade para a elaboração do referido conceito.

Em relação ao elemento essencial do conceito de patrimônio cultural, no caso, os bens culturais, buscou-se caracterizá-los em relação à classificação geral dos bens descritos no direito civil; perquiriu-se a sua natureza jurídica e almejou-se a elaboração do conceito de bens culturais.

No segundo capítulo foi abordado a evolução do conceito de patrimônio cultural no Brasil tendo como parâmetro o surgimento do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional – SPHAN, em todas as suas fases de desenvolvimento, especialmente, a partir dos anos 70 do século passado, quando, pela reunião de vários órgãos ligados à cultura, dentre eles, o Programa de Reconstrução das Cidades Históricas (PRCH) e o Centro Nacional de Referência Nacional (CNRC), verificou-se uma mudança de conduta na defesa do patrimônio cultural que, até então, atuava fortemente influenciado por uma concepção elitista e teria passando a preocupar-se, também, com as artes ditas populares, animado por uma visão mais aberta sobre patrimônio cultural.

A Assembléia Constituinte de que resultou a atual Constituição Federal teve importante papel na construção de um novo conceito de patrimônio cultural foi também um aspecto abordado no primeiro capítulo, destacando-se o movimento das forças de esquerda, dos grupos intelectuais e dos órgãos de cultura para a elaboração de dispositivo constitucional que incluísse, no trato do patrimônio cultural, os bens corpóreos e incorpóreos, sob uma visão individual ou coletiva e que, de alguma maneira, tivessem vinculação com a identidade nacional, nestas

inseridas todas as manifestações dos diferentes grupos étnicos formadoras da sociedade brasileira.

Ainda no terceiro capítulo, analisou-se a evolução histórica do conceito de patrimônio cultural no estrangeiro, especialmente na ordem jurídica portuguesa, espanhola, francesa e italiana.

No quarto capítulo, perquiriu-se a relação entre o patrimônio cultural e a Constituição Federal do Brasil, procurando verificar a adequação do disposto no artigo 216 da Constituição Federal com a moderna teoria do patrimônio cultural, que considera o valor cultural um bem imaterial a ser tutelado pelo Estado, enfatiza a importância da preservação atinente a memória dos diferentes grupos formadores de uma sociedade e defende a necessidade da preservação de uma identidade coletiva.

Buscou-se, ainda, neste capítulo, desvendar o significado da expressão “ *portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*” contida no *caput* do artigo 216 da Constituição Federal, partindo do pressuposto de que estas exigências se conformam com os princípios constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente, o princípio republicano, traduzido pela prevalência da vontade do povo na condução da nação e também com o princípio da dignidade da pessoa humana que garante ao cidadão a preservação das suas referências culturais, independente da sua classe social.

A repartição de competências em matéria de patrimônio cultural dentre os entes federados, ocupou parte da pesquisa,

especificamente, a competência legislativa do município para editar normas de proteção do patrimônio cultural.

Dentro do assunto patrimônio cultural e Constituição Federal, defendeu-se a idéia do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental implícito, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, base da República Federativa do Brasil, no direito à preservação da identidade cultural do indivíduo e na preservação dos valores materiais e imateriais relacionados às ações e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

No capítulo quinto, examinou-se, inicialmente, a evolução conceitual da propriedade privada, ressaltando fatos históricos, políticos e filosóficos que contribuíram na construção daquele conceito e, numa segunda etapa, realizou-se uma análise da natureza jurídica do direito de propriedade para delimitar o seu conteúdo.

Questionou-se, ainda, no quinto capítulo, a admissão de sacrifícios ao direito de propriedade, buscando tratar da questão no específico limite de sua relação com os bens de interesse do patrimônio cultural, verificando quais os tipos de sacrifícios que poderiam ser impostos aos proprietários de bens culturais, se seriam sempre indenizáveis, bem como, perquirindo as circunstâncias em que tais sacrifícios poderiam ser suportados pelo proprietário sem a necessidade de ressarcimento pelas limitações impostas às suas faculdades.

No intuito de aclarar a questão da admissão de sacrifícios ao direito de propriedade, utilizou-se o instituto do tombamento como referência quanto à sua natureza jurídica, declinando as várias posições

doutrinárias a respeito do assunto e, ao fim, buscando esclarecer se a questão da suportabilidade de sacrifícios ao direito de propriedade pelo possuidor de bens de interesse do patrimônio cultural poderia ser visto como uma prevalência do direito ao patrimônio cultural preservado quando em conflito com o direito à propriedade privada, ambos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

No capítulo quinto, dedicado a função social da propriedade, perquirindo-se a evolução histórica do conceito, apontando as teorias desenvolvidas a respeito do tema, nomeadamente, as defendidas por Santo Agostinho, Augusto Comte e León Duguit, sem, no entanto, olvidar da importância dos movimentos políticos e filosóficos dos séculos 18,19 e 20, notadamente as revoluções francesa, industrial e russa.

Julgou-se imprescindível um estudo das constituições brasileiras no tocante ao tratamento dispensado a função social, especialmente a atual Constituição, na intenção de comprovar que a exigência do cumprimento da função social da propriedade não seria a sua negação, mas, ao contrário, uma garantia do seu exercício de forma a atender aos anseios da coletividade.

Ainda, no capítulo quinto, promoveu-se a verticalização do estudo sobre a função social buscando definir sua natureza jurídica, detendo-se na existência das duas correntes doutrinárias que, tratando da matéria, a defendem como um elemento estrutural e, em outras ocasiões, como um elemento externo do conteúdo do direito de propriedade, aspecto, por sinal, imprescindível à análise da possibilidade de ressarcimento do proprietário de bens de interesse cultural nas hipóteses de imposição de limitações ao exercício de suas prerrogativas de proprietário.

Por fim, procurou-se, ainda, nesta tese, comprovar ser possível, por força do princípio republicano e democrático, fundamento do Estado brasileiro, submeter a propriedade privada, quanto ao exercício de suas prerrogativas, a obrigação de atender à função social como condição de seu reconhecimento pelo Estado, bem como, ter seu exercício vinculado ao cumprimento dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, especialmente quando se tratar do exercício do direito de propriedade sobre bens de interesse cultural.

2. Patrimônio Cultural

2.1- Conceito de patrimônio cultural

O patrimônio cultural é inerente a todo e qualquer o processo civilizatório, por não se conceber desenvolvimento cultural subestimando o valor das experiências, das invenções artísticas e sociais consagradas pela tradição. O que se denomina de patrimônio cultural engloba tanto a arte erudita, acessível, geralmente, a elite, como, também a denominada de arte popular, sendo, ambas, a comprovação das marcas da história e da identidade de diversos grupos sociais que constituem a memória coletiva, fator indispensável à evolução de uma sociedade. No entanto, o patrimônio cultural para *cumprir o seu papel social não se pode retrair à condição de um arquivo arqueológico à disposição dos estudiosos da história e da arte ou a ser oferecido, quando possível, à fruição do público*. Não se pode admitir que os bens formadores do patrimônio cultural sirvam *de admiração pelo passado*, mas, ao contrário, devem *se integrar à vida de hoje, participando com sua carga de valores históricos, artísticos e sociais, da construção do nosso futuro*. Pode-se dizer que o patrimônio cultural, no entendimento de Campello¹, seria algo vivo, moderno, contemporâneo, por ser dinâmico e, contrariando a conduzir o processo civilizatório.

Pode-se observar, no pensamento de Campello sobre o patrimônio cultural, apesar da ausência de uma abordagem jurídica, a

¹ CAMPELLO, Glauco – Ações patrimoniais, in **Um olhar sobre a cultura brasileira**, p.1. Fonte: www.minc.gov.br/textos/olhar/açõespatrimoniais.htm. Acesso em 07.01.2003.

referência a outros aspectos, indispensáveis, para o trato do tema, tais como, a memória coletiva formada pelas experiências e invenções e a importância de sua preservação para o favorecimento à fruição pública dos bens culturais.

Assevera Fonseca² que a constituição de patrimônio cultural seria típica atividade dos estados modernos, que, fazendo uso da sua intelectualidade e, através de instrumentos jurídicos específicos, delimitariam “*um conjunto de bens no espaço público, atribuindo-lhes valor pela qualidade de suas manifestações culturais e símbolos para a nação resultando na necessidade de proteção que garanta a sua transmissão para gerações futuras*”. Nessa perspectiva a política de preservação do patrimônio cultural age sobre o aspecto simbólico da coisa, objetivando reforçar uma identidade coletiva que resultaria na educação e na formação de cidadãos.

A construção do conceito de patrimônio cultural abrange a abordagem de aspectos privatistas fundamentais como o conceito de propriedade e exige, também, uma verificação da forma de atuação do Estado na preservação da memória coletiva. Assim, pode-se, inicialmente, observar que a formulação de um conceito de patrimônio cultural, longe de ser tarefa fácil, importa em incursões a matérias afeitas ao direito privado, no caso o direito civil, bem como ao direito constitucional e ao administrativo, ao direito público, portanto.

Eduardo Vera-Cruz Pinto³ argumenta que a conceituação de patrimônio cultural quando fixada por lei corre o risco de empobrecer a

² FONSECA, Maria Cecília Londres - **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**, Rio de Janeiro, UFRJ: IPHAN, 1997, p. 11.

³ PINTO, Eduardo Vera-Cruz – **Contributos para uma perspectiva histórica do direito do patrimônio cultural em Portugal**, Direito do Património Cultural, Instituto nacional de Administração, Lisboa, 1996, p. 206.

qualidade conceitual do direito do patrimônio cultural. A conceituação do instituto a partir das normas constitucionais e de direito administrativo utiliza-se de expressões, cuja origem, natureza e conceito estão ligados ao direito privado, não sendo necessária análise da fundamentação que as podem sustentar. Defende, ainda, a aceitação da conferência de categorias de regime jurídico com os textos legais que sistematizam várias normas referentes ao patrimônio cultural, como se bastasse a formalidade de estarem umas seguidas às outras num ato normativo, sem unidade de conjunto; elaboram-se, também, categorias pretensamente jurídicas, partindo da interdisciplinariedade imposta pela abrangência legal, sem antes procurar apurar os sentidos e conteúdos jurídicos dos institutos que o integram; legitima-se pela forma, sem justificar-se pela substância, a opção do legislador constituinte de funcionalizar todos os elementos integradores do patrimônio cultural, com o conseqüente alargamento e agravamento das restrições à propriedade privada.

O problema central do direito do patrimônio cultural é a construção de um conceito capaz de unir o direito, a teoria do patrimônio e a filosofia da cultura. Um conceito que não se perca nas definições jurídicas longas, não se abstraia dos aspectos relacionadas a cultura e que envolva questão do patrimônio e do conceito de propriedade. Este é o desafio apresentado aos juristas que atuante nesta aérea do conhecimento.

2.1.1- Conceituação de patrimônio cultural - abordagem legal

A Constituição Federal do Brasil, no artigo 216, *caput*, apesar de não definir o patrimônio cultural, afirma que este é constituído por 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; e V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A ausência de um conceito constitucional de patrimônio cultural, apesar da exposição de aspectos que devem compor a sua definição, tais como, identidade cultural, memória, dentre outros, fortalece o entendimento de que a conceituação do patrimônio cultural não é tarefa exclusiva e autônoma da lei, mas, ao contrário, atividade que se utiliza de conceitos da antropologia e da sociologia.

O dispositivo constitucional contido no artigo 216 da Constituição Federal do Brasil faz referência à memória, à identidade e à ação de grupos na formação da sociedade brasileira. O conteúdo da expressão memória e identidade da sociedade brasileira contido no referido artigo somente poderá ser compreendido a partir dos conhecimentos antropológicos e sociológicos da sociedade brasileira. Daí, afirmar-se, mais uma vez, que o conceito de patrimônio cultural não pode ser concebido em uma definição puramente legal, desprezando aspectos que exigem uma visão interdisciplinar.

Fernando dos Reis Condesso⁴ referindo-se a uma proposta legislativa portuguesa que pretendia estabelecer as novas bases da política

⁴ CONDESSO, Fernando dos Reis – **Direito do ambiente**, Coimbra, Almedina, 2001, p. 1197.

e do regime de proteção e de valorização do patrimônio cultural, conceitua patrimônio cultural como conjunto de todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura, portadores de interesse cultural relevante devam ser objetos de especial proteção e valorização.

A Constituição Portuguesa⁵ no artigo 78º. reza que todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de, também, preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural. Igualmente a Constituição brasileira, não há na portuguesa a definição de patrimônio cultural faltando-lhe, ainda, uma indicação do conteúdo do patrimônio cultural, fato não verificado na Carta brasileira.

Carla Amado Gomes⁶ defende que ao se falar em patrimônio cultural, tem-se logo em mente uma referência coletiva, um repositório comum de tradições e vivências. Não se pode olvidar, continua Carla Amado Gomes, que os monumentos, estações arqueológicas, aldeias, dialetos, são símbolos em torno dos quais gravitam memórias, testemunhos da história de uma coletividade.

A lei portuguesa N.º 13 de 6 de julho de 1985, denominada de Lei do Patrimônio Cultural no seu artigo 1º. prevê que o patrimônio cultural português é constituído por todos os bens materiais e imateriais

⁵ “Art 78º. – 1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bom como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural. 2. Incube ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: a) incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bom como corrigir as assimetrias no país em tal domínio; b) apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade; c) promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; d) desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro; e) articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.”

⁶ GOMES, Carla Amado – **O património cultural na Constituição (anotação ao artigo 78o.), Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976**, Volume I, Jorge Miranda (Coord), Lisboa, Editora Coimbra, 1996,pp.337/338.

que, pelo seu reconhecido valor próprio, devam ser considerados como de interesse relevante para a permanência através do tempo.

Na Itália, a comissão encarregada de efetuar o levantamento das condições exigidas para a proteção e valorização dos objetos de valor cultural, denominada *Commissione Franceschini*, instituída em 1966, elaborou uma definição de bem cultural que inovava profundamente a tradicional categoria *cose, immobili e mobili*⁷, e apresentava interesse histórico, artístico, paisagístico e etnográfico.

Os posicionamentos da referida comissão não foram capazes de modificar o entendimento traduzido na lei italiana, nem conseguiram influenciar quando da elaboração de um novo estatuto sobre bens culturais com a edição da lei 352 de 1997.

A noção de bens culturais contida no artigo 148 do Decreto Legislativo italiano de nº 112/98⁸, abrange os conceitos de patrimônio histórico, artístico, monumental, demoetnoantropológico, arqueológico e bibliográfico, acrescidos de outros aspectos que constituem testemunho dos valores da civilização, assim individualizados com base na lei.

Acentua CHITI⁹ que a definição contida no decreto legislativo No. 112/98 é extremamente ampla, facilitando uma interpretação aberta

⁷ PITRUZZELLA, Giovanni – La nozione di beni culturale (artt. 1,2,3 e 4 d.lg.490/1999) In: **AEDON – Rivista di arti I diritto on line**, No. 01, 2000, Issn 1127-1345. Fonte: www.aedon.mulino.it/archivo/1998/1/chiti.htm. Acesso em 15.01.2003.

⁸ “ Art. 148. *Definizioni* 1. Ai fini del presente decreto legislativo si intendono per: a) "beni culturali", quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà' così' individuati in base alla legge;.....”

⁹ CHITI, Mario P. – La nuova nozione di “ beni culturali” nel d. Leg. 112/98: prime note esegetiche”. IN: **AEDON – REVISTA DI ARTI I DIRITTO ON LINE**, NO. 01, 1998, Issn 1127-1345. Fonte: www.aedon.mulino.it/archivo/1998/1/chiti.htm. Acesso em 15.01.2003. Não paginado.

quando se refere a outros componentes da formação de bens culturais que constituem valores para a civilização e sejam individualizadas pela lei.

A dificuldade do legislador em conceituar patrimônio cultural, marcada pela imposição de conceitos fixos, tais como o lapso temporal de 50 anos para que uma obra seja considerada um bem cultural, como afirmava a lei italiana No. 1.087 e os trabalhos desenvolvidos pela *Commissione Franceschini*, influenciaram as reflexões de Gianinni¹⁰, a respeito da impossibilidade de utilização de critério mecânico para considerar obras da arquitetura que, pela ausência de lapso temporal, resultariam na ausência de catalogação de obras arquitetônicas como Brasília, ou obras de Corbusier, Wrigth e outros arquitetos cujas criações são consideradas como patrimônio cultural.

A crítica de Gianinni merece acolhida na proporção em que a lei não cria a importância da obra para história ou para memória de um povo, sendo, tão-somente, um instrumento de reconhecimento e regulamentação de um fato que existe independente da vontade da lei.

É de se considerar a observação de Gianinni ao destacar que a construção do conceito de patrimônio cultural carece de elementos somente encontrados quando o jurista se permite uma relação de interdisciplinariedade conceitual.

O papel da lei na conceituação de patrimônio cultural pode ser entendido como capaz de atribuir-lhe interesse público. Defende Marés de

¹⁰ GIANINNI, Massimo Severo - I beni culturali, in *Revista Trimestrale di diritto pubblico*, No. 03, Milano, Dott. A. Guiffre Editore, 1976, página 10.

Sousa Filho¹¹ que bem cultural é um conceito jurídico e o fato de ser cultural é apenas uma qualidade sua, não excluindo outros qualificativos, como móvel e imóvel, público e privado, fungível e infungível, tudo isso visto como bem físico, real, material. A essência jurídica do conceito estaria na qualidade cultural que transforma o bem, atribuindo-lhe interesse público, infungibilidade e especial proteção jurídica.

O conceito de patrimônio cultural, no entendimento de Brito¹², visa conferir uma unidade de sentido ao conjunto de bens culturais no âmbito do ordenamento jurídico. Defende, ainda, o referido autor, que o direito do patrimônio cultural opera um verdadeiro corte transversal em toda a ordem jurídica e que seu conceito mobiliza um aspecto importante no discurso constitucional: a participação popular disciplinada no artigo 73º.e 78º. da Constituição Portuguesa.

O conceito de patrimônio cultural na Constituição Espanhola, segundo afirma Caballeria¹³, adota uma concepção ampla, entendendo patrimônio cultural como o conjunto de todas os bens culturais,incluindo tanto os bens que se apresentam unos(cultural material) ou em forma de conjunto (obras literárias), atividades(folclore, tradições e manifestações etnográficas em geral) ou, ainda, em forma difusa, através da linguagem. Vale ressaltar que o importante na definição espanhola de patrimônio

¹¹ SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés – A tutela dos bens culturais e a responsabilidade patrimonial do estado, in **Revista da Faculdade de Direito**, ano 23, No. 23, Curitiba, 1986, página 252.

¹² BRITO, Miguel Nogueira de – Sobre a legislação do patrimônio cultural, in **Revista Jurídica**, Nova Série, No. 11, Lisboa, 1989, páginas 167-169.

¹³ CABALLERIA, Marcos Vaquer – **Estado y Cultura: La función cultural de los poderes públicos en la constitucion española**, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A, 1998, pp. 256/257

cultural é o valor transmitido pelo fato e não a forma de manifestação simplesmente.

2.1.2- A definição jurídica da expressão patrimônio

A busca pela definição jurídica de patrimônio começa a partir da relação jurídica existente entre o *pater*, sua família e seus bens marcada pelo fato de que, sob o domínio do *pater*, se encontrava todo o patrimônio da família, conseqüência da posição jurídica desempenhada pelo *pater* como o detentor dos destinos de toda a família.

A teoria romana das coisas, no entendimento de Menezes Cordeiro¹⁴, encarava-as em si mesmas, ou seja, independente da posição que ocupassem perante as pessoas sujeitos de Direito. O aspecto subjetivo era o fundamento das inúmeras classificações de patrimônio.

Deve muito a teoria da construção jurídica do significado de patrimônio aos juristas franceses Charles Aubry e Frédéric-Charles Rau que defendiam ser o patrimônio um conjunto de bens de uma pessoa, entendido como uma universalidade, ou seja, uma massa heterogênia unificada a partir do sujeito. A teoria conformada por Aubry e Rau tem sido objeto,

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo II, Volume I, Lisboa, Almedina, 2000, p.177

ainda hoje, de muitas críticas pelo seu conteúdo, eminentemente, subjetivo, como afirma Fabre-Magnan¹⁵.

A teoria de Aubry e Rau, no dizer de Mazeaud & Mazeaud¹⁶ teria como fundamento três aspectos: a) o patrimônio é uma universalidade jurídica (*Un lien existe entre l'actif et le passif*); b) esta universalidade está ligada a pessoa (*émanation de la personnalité*) ; c) o patrimônio só compreende posições patrimoniais (*le patrimoine ne comprendrait que des droits de valeur patrimoniaux*).

As críticas contra a teoria produzida por Aubry e Rau centram-se, primeiramente, no fato de que não há um paralelismo entre a personalidade e o patrimônio de tal forma que se poderia falar de uma ligação indispensável entre uma e outra. Observa-se, no entanto, que o elo de ligação entre pessoa e coisa para a formação da universalidade não advém exclusivamente da noção de personalidade ou vontade, mas, e essencialmente, da noção de afetação que resulta da vontade.

Igualmente, merece crítica a teoria personalística de Aubry e Rau no sentido de defender a indivisibilidade e a impossibilidade de transmissão do patrimônio. Nesta linha de raciocínio, o patrimônio somente

¹⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel – Propriété, patrimoine et lien social. **Revue trimestrielle de droit civil**, No. 03, juillet-septembre, Paris, Éditions Dalloz, 1997, p. 600.

¹⁶ MAZEAUD, Henri et Léon e MAZEAUD, Jean- **Leçons de Droit Civil**, Tomo I, Volume I, Paris, Éditions Montschrestien, 1972, p. 320..

¹⁷ “ *Le patrimoine, considéré comme ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires, exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une paraille valeur. Pour en déterminer la consistance, il faut, de toute nécessité, déduire le passif de l'actif. La circonstance, toutefois, que le passif surpasserait l'actif ne ferait pas disparaître l'existence du patrimoine, qui comprend les dettes comme il comprend les biens*” AUBRY, Charles e RAU, Frédéric-Charles- **Cours de Droit Français- d'après la méthode de Zacarie**, 4^a. Edição, Tomo VI, Paris, Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1873, p. 231

seria transmitido, por exemplo, pela sucessão hereditária, neste caso, pela adoção do critério da ficção jurídica que reconheceria a continuação da personalidade do defunto pelos herdeiros. A indivisibilidade, por sua vez, se daria pela impossibilidade de uma pessoa ter mais de um patrimônio o que é contrariado pela ocorrência de mais de um patrimônio relativo a mesma pessoa.

A terceira e última característica de patrimônio defendida por Aubry e Rau é a relacionada com limitação do patrimônio aos direitos traduzíveis em pecúnia. Sustentam os juristas franceses¹⁷ que o patrimônio é considerado um conjunto de bens e valores, exprimindo, ele mesmo, em definitivo, a idéia de um paralelismo de valores.

Asseveram os citados juristas, que em relação ao patrimônio, deve-se, quando necessário, subtrair o passivo do valor dos ativos e, se, por acaso, o passivo for maior que ativo não será motivo para negar a existência do patrimônio que inclui as dívidas e os bens.

Ao contrário do entendimento exposto, sabe-se, hoje, ser possível ter dentre os bens componentes de um patrimônio, coisas que não têm, de imediato, um valor pecuniário. Algumas coisas ou direitos são incluídos no patrimônio pela sua afetação ou finalidade a certas pessoas.

François Geny¹⁸, em crítica a teoria de Aubray e Rau, referindo-se ao substrato da teoria dos juristas franceses, assegura não ter encontrado outra expressão para qualificar a teoria, a não ser: concepção de espírito.

¹⁸ “*Pourtant, je ne puis m’empêcher de penser que le substratum de cet édifice, si laborieusement et si ingénieusement bâti, n’est autre chose qu’une pure conception de l’esprit, empruntant à la réalité un élément tout à fait simple, que le travail subjectif des interprètes a déformé et dénaturé, comme à plaisir*”. GENY,

Nesse sentido, acentua Menezes Cordeiro¹⁹ que, complementando o entendimento de François Geny, a teoria clássica do patrimônio é pura concepção do espírito; ela parte de uma constatação - o complexo de direitos e deveres duma pessoa, que permite explicar a responsabilidade patrimonial e a sucessão *causa mortis* - para erguer um edifício do qual retira conseqüências do regime.

A concepção elaborada não corresponderia ao regime jurídico em jogo e impediria inovações jurisprudenciais importantes, como a que admite a afetação como fundamento do patrimônio.

A teoria clássica de patrimônio, elaborada por Aubry e Rau, apesar das críticas sofridas, é indispensável para a compreensão e formulação de novas teorias acerca do patrimônio, uma vez que no conceito de patrimônio estão sempre presentes pessoa e bens, modificando-se, de acordo com cada teoria, a ligação entre um e outro.

A teoria moderna sobre patrimônio, no entendimento de Menezes Cordeiro²⁰, centra-se, basicamente, nos bens em si, considerando seu fim e sua afetação. Haveria, pelo entendimento defendido modernamente, a possibilidade da co-existência de patrimônios relativos a mesma pessoa baseado na ênfase objetivista da teoria.

Modernamente, o patrimônio pode ser entendido como uma noção não definida por lei, susceptível de várias aplicações ou ainda como

François - *Méthode D'interpretation et sources en Droit Privé positif - essai critique*, Paris, Libraire Maresq Ainé, 1899, p. 127.

¹⁹ Obra citada, pp. 178-179.

²⁰ Obra citada, p. 179.

um conjunto de posições ativas patrimoniais em função de determinado ponto de vista.

A respeito de patrimônio, numa visão moderna, entende Paulo Cunha²¹ que vários e grandes vetores conformam o instituto, dentre eles, apontando os seguintes: não existe uma relação central entre as noções de patrimônio e de personalidade; embora raramente, pode haver pessoas sem patrimônios; não pode haver patrimônio sem qualquer conteúdo: trata-se duma noção quantitativa que, a não haver conteúdo, ficaria sem base alguma; o patrimônio não compreenderia nem os chamados bens inatos, nem bens futuros. Complementa Cunha, afirmando que os denominados princípios da constância e da inerência do patrimônio seriam, assim, infundados: traduziriam, no fundo, a idéia de capacidade, não a de patrimônio.

Interessa para a definição jurídica de patrimônio e para o desenvolvimento deste trabalho, a perspectiva de que o patrimônio, como instituto jurídico, não possui definição estática, prestando-se, desta forma, a ser moldado de acordo com cada contexto.

Essa possibilidade de acomodação do conceito permitirá, oportunamente, neste trabalho, verificar a existência de um patrimônio cultural em que se poderá definir o seu conteúdo e os sujeitos dos direitos dele decorrentes.

²¹ Cunha, Paulo – **Do patrimônio**, Dissertação de Doutoramento – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1934, pp. 660 e seguintes.

2.1.3-Elementos integrantes do conceito de patrimônio cultural – bens culturais

A definição de bens culturais não pode perder de vista que o elemento indispensável a sua construção é a compreensão de que o *valor* da coisa como forma de traduzir a memória de um povo é o seu ponto de diferenciação para com as demais classificações referentes a bens e, ainda, que objeto da tutela relativa aos bens culturais reside muito mais no valor que o bem expressa do que o objeto material que lhe serve de suporte, como refere Giancarlo Rolla²².

O valor da coisa, para efeitos culturais, é o que vai caracterizar um objeto como sendo um bem cultural. A sua qualidade de material ou imaterial pode ser considerada para se trabalhar uma subclassificação dentro dos bens culturais e, também, para imposição de providências referentes a sua preservação. Assim, a um bem cultural imaterial caberá a imposição de regras de preservação que se diferenciam daquelas de coisas materiais. Às materiais impõem, a princípio, ao proprietário, uma obrigação de não fazer, de conservar, de oferecer ao Estado o direito de preempção na hipótese de alienação, dentre outros. Já na preservação de bens culturais imateriais, tais como as receitas culinárias de origem africana, as danças, as festas de santos, não se pode, a princípio, impor ao cidadão um dever concreto de preservação. Nesse caso, a preservação dos valores, fator de caracterização dos bens culturais, ficaria a cargo do Estado, com a colaboração do particular, e efetivada por meio de regras de proteção do

²² ROLLA, Giancarlo – Bienes Culturales y Constitución, *in* **Revista del Centro de estudios constitucionales**, Madrid, No. 02(Enero-Abril 1989), p. 170

patrimônio imaterial, tais como gravações magnéticas, descrição de rituais e receitas em livros próprios, dentre outras.

A definição de bem cultural deverá iniciar-se pela conceituação de bem, mesmo que de forma superficial, para se concentrar no aspecto da cultura como elemento qualificador desta espécie de bem.

Outra conduta indispensável para a construção do conceito de bens culturais é a verificação de sua relação com a coisa em si, a verificação da possibilidade do sujeito do direito ao bem cultural ser diferente do sujeito que exerce o domínio sobre aquela coisa e, com isso, identifica-se a natureza jurídica dos bens culturais.

A busca pela solução desse conflito relativo a possibilidade de existir sobre o mesmo objeto dois direitos diferentes e, ainda, a diminuição do exercício das prerrogativas de propriedade pelo *dominus* do bem de interesse cultural em detrimento de um outro sujeito traduzido pela coletividade é, também, um aspecto a ser destacado na produção do conceito de bem cultural.

2.1.3.1 – A caracterização geral aplicada aos bens culturais

A diferenciação entre coisa e bem, não será objeto de investigação neste trabalho vez que se utilizará, com o mesmo significado, uma expressão pela outra. Na abordagem das espécies de bens deve-se verificar a relação de suas espécies com os bens culturais.

A primeira classificação de bens aborda a dicotomia entre bens móveis e imóveis. O fator de diferenciação entre estas espécies se faz pela possibilidade de transportá-las de um lugar para outro sem alteração da substância. O critério físico - ligado à mobilidade ou não de determinado bem importa em conseqüências sobre a legislação relativa ao patrimônio cultural, como afirma Cornu²³, quando explica que os bens imóveis, por sua natureza - tornam-se mais fáceis de identificação e conhecimento, bem como facilitam a imposição de regras de preservação.

Ao contrário, os bens móveis, por sua possibilidade de circulação, são passíveis de serem alienados sem muito controle, de serem deslocados de um lugar para outro, dentro ou fora das fronteiras nacionais, ou de serem emprestados ou postos em depósito, fatos que, por si só, fundamentam a necessidade de criação de normas mais específicas para a proteção destes bens culturais.

Ainda no tocante à definição de bens móveis e imóveis e a sua importância para a conceituação de bens culturais, vale ressaltar a ocorrência de uma maior proteção legal aos bens culturais da espécie imóvel em detrimento da móvel, motivado pela proeminência em relação aos primeiros, dos aspectos econômicos e simbólicos.

O aspecto econômico é traduzido pela maior valorização dos bens imóveis em relação aos móveis, apesar de se verificar que certas obras de arte móveis têm valor superior e até mesmo, despropositados, em relação a bens imóveis.

²³ CORNU, Marie - **Le droit culturel des biens - L'intérêt culturel juridiquement protégé**, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 90.

Fortalece essa importância atribuída aos bens imóveis, em detrimento dos bens móveis, o conceito de propriedade trazido pelo Código Civil Francês de 1804 que o concebeu como algo absoluto, submetido apenas a normas administrativas, traduzindo, dessa forma, a ideologia liberal da época que considerava a propriedade imobiliária como uma referência de poder econômico e político, resultando numa importância destacada dos bens imóveis que se faz sentir, até hoje, relativamente aos bens integrantes do patrimônio cultural.

No aspecto simbólico, pela quantidade e pela preocupação que se tem dado à proteção dos bens imóveis, em detrimento dos móveis, pode-se dizer, como entende Cornu²⁴, que os bens imóveis constituiriam uma categoria suprema dentro dos bens culturais.

A segunda classificação relativa aos bens e com projeção sobre os bens culturais é a que diferencia bens corpóreos de bens incorpóreos. A respeito dos bens incorpóreos, afirma Santoro-Passarelli²⁵ que as obras literárias, artísticas, interpretativas e as invenções industriais são bens verdadeiramente novos, produtos do espírito humano, e mais importantes do que outros porque deles depende principalmente o progresso da humanidade.

Aos bens culturais aplicam-se, também, as mesmas regras que diferenciam os bens corpóreos dos incorpóreos em geral, sendo que tal distinção tem para os bens culturais uma importância excepcional, vez que sob o mesmo objeto podem ser conciliados direitos materiais e imateriais.

²⁴ Obra citada, p. 92.

²⁵ SANTORO-PASSARELLI, F. – **Teoria Geral do Direito Civil**, tradução de Manuel de Alarcão, Coimbra, Atlântica Editora, 1967, p.37.

²⁸Obra citada, p. 170.

Essa possibilidade de co-existência pode ser visualizada na situação em que o sujeito exerça sobre determinado objeto os direitos previstos no artigo 1228 do Código Civil Brasileiro e, também sobre ele, exerça os poderes relativos aos direitos autorais, estes, considerado um bem imaterial. Nesse aspecto da imaterialidade dos bens culturais, Giancarlo Rolla²⁶ defende ser esta uma característica de sua estrutura, argumentando que a categoria bem cultural não estaria representada pelo objeto em si, mas, ao contrário, pela função imaterial do progresso, do conhecimento e do aperfeiçoamento da personalidade do indivíduo.

Uma terceira classificação de bens, também interessante para a conceituação de bens culturais, é a que atribui aos bens em geral a possibilidade de serem substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. A fungibilidade, como espécie de bens, não se aplica aos bens culturais, por lhe serem, em geral, atribuídos valores que são únicos, particulares e imutáveis. Nesse sentido, conforme assevera Cornu²⁷, o critério da fungibilidade está afastado dos bens culturais pelo interesse que eles contêm, e não simplesmente pelas dificuldades de conceituação da espécie no plano jurídico.

A fungibilidade, como característica atribuída aos bens em geral, afina-se com a possibilidade de um dado bem, ao ser usado, ser considerado consumptível. Atribuir-se a um bem a característica de ser consumível não indica, unicamente, a sua destruição física, podendo, também, ser considerado consumível um bem colocado para alienação que se mantém integral o seu estado físico.

²⁷“Le critère de fungibilité, sans doute plus souvent écarté pour les biens culturels au regard de l'intérêt qu'ils contiennent, ne pose pas de difficultés spécifiques au plan juridique, s'agissant de biens du “patrimoine culturel”. Obra citada, p. 85.

A probabilidade de um determinado bem ser fungível e, por conseqüência, ser consumível não se aplica aos bens culturais, vez que estes têm nuances particulares. Primeiro, porque, geralmente, os bens culturais, dada a sua natureza e pelo fato de traduzirem um valor, são únicos, portanto, como já se disse, infungíveis. Segundo, a possibilidade de ser consumível os tornam, pelos mesmos motivos, impassíveis a qualificação como bens culturais. A este respeito, ou seja, a viabilidade de aplicar-se aos bens culturais a característica de serem consumíveis, afirma Marie Cornu²⁸ que esta idéia não se adequa aos bens culturais, uma vez que o valor por eles exprimido são *choses de l'espirit* e, como tais, permanecem intactos, mesmo que os objetos que os traduzam, como por exemplo, os livros em relação a uma obra literária, ou a apresentação de uma peça teatral em relação ao texto, desapareçam fisicamente.

A impossibilidade dos bens culturais serem consumíveis, por exprimirem, como assevera Marie Cornu, o valor de *choses de l'espirit*, desperta uma merecida reflexão sobre o papel da cultura numa sociedade caracterizada, pelo menos a partir dos anos cinqüenta do século passado, pela força da “indústria cultural”. A expressão foi tematizada na obra “*Dialetik der Aufklärung*”²⁹ de Max Horkheimer e Theodor Wiesengrund-Adorno, fundadores da chamada “Escola de Frankfurt”, e se deixa traduzir pela massificação da cultura, onde toda a arte servirá apenas de aprisionamento – intelectual – da sociedade para fundamentar o modo capitalista de produção. Neste sentido, a perda da identidade e do potencial

²⁸Obra citada, p. 87.

²⁹Dialética do Esclarecimento (ou da Ilustração), como ficou conhecida no Brasil este trabalho clássico dos citados Autores, na tradução de Guido Antonio de Almeida (Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1985). Devo especial agradecimento ao Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima pela tradução do trecho aqui citado, que foi confrontado com o original da “*Dialetik der Aufklärung*”, após comparação com o texto da tradução para a língua portuguesa..

de se construir uma identidade cultural diferenciada é tarefa que não deve ser abdicada pela crítica – tampouco pelos intelectuais – das sociedades modernas emergidas após o conflito da Segunda Guerra Mundial. Lapidar, nesta direção, é o pensamento dos referidos Autores, logo no início da obra, quando da elaboração do ímpeto eliminador dos ideais libertários que a arte pode possibilitar ao homem por parte da sociedade de consumo de massa.

“É indiferente que o asséptico espaço da fábrica Volkswagen e o Palácio de Esportes – com tudo que lhe é inerente – liquidem brutalmente a metafísica; mas que eles se tornem, no todo social, a própria metafísica, o pressuposto ideológico onde se concentra toda a desgraça real, não é indiferente. Este é o ponto de partida de nossos fragmentos”³⁰.

A defesa do patrimônio cultural, mesmo praticada pelas sociedades de massificação cultural é denunciadora de apenas mais uma das tensões internas do sistema de propriedade privada, o qual se vê obrigado ao compromisso de ceder a algumas das reivindicações externas aos seus movimentos naturais. Neste ponto, a defesa do patrimônio cultural perante o vandalismo dos esforços modernizantes típico das sociedades de consumo e de massa pode perfeitamente ser elevado à categoria não somente de elemento de resistência cultural em si, que busca manter e reconstruir a identidade cultural de um povo. Partindo da crítica dos “Frankfurtianos”, pode esta defesa ser compreendida como uma resistência ideológica e de advertência lúcida da tarefa necessária a ser empreendida pelos viventes de hoje: a preservação de uma memória que não poderá ser

³⁰ADORNO, Theodor und Max Horkheimer – **Dialektik der Aufklärung**, Theodor Adorno gesammelte Schriften Bd. 3, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1998, p. 16. No original: *“Das der hygienische Fabrikraum und alles, was dazu gehört, Volkswagen und Sportpalast, die Metaphysik stumpfsinnig liquidiert, wäre noch gleichgültig, aber daß sie im gesellschaftlichen Ganzen selbst zur Metaphysik werden, zum ideologischen Vorhang, hinter dem sich das realen Unheil zusammenzieht, ist nicht gleichgültig. Davon gehen unsere Fragmneten aus”.*

esquecida – para o bem e para o mal – na perspectiva de que todos sejam chamados a atenção para os problemas e os sucessos que se viveram noutros tempos.

A busca por esta racionalidade se materializa também na construção de uma ampla defesa ativa do patrimônio cultural: elemento interno ao constitucionalismo brasileiro, cuja premissa maior é a da implementação de um Estado Democrático de Direito. Este conceito, como não poderia deixar de ser, nada mais é que uma construção da história na formação do Estado brasileiro, influenciada pela corrente de pensamento ocidental que mostram o percurso da democracia. Compete, desta forma, ao Estado brasileiro a identificação destas variantes para o entendimento, segundo as imposições constitucionais, e aplicação das determinações constitucionais relativas à proteção do bem com valor cultural frente ao direito de propriedade.

O diálogo desta observação com o tema do direito de propriedade e o patrimônio cultural sugere, ainda, digressões que explicitam, de um lado, tanto a força da idéia de propriedade privada enquanto elemento constitutivo do estado da atualidade globalizada; como de outro, o poder do argumento ainda idealista de que se deve limitar o direito de propriedade em nome da construção de uma identidade cultural, o que, contraditoriamente, pode ocorrer de forma limitada mesmo em sociedades que aderiram ao modelo de “sociedade da indústria de consumo”. A idéia da prevalência da proteção da propriedade com valor cultural em detrimento do direito de propriedade insinua, desta forma, rupturas localizadas com estruturas sociais dominantes, o que demonstra por fim que, mesmo numa sociedade orientada para o consumismo massificado, o espaço de reivindicações culturais exógenas é possível. Não

é sem justificativa que a existência de uma “guerra fria cultural” requereu especiais esforços do capitalismo central para convencer ao pensamento político mundial que a indústria do consumo cultural massificado possui a capacidade mobilizatória de procurar absorver para si exatamente a sua antítese, pelo menos discursiva³¹.

Por último, merece ser abordada a espécie de bens definida pela vocação de circulação, conhecidos como bens do comércio e bens fora do comércio. No entendimento de Santoro-Passarelli³², bens fora do comércio são aqueles, que não podem constituir objeto de disposição jurídica: compreendem, de uma maneira geral, os bens comuns a todos e os bens do domínio público que estão absolutamente subtraídos ao comércio, enquanto não percam essa sua qualidade, mediante a desafetação do domínio público e a conseqüente passagem à categoria dos bens patrimoniais. No sentido contrário, os bens do comércio, podem circular entre sujeitos diferentes e fazem parte do acervo disponível do indivíduo.

A possibilidade de circulação dos bens fundamenta-se em duas disposições: uma, de origem legal, no caso os bens de propriedade do Estado; outra, decorrente da imposição subjetiva, na hipótese de oneração com cláusula de inalienabilidade.

³¹Sobre o assunto, a obra de Frances Stonor Saunders “*The Cultural Cold War – The CIA and The World of Arts and Letters*” (The New York Press, New York, 1999). oferece uma excelente análise sobre a estratégia da indústria cultural capitalista para se contrapor à influência das vertentes marxistas políticas e da crítica cultural e intelectual ao modelo capitalista de organização social. Da autora a seguinte reflexão, apropriada para os dias atuais: “*The result was a remarkably tight of network of people who worked alongside the Agency [CIA] to promote an idea: that the world needed a pax americana, a new age of enlightenment, and it would be called The American Century. (...) Unchallenged, undetected for over twenty years, America’s spying establishment operated a sophisticated, substantially endowed cultural front in the West, for the West, in the name of freedom of expression. Defining the Cold War as a ‘battle for men’s mind’ it stockpiled a vast arsenal of cultural weapons: journals, books, conferences, seminars, art exhibitons, concerts, awards” (ob. Cit., p. 2).*

³²SANTORO-PASSARELLI, F. – **Teoria Geral do Direito Civil**, tradução de Manuel de Alarcão, Coimbra, Atlântica Editora, 1967, p.39.

E quanto aos bens culturais? Pode-se aplicar a eles a característica de bens do comércio e de bens fora do comércio? A característica de um bem considerado como bem cultural está ligada ao aspecto da exteriorização de um valor e, não obrigatoriamente a uma relação de pertença, admitindo-se, dessa forma, que o domínio dos bens tidos como culturais possam pertencer a particulares ou ao Estado e a suas entidades.

A condição de ser bem cultural, por si só, não retira dele a sua qualidade de circulação no mercado. Por este motivo, por exemplo, os bens tombados pertencentes a particulares ou ao Estado podem ser alienados, fazendo-se necessário, para estes últimos, a desafetação, dependendo do tipo de bem público a que esteja submetido.

Por fim, um aspecto deve ser considerado para a qualificação de bens culturais como bens fora do comércio, que é a impossibilidade de determinados bens culturais saírem do país por meio de exportação. A limitação da circulação de determinados bens pode ser vista, tanto como uma forma de preservação, como também como uma forma de lhes impor a qualidade de bem fora do comércio.

2.1.3.2 – Natureza jurídica dos bens culturais

A respeito da natureza jurídica dos bens culturais³³ tem se preocupado, destacadamente, a doutrina italiana, traçando basicamente

³³ CORREIA, Fernando Correia – Propriedade de bens culturais – restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas, in **Direito do Património Cultural**, Jorge Miranda,

duas vertentes: a primeira, defendida por Massimo Severo Giannini, afirma que há uma distinção entre “coisa” e “bem em sentido jurídico” considerando que no bem cultural coexistem dois direitos: um direito da coletividade à fruição do bem e um direito do proprietário à gozá-lo dentro dos limites consentidos pela lei; a segunda, resultado do entendimento do Tribunal Constitucional Italiano, é traduzida pela existência de uma categoria de bens de interesse público, na qual estariam os bens culturais, que orbitam entre os bens de propriedade privada e bens de propriedade pública.

Juntando-se a estas duas teorias a respeito da natureza jurídica dos bens culturais, pode-se apontar uma outra, defendida por Giancarlo Rolla³⁴ segundo a qual os bens culturais cumprem uma específica função de natureza social e cultural, defendendo, ainda, que a peculiaridade dos bens culturais não advém do valor em si da coisa e sim, pelo contrário, do interesse que esse valor desperta na sociedade desejosa da tutela daquele valor.

Contrariamente, às teorias acima expostas, defende Ramon Parada³⁵ que os bens culturais teriam regime jurídico *sui generis*, normalmente dual, cujo centro de gravidade não se situa no regime de propriedade que se une à detenção da coisa, mas sim, por sua condição de *bienes espirituales* vocacionados para a fruição coletiva, aspectos que seus detentores devem facilitar sem prejuízo do uso das demais prerrogativas oriundas do domínio sobre a coisa de valor cultural.

João Martins Claro e Marta Tavares de Almeida (Orgs), Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 405.

³⁴ ROLLA, Giancarlo – Bienes Culturales y Constitución, *in Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, No. 02(Enero-Abril 1989), pp. 170/171.

³⁵ PARADA, Ramon- *Derecho Administrativo*, volume III (Bienes públicos –Derecho Urbanísivo), 4ª. Edição, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Juridicas S.A, 1991, p. 289.

Delineadas em linhas gerais as teorias que regem a natureza jurídica dos bens culturais, um ponto que parece comum a todas mostra-se essencial para a definição da natureza jurídica dos bens culturais, levando a questionar-se: haveria a possibilidade de co-existirem sobre o mesmo objeto dois direitos diferentes, no caso o direito de propriedade, independentemente de quem fosse o seu titular, pessoa pública ou privada, e um outro direito, pertencente a todos os cidadãos, de forma comum e homogêneo, sem que houvesse conflito entre ambos? A resposta deste questionamento, oferece o caminho para se apontar a natureza jurídica dos bens culturais.

A dualidade entre bem público e bem privado, marcado, o primeiro, pela pertença ao Estado ou aos entes com personalidade de direito público ou privado e que obtém, por determinação legal, o *status* de patrimônio sujeito às regras dos bens públicos e o segundo – propriedade privada – marcado por direitos e deveres exercidos por pessoas naturais, parece não ter uma influência considerável sobre a natureza de bens culturais, uma vez que a definição de um bem cultural, como já afirmado neste trabalho, decorre da existência de um valor, elemento abstrato, incorpóreo, que serve de suporte para o bem cultural e que pode ser encontrado em todos os bens que tenham interesse para comunidade no sentido de preservar a sua memória coletiva, independente de ser o objeto pertencente à classe dos bens públicos ou privados.

A existência de interesse cultural sobre determinado bem já foi entendida como uma limitação administrativa ao direito de propriedade sob o argumento de que a regulação pública dos bens de interesse cultural

deveriam caracterizar-se como um conjunto de limitações que comportariam uma série de obrigações por parte dos proprietários³⁶.

A justificativa pela qual o interesse cultural da coletividade deveria ser suportado pelos proprietários dos bens, por se tratar de uma limitação administrativa ao direito de propriedade, encontra fundamento na visão oitocentista da propriedade que, por ser absoluta quanto ao exercício das prerrogativas do proprietário, somente admitiria a existência de outros interesses sobre a sua propriedade por meio de limitações ou restrições às suas prerrogativas de *dominus*.

Argumenta Giancarlo Rolla³⁷ que muitas das tendências doutrinárias empenhadas em definir a natureza jurídica dos bens culturais negaram que estes bens formariam uma categoria unitária diferente das tradicionais.

Assim, considerando que a tradicional divisão das categorias de bens em públicos e privados não admitia a existência de uma categoria nova, unitária, que abrigasse os bens culturais, iniciou-se uma busca por novas orientações doutrinárias sem, no entanto, divergirem no aspecto de que os bens culturais têm um valor unitário.

Na busca pela resolução do problema da fixação da natureza jurídica dos bens culturais, surgiu uma corrente doutrinária sustentando que sobre os bens ditos culturais pesavam dois direitos. Um seria o direito de propriedade que pertencia ao proprietário e um outro, referente ao valor cultural, pertencente ao poder público. Esta tese, não mereceu acolhida

³⁶ ROLLA, Giancarlo – Bienes Culturales y Constitución, *in Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, No. 02(Enero-Abril 1989), página 168.

³⁷ Obra citada, p. 168.

pelos dos doutrinadores, por conduzir ao entendimento de que a propriedade de bem cultural seria do tipo dividida, semelhante ao que ocorre aos bens enfiteuticos quando o domínio é dividido em duas partes cabendo a ambas, também, as prerrogativas de usar e gozar.

Ainda na busca da natureza jurídica dos bens culturais tem-se a tese exposta por Giancarlo Rolla³⁸ pela qual, admitida a fragmentação do direito de propriedade pelo reconhecimento da existência de estatutos proprietários diferenciados para uma categoria homogênea de bens, seria possível considerar que a particular função cultural dos bens que integram o patrimônio cultural representaria o pressuposto legitimante de uma intervenção administrativa que limitasse ou funcionalizasse o direito de propriedade, com relação ao valor imanente de uma determinada classe de bens.

Na opinião de Giancarlo Rolla para entender-se a natureza jurídica dos bens culturais deve-se considerar que a categoria de bens homogêneos não está configurada no objeto material e, sim, no valor, uma vez que, neste caso, os bens materiais seriam apenas o suporte para o objeto de tutela que é o valor.

O bem cultural, como o objeto material, seria apenas o suporte físico para o exercício da tutela do Estado, sobre o valor, como defende Giannini³⁹, quando afirma que o elemento comum dos bens culturais consistiria no interesse da coisa definido como público pela norma.

³⁸ ROLLA, Giancarlo – Bienes Culturales y Constitución, *in Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, No. 02(Enero-Abril 1989), p. 170.

³⁹ GIANINNI, Massimo Severo - I beni culturali, *in Revista Trimestrale di diritto pubblico*, No. 03, Milano, Dott. A. Guiffre Editore, 1976, p. 23.

Por fim, em resposta ao questionamento realizado anteriormente, pode-se verificar ser possível a existência de uma categoria de bens sob a denominação de bens culturais, cujo objeto de tutela é o valor cultural, definido pela sociedade como interesse a ser preservado e que conviva pacificamente com a tradicional divisão da propriedade em pública e privada.

A classificação de determinados bens como bens culturais não faz nascer um novo tipo de propriedade sobreposta aos tipos tradicionais – pública ou privada, vez que o reconhecimento pelo Estado da existência de valor cultural a ser preservado teria o condão, tão somente, de declarar a possibilidade de usufruto coletivo do valor traduzido pelo objeto, impondo certos comportamentos ao proprietário, sem, no entanto, alterar a sua relação dominial.

Pode-se, assim, dizer que, quanto à natureza jurídica, seriam os bens culturais uma categoria homogênea, unitária, que reuniria o valor cultural, objeto de tutela estatal, a ser exercida sobre bens, sejam públicos ou privados, sem com eles se confrontar, favorecendo ao cidadão o desfrute dos valores culturais tutelados.

2.1.3.3 – definição de bens culturais

Os bens culturais, destaca José Afonso da Silva⁴⁰, são coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores, “criadas” não apenas no

⁴⁰ SILVA, José Afonso – **Ordenação Constitucional da Cultura**, São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 26

sentido de produzidas, não só do mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objeto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e participação do espírito humano.

A essência do bem cultural, continua José Afonso da Silva, consiste na sua peculiar estrutura, em que se fundam, numa unidade objetiva, um objeto material e um valor que lhe dá sentido, o que justifica, dizer-se que o ser do bem cultural é um ser sentido.

As considerações de José Afonso da Silva, acima descritas, apontam os aspectos indispensáveis para elaboração do conceito de bens culturais, ou seja, a existência de um objeto material e de um valor, objeto imaterial, que utiliza o referido objeto material para a sua projeção sem, no entanto, com ele se confundir ou dele depender a sua existência.

A Convenção de Haia, realizada sob os auspícios da UNESCO em 1954, com a intenção de elaborar normas para a preservação do patrimônio cultural em casos de conflito armado, definiu em seu artigo 1º o que entendia por bens culturais⁴¹, marcando, assim, o início da utilização desta expressão nos documentos expedidos pela UNESCO sobre patrimônio cultural.

⁴¹Definição de bens culturais para fins da presente Convenção: são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário: a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitectura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objectos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as colecções científicas e as importantes colecções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos; b) Os edifícios cujo objectivo principal e efectivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado; c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados "centros monumentais". Fonte: www.icrc.org. Acesso em 24.04.2003.

A contribuição da Comissão Franceschini, instituída pelo governo italiano, por meio da lei 310, de 14 de maio de 1964, para promover o estudo da legislação de tutela do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e paisagístico, foi sentida a partir da sua primeira declaração em que definiu bens culturais nos seguintes termos:

“partecipam do patrimônio cultural da nação todos os bens que traduzam referência da história da civilização. São sujeitos a legislação os bens de interesse arqueológico, histórico, artístico, ambiental e paisagístico, os arquivos e os livros, bem como outros bens que constituam testemunho dos valores da civilização”⁴².

A Comissão Franceschini, afirma Amado⁴³ despertou a comunidade científica, nomeadamente os juristas, para a tarefa de exploração e sedimentação desta nova categoria – bens culturais.

Pode-se verificar que a partir dos trabalhos da citada comissão, iniciou-se uma discussão doutrinária a respeito da relação entre o conceito de patrimônio público e privado frente ao surgimento de um regime jurídico do patrimônio cultural centrado no objeto e não no titular da coisa em que se corporifica.

⁴². No original: “ Appartengono al patrimonio cultural della nazione tutti i beni avento riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà”. Fonte: CABALLERIA, Marcos Vaquer – Estado y Cultura: La función cultural de los poderes públicos en la constitucion española, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A, 1998, pp. 240/241.

⁴³ GOMES, Carla Amado – **Património Cultural na Constituição – anotação ao artigo 78º**. In: MIRANDA, Jorge, *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, volume I, Coimbra, Editora Coimbra, 1996, p. 347.

Aparece, assim, a figura do valor como elemento de caracterização dos bens culturais e fazendo surgir, concomitantemente, um aspecto dual que permite a existência sobre o mesmo objeto de dois elementos, o direito de propriedade e o valor, passíveis de convivência harmônica e tutelados pelo direito com reconhecimento de princípio fundamental por algumas Cartas Constitucionais da modernidade.

Baseado nas considerações da Comissão Franceschini, Massimo Severo Giannini desenvolveu artigo denominado de *I beni culturali*, publicado em 1976, em que explica a coexistência harmônica do direito de propriedade e do valor cultural, este último, elemento caracterizador dos bens culturais.

Giannini em seu texto - *I beni culturali* - defende a possibilidade da elaboração de críticas com relação ao conceito de bens culturais produzido pela Comissão Franceschini, alegando que a dita conceituação não seria jurídica e que existiriam dois conceitos de bens culturais⁴⁴.

O primeiro seria um conceito amplo em que se poderia definir bens culturais a partir da referência dos bens da história da civilização. No entanto, segundo afirma Giannini, esta definição ampla seria suficiente para a identificação dos bens culturais, mas evidenciaria a sua conotação não jurídica⁴⁵.

⁴⁴ GIANNINI, Massimo Severo - I beni culturali. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, anno XXVI, No. 03, Milano, Dott. A. Guiffre Editore, 1976.

⁴⁵ GIANNINI, Massimo Severo - I beni culturali. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, anno XXVI, No. 03, Milano, Dott. A. Guiffre Editore, 1976, p. 6. "*Per questi beni culturali in senso lato, la conotazione del "riferimento" alla storia della civiltà è sufficiente all'identificazione, ma à prima evidenza connotazione non giuridica*"

O outro conceito, entendido como estrito, considera bem cultural como testemunho material com valor de civilização ao qual atribui a qualificação de noção juridicamente válida que se opera mediante o reenvio a disciplinas não jurídicas⁴⁶.

O conceito de bem cultural no entendimento de Giannini⁴⁷ está fundamentado em dois aspectos: imaterialidade e publicidade.

Estes dois elementos de qualificação dos bens culturais podem ser verificados nas hipóteses de, sobre um determinado objeto, seja de propriedade pública ou privada, que desperte interesse em ser preservado por representar importância para uma determinada sociedade, seja possível detectar a existência de um bem imaterial, traduzido pelo *valor cultural* e um outro, de natureza material, tangível, sobre o qual incide o valor e que tem a qualidade de ser público, no sentido de ser usufruível por todos.

A teoria de Giannini buscou nas idéias de Pugliatti⁴⁸ a base para justificar que o bem cultural tem como suporte uma coisa, porém com ela não se identifica particularmente, podendo o mesmo objeto material ser suporte de vários bens, inclusive um bem cultural.

Na realidade, o que se pode apreender da teoria de Giannini é a impossibilidade de se confundir o elemento imaterial, no caso o bem

⁴⁶ GIANNINI, Massimo Severo – I beni culturali. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, anno XXVI, No. 03, Milano, Dott. A. Guiffre Editore, 1976, p. 8. “ *In questo modo la nozione di beni come testimonianza materiale avente valore di civiltà può anche essere assunta come nozione giuridicamente valida, restando però certo che è nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà proprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conchiusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche*”.

⁴⁷ Obra citada, pp.24 e seguintes.

⁴⁸ PUGLIATTI, Salvatore – **Beni e cose in senso giuridico**, Milano, 1962, [s.n], p. 27.

cultural, com o elemento material, o objeto sobre o qual incide o valor tutelado.

Giannini afirma que em linha geral, a coisa é, de um lado, elemento material de interesse de natureza patrimonial, é coisa de um certo sujeito, que dele não se aparta, havendo um direito de disposição e de gozo e que é regulado por norma comum de ordem privada no caso de bens privados e de ordem administrativa, se bens públicos. Haveria, continua Giannini, coisas que, apesar de imaterial, como as interesse cultural, estariam sujeitas a *potestade* para o resguardo e garantia da fruição pública⁴⁹.

Dentre outros posicionamentos a respeito do conceito de bens culturais, merece destaque, inclusive, por se contrapor às idéias de Giannini, o entendimento defendido por Marie Cornu⁵⁰ quando questiona a existência de uma nova categoria de bens denominada de bens culturais.

Marie Cornu⁵¹ aponta como dificuldade para a elaboração de um conceito de bens culturais a ausência de uma definição genérica, resultado da utilização de diversos entendimentos espalhados em várias textos de convenções, como, por exemplo, o Tratado de Roma, a Diretiva

⁴⁹ Obra citada, pp. 25 e 26. “ In linea di fondo, e salvo poi ad esaminare i particolari derivanti dalle implicazioni reciproche, la cosa è da un lato elemento materiale di interessi di natura patrimoniale, ossia è cosa di un certo soggetto, che ne ha l'appartenenza, ha diritti di disposizione e diritti di godimento (e vi possono essere diritto reali parziari o diritti di obbligazione); tutto ciò è regolato dalle norme comuni, che saranno quelle di diritto privato, se la cosa è di appartenenza privata, di diritto amministrativo, se di appartenenza pubblica. Per un altro lato la cosa è elemento materiale di interessi di natura immateriale e pubblica, quali sono gli interessi culturali: come tale è bene culturale, su cui lo Stato-amministrazione dei beni culturali ha delle potestà, che non riguardano l'utilizzabilità patrimoniale della cosa, bensì la conservazione alla cultura e la fruibilità nell'universo culturale”.

⁵⁰ CORNU, Marie – **Le droit culturel des biens – L'intérêt culturel juridiquement protégé**, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 157 – 163.

⁵¹ Obra citada, página 157.

No. 93/7/ CEE, de 15 de março de 1993, dentre outras, sem, no entanto, possibilitar a formulação de um conceito preciso.

Outro aspecto exposto por Marie Cornu⁵² seria a impossibilidade de formulação de uma definição doutrinária a respeito de bens culturais por se considerar que os conceitos de arte e os conceitos jurídicos estão sempre em posições antagônicas, dificultando a elaboração de um conceito genérico.

As idéias de Marie Cornu contrariam um entendimento solidificado na doutrina no sentido de que o conceito de bem cultural, mesmo no âmbito jurídico, não pode ser produzido unicamente com as categorias jurídicas, sendo necessário uma relação de interdisciplinariedade para a sua elaboração. É de se ressaltar que o conceito de bens culturais é um conceito aberto.

A elaboração de uma definição de bens culturais inclui, sem dúvida, os seguintes aspectos: um elemento material e um outro imaterial, além do aspecto da publicidade, como afirma Giannini⁵³, sendo, dessa forma, o conceito de bens culturais traduzido pela possibilidade da reunião de dois direitos sobre um mesmo objeto, no caso, o elemento material e o imaterial, com harmonia no exercício e, ainda, marcado pela ausência de uma dependência de existência entre os dois direitos.

Nos bens culturais o elemento material – a coisa ou bem - tem o papel de suporte ou de base sobre o qual podem incidir outros direitos, além do direito relativo aos bens culturais, considerado como bem

⁵² Obra citada, página 160.

⁵³ GIANNINI, Massimo Severo – *I beni culturali*. In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, anno XXVI, No. 03, Milano, Dott. A. Guiffre Editore, 1976.

imaterial sendo marcado, também, por estarem à disposição do público para serem usufruído, marca de sua publicidade.

Por fim, afirma Giancarlo Rola⁵⁴ que a particular função destes bens culturais estaria na representação do pressuposto de uma intervenção administrativa que limite ou funcionalize o direito de propriedade, quanto ao valor imanente de uma determinada classe de bens.

⁵⁴ Obra citada, página 170.

3. Patrimônio Cultural no Brasil

3.2- Evolução histórica do conceito de patrimônio cultural no Brasil

A história do conceito de patrimônio cultural é recente no Brasil datando, a partir de fatos concretos, da mesma época do movimento literário e político denominado de Modernismo.

Aloisio Poener⁵⁵ afirma, apesar das contradições a respeito, que a primeira iniciativa concreta em defesa de acervo interessante para a memória nacional deu-se por iniciativa de D. André de Melo e Castro, Conde de Galveias, vice-rei do Brasil, em que formulou, por carta datada de 05 de abril de 1742, ao governador da Capitania de Pernambuco, Luis Pereira Freire de Andrade, oposição a instalação de quartéis no Palácio das Duas Torres, mandado construir em Recife pelo conde holandês Mauricio de Nassau, em nome da preservação de “*memória tão ilustre*” e da “*glória de toda a nação*”.

No período imperial pode-se assinalar apenas uma iniciativa isolada do Conselheiro Luiz Pedreira do Couto Ferraz, Ministro do Império, transmitindo ordens aos Presidentes das Províncias para que obtivessem coleções epigráficas para a Biblioteca Nacional e, ao diretor das

⁵⁵ POENER, Aloísio José – **Identidade cultural na era da globalização**, 2ª. Edição, Rio de Janeiro, Renovar Editora, 2000, página 29

Obras Públicas para que tivesse cautela na execução de reparos de monumentos evitando, assim, destruir inscrições neles gravadas⁵⁶.

A evolução do conceito de patrimônio cultural no Brasil confunde-se com vários fatos políticos e culturais marcantes na história do país.

A reunião de três fatos específicos são indispensáveis para a elaboração de quadro evolutivo do conceito de patrimônio cultural no Brasil: a Semana de Arte Moderna de 1922, o Estado-Novo e a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN.

Juntam-se a esses acontecimentos histórico-políticos a participação efetiva e pessoal de intelectuais de expressão política na sociedade do primeiro quartel do século passado, especialmente, Rodrigo Melo Franco Andrade, Mário de Andrade, Carlos Drummond de Andrade, Gustavo Capanema, dentre outros.

É verdade que os fatores políticos e históricos, acima referidos, foram determinantes para a formação de um conceito de patrimônio cultural. Entretanto, pode-se, afirmar que a evolução histórica do conceito de patrimônio cultural no Brasil se confunde e se entrelaça com a história do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- SPHAN e, de forma relevante, durante certo período, com a trajetória de vida de intelectuais como Rodrigo Melo Franco de Andrade, Gustavo Capanema e Aloísio Magalhães.

⁵⁶ *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura/ Iphan/Pró-Memória, 1980, p. 13.

Assim, será traçada a evolução do conceito de patrimônio cultural a partir de uma análise do nascimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- SPHAN, apontando, em todas as suas fases, as marchas e contra-marchas no desenvolvimento do conceito de patrimônio cultural.

Em estudo profundo sobre trajetória da política federal de preservação no Brasil, afirma Maria Cecília Londres Fonseca⁵⁷ que a criação do SPHAN – Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional deve ser analisada à luz de dois acontecimentos que marcaram a vida cultural do Brasil na primeira metade do século XX: o movimento Modernista e a instauração do Estado Novo, corolário da Revolução de 1930. A análise, complementa Maria Cecília Londres Fonseca, do modo como os agentes do SPHAN – recrutados entre os adeptos do Modernismo – lidaram com este duplo compromisso –um movimento cultural renovador e um governo autoritário – é fundamental para se compreender a feição específica que o SPHAN assumiu, na condição de órgão do Estado na área cultural.

A preocupação com a possibilidade de perda do patrimônio colonial podia ser sentida no início do século passado através manifestação na imprensa escrita por parte de intelectuais como Alceu Amoroso Lima e Carlos Drummond de Andrade⁵⁸.

Pode-se atribuir ter sido em decorrência destas manifestações a primeira iniciativa do governo federal em expedir regras de preservação do patrimônio histórico, no caso, o Decreto nº. 22.928, de 12 de julho de

⁵⁷ FONSECA, Maria Cecília Londres - **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**, Rio de Janeiro, UFRJ: IPHAN, 1997, página 87.

⁵⁸ Obra citada, p. 102

1933 que elevou a cidade de Ouro Preto-MG⁵⁹ à categoria de monumento nacional.

O projeto de lei para a criação de um órgão encarregado da preservação do patrimônio cultural, elaborado por Rodrigo Melo Franco de Andrade, resultou na expedição do Decreto-Lei nº. 25/37 que criou o SPHAN e regulamentou o tombamento como forma de proteção do patrimônio histórico nacional.

O Decreto-Lei nº 25/37, no que pese a sua importância para preservação do patrimônio cultural, demonstrou, de forma explícita, a visão da época a respeito do patrimônio cultural formado por bens móveis e imóveis que fossem do interesse público em vista da sua vinculação com fatos memoráveis da história do Brasil ou por seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico⁶⁰.

Observe-se que pelo Decreto-Lei nº. 25/37 a preservação do patrimônio seria promovida apenas por meio do instrumento legal do tombamento e, ainda que o objeto, referindo-se sempre a fatos memoráveis da história do Brasil, seria muito amplo e não se comprometia com a

⁵⁹ Decreto No. 22.928, de 22 de julho de 1933/SPHAN - Processo No. 70-T, Inscrição No. 38 no Livro de Belas Artes, fls. 8, de 20 de abril de 1938. Fonte: www.badaue.hpg.ig.com.br/info.htm#municipio. Acessado em 01 de março de 2003.

⁶⁰ DECRETO-LEI Nº 25, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1937. O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, DECRETA: *CAPÍTULO I DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL* 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. Fonte: www.planalto.gov.br/legislacao. Acessado em 01 de março de 2003.

preservação da cultura em sentido lato, excluindo as manifestações dos diversos grupos étnicos formadores da sociedade brasileira.

As normas de proteção da cultura incorpóreas e a abrangência do conceito de bens memoráveis para a história do Brasil serão aspectos que, no decorrer do desenvolvimento do SPHAN e do próprio conceito de patrimônio cultural no Brasil, evoluíram até chegar ao conceito amplo consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 25/37 produzido por Rodrigo Melo Franco de Andrade foi elaborado por Mário de Andrade um anteprojeto de lei para criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, encomendado pelo Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema.

O anteprojeto de Mário de Andrade, como afirma Maria Cecília Londres Fonseca⁶¹, por ter desenvolvido uma concepção de patrimônio bastante avançada para o seu tempo e, até mesmo, antecipado-se as discussões que resultaram na elaboração da Carta de Veneza de 1964, teria, ainda o mérito de reunir *“num mesmo conceito – arte - manifestações eruditas e populares e defendeu o caráter, ao mesmo tempo, particular/nacional da arte autêntica, ou seja, a que merece proteção”*.

Pode-se ver pelo anteprojeto de Mário de Andrade⁶² que o intelectual foi perfeccionista na elaboração de seu trabalho, quedando-se a apontar soluções para dúvidas que pudessem surgir a partir de suas

⁶¹ Obra citada, p. 108.

⁶² Anteprojeto do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional de autoria de Mário de Andrade – Anexo II

sugestões, além de traçar um plano quinquenal de montagem e funcionamento do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional.

O aspecto fundamental que deferencia o anteprojeto de Mário de Andrade do produzido por Rodrigo Melo Franco de Andrade que, mais tarde, resultaria no Decreto-Lei 25/37, é a inclusão, dentre os objetos de preservação, a arte popular, o folclore, contos, danças, histórias populares, lendas, superstições, medicina, provérbios, ditos, danças dramáticas, dentre outros.

Mário de Andrade antecipou-se a sua época propondo a preservação de bens culturais imateriais, aspecto rejeitado pelo Decreto-Lei No. 25/37 e que somente no final do século XX veio a ser regulamentado pelo Decreto No. 3551, de 04 de agosto de 2000 que criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial⁶³.

Um outro ponto que marca a visão avançada de Mário de Andrade sobre a preservação do patrimônio cultural é a importância que o intelectual atribui aos museus, como se vê em seu anteprojeto⁶⁴, na seção V, Mário de Andrade ao propor a criação de um departamento de museus no Serviço do Patrimônio Histórico Nacional que teria, dentre outras atribuições, a função de organizar exposições regionais e federais para a veiculação de bens tombados e, ainda, articular-se com museus regionais facilitando-lhes a organização, fornecendo-lhes documentação fotográfica, discos, filmes e, também, distribuindo-lhes subvenções federais.

⁶³ Decreto No. 3351, de 04 de agosto de 2000. Acesso: www.iphan.gov.br, em 10.03.2003.

⁶⁴ Anexo II.

A formação de museus regionais ou municipais era, no entendimento de Maria Cecília Londres Fonseca⁶⁵, a confirmação da preocupação de Mário de Andrade com a valorização do popular, traço marcante em sua obra, tanto cultural quanto institucional, em que se nota, inclusive, um cuidado em não privilegiar, do ponto de vista da atribuição do valor, as formas de expressão cultas.

Pode-se afirmar que ao anteprojeto de Mário de Andrade, ao contrário do produzido por Rodrigo Melo Franco de Andrada e que resultou no Decreto-Lei nº 25/37, não se demonstra, de forma precisa, o procedimento judicial para a efetivação de medidas legais de proteção. Faltou-lhe uma maior contribuição de cunho jurídico, principalmente, quanto à utilização de medidas legais, como o tombamento de bens móveis ou imóveis, que resultaria, de imediato, em um conflito com o conceito absoluto de propriedade que prevalecia na época.

Ainda a respeito do entendimento de Mário de Andrade acerca da importância da proteção do patrimônio cultural, inclusive e sobretudo do patrimônio imaterial, afirma Maria Cecília Londres Fonseca⁶⁶ que a maior preocupação do autor de Macunaíma não se restringia à conceituação de patrimônio, mas também dizia respeito à caracterização da função social do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional- SPAN, o que implicava em detalhar atividades que facilitassem a comunicação com o público. Na verdade, complementa Maria Cecília Londres Fonseca, para Mário de Andrade, a atuação do Estado na área da cultura devia ter como finalidade principal a coletivização do saber, daí sua preocupação e mesmo seu envolvimento com a questão educacional.

⁶⁵ Obra citada, p.110.

⁶⁶ Obra citada, p. 111.

Deste entendimento de Mário de Andrade sobre a atuação da cultura como forma de educação se pode avaliar a visão prospectiva deste intelectual. Aliás, nada mais atual do que se pretender educar o povo através da difusão da cultura, educação não somente formal, que também politiza o indivíduo formando a consciência de sua história, para, desta forma, dela participar de forma efetiva. Seria, no dizer do próprio Mário de Andrade, defender o patrimônio histórico e artístico é forma de alfabetização⁶⁷.

A prevalência do anteprojeto de Rodrigo Melo Franco de Andrade em detrimento do projeto de Mario de Andrade, resultando na expedição do Decreto-Lei No. 25/37, pode ser compreendida, com facilidade, pelo receio dos efeitos que o instituto do tombamento pudesse gerar no conceito de propriedade, vigente na época, acrescido, ainda dos efeitos da ebulição política do Estado Novo e, também, pela dificuldade do povo e da intelectualidade em absorver a importância da preservação do patrimônio cultural material e imaterial, acrescido pelo aspecto avançado das idéias de Mário de Andrade.

Esse instrumento legal editado em 1937 foi mais facilmente aceito pela elite que temia uma agressão ao seu direito, quase absoluto, de propriedade pelo contorno legal dado ao tombamento.

A rejeição às normas de proteção do direito do patrimônio cultural e o receio de ver tocado o sagrado direito de propriedade foram abrandados pela inclusão na Carta Constitucional de 1934 de limites de

⁶⁷ DUARTE, Paulo – **Mário de Andrade por ele mesmo**, São Paulo, Editora Hucitec, Secretaria da Cultura, Ciência e Tecnologia, 1977, p. 151.

exercício do direito de propriedade, quando em seu artigo 113, nº. 17, garantiu que o direito de propriedade *"não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar"*. Estabelecia ainda o artigo 10, III da Constituição de 1934 que a *"compete à União e aos Estados proteger as belezas e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte"*.

Assim, com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº.25/37, iniciava-se a preservação do patrimônio cultural brasileiro com participação efetiva do Estado, por meio do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, sob a direção de Rodrigo Melo Franco de Andrade.

Concomitante ao início do funcionamento do Serviço de Patrimônio Artístico Nacional entrava em vigor a Constituição Federal de 1937, a Constituição do Estado Novo, que ampliava a competência para a proteção do patrimônio histórico, incluindo o Município como sujeito ativo da proteção.

O Decreto-Lei nº. 25/37, em seu artigo 1º. Assim definiu em que se constituía o patrimônio histórico e artístico nacional:

" Art. 1º.- Constitue⁶⁸ o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico".

⁶⁸ Redação da época. Fonte: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del10025.htm. Acesso em 29 de julho de 2003.

A partir desta definição desenvolveu-se o trabalho do SPHAN que, em sua fase inicial, dedicou-se aos bens imóveis que compunham o acervo barroco, especialmente o mineiro, apresentado nas construções religiosas.

Um aspecto que se mostrou como um problema a ser resolvido nos tombamentos pelo recém criado SPHAN seria o conteúdo da expressão “ *excepcional valor* “. Buscando interpretá-la, Maria Cecília Londres Fonseca⁶⁹, utiliza-se do pensamento de Rodrigo Melo Franco de Andrade⁷⁰ quando afirma que o valor dos bens culturais não deve ser aferido pela comparação com expressões culturais de outros países, sobretudo com aquelas obras já consagradas e convertidas em parâmetros universais de beleza.

Considerava, ainda, Rodrigo Melo Franco de Andrade⁷¹ ser preciso que essa avaliação se fizesse dentro das séries de obras produzidas no Brasil e que se referisse à identidade nacional, pois ao lado dos valores de arte e de história – valores universais – está o valor das obras para a nação.

Essa fase inicial, denominada de fase heróica, foi marcada pelo tombamento de bens em que se levou em conta muito mais o valor estético do que o valor histórico, como nos casos das ruínas de São Miguel (RS) que foram inscritas apenas nos livros de Belas Artes, desprezando-se o existência de valor histórico.

⁶⁹ Obra citada, p. 120

⁷⁰ ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de – **Rodrigo e o SPHAN**. Rio de Janeiro, Ministério da Cultura- SPHAN-FNPM, 1987, p. 48.

⁷¹ Obra citada, página 48.

Por outro lado, a fixação de critérios para a caracterização de bens de valor histórico foram extremamente rigorosos e, pode-se dizer, inclusive, que o entendimento da expressão legal “*excepcional valor*” ou “*vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil*” eram reconhecidos apenas pela intelectualidade da época e que, muitas vezes, podia ser rotulado de interesses históricos da elite.

Nesse sentido, comprovando o argumento de que havia excessivo rigor no reconhecimento de “*excepcional valor*” ou “*vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil*”, pode-se observar o conteúdo do parecer de Carlos Drummond de Andrade⁷² a respeito da inviabilidade de tombamento da igreja matriz de Nossa Senhora da Conceição, de Cachoeira do Sul, Estado do Rio Grande do Sul, quando afirma:

“...Ao que consta, não se acha a igreja matriz de N.Sa. da Conceição, em Cachoeira do Sul, Estado do Rio Grande do Sul, vinculada a fato memorável de nossa história, que justifique a sua inclusão no Livro do Tombo Histórico. Isto sem embargo de constituir o referido templo um testemunho da ocupação do território sulino pela coroa portuguesa. Segundo Moreira Pinto, ”Apontamentos para o Dicionário Geográfico do Brasil”, “ a cidade de Cachoeira teve origem em aldeamento de índios Bukaris, no governo de José Marcelino de Figueiredo, que conseguiu reuni-los e construir um templo consagrado a S. João da Cachoeira e depois a N.S. da Conceição”. E ao que diz Milliet de Saint Adolphe, “

⁷² FONSECA, Maria Cecília Londres - **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**, Rio de Janeiro, UFRJ: IPHAN, 1997, p. 284.

Dicionário Geográfico, Histórico e, Descritivo do Império do Brasil” essa igreja “ alcançou em 1779 o título e prerrogativas de freguesia”. Não consta, porém, da crônica de Cachoeira a ocorrência de fato significativo excepcional a que esteja ligado a matriz da paróquia. Deve-se verificar o assassinio, verificado no seu interior em 08 de setembro de 1860, do líder farropilha Antonio Vicente Fontoura, que ali mesmo fôra batizado. Fato sem dúvida importante, não se reveste, contudo, a nosso ver, de significado bastante para se atribuir ao local onde se desenrolou, a categoria de monumento histórico nacional.”.

É possível firmar que nos primeiros anos de funcionamento do SPHAN o critério para efetuação de tombamentos era aplicado com base no aspecto predominantemente estético verificado, essencialmente, pela ausência de historiadores e pela inexistência de preocupação em incorporar os avanços da historiografia nacional e internacional⁷³.

Na fase denominada heróica, segundo afirma Maria Cecília Londres Fonseca⁷⁴, a atividade do SPHAN pode ser resumida nos seguintes critérios: a) o principal instrumento de legitimação das escolhas realizadas era a autoridade dos técnicos, sendo desnecessário formular justificativas mais elaboradas; b) prevaleceu nitidamente uma apreciação de caráter estético, baseada nos cânones da arquitetura modernista; c) a consideração do valor histórico dos bens não era objeto de maior atenção, a não ser relativamente à autenticidade das fontes; d) na verdade, a prioridade era assegurar a proteção legal dos bens de sua inscrição nos

⁷³ FONSECA, Maria Cecília Londres - **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**, Rio de Janeiro, UFRJ: IPHAN, 1997, p. 127.

⁷⁴ Obra citada, p. 128.

livros do tombo, ficando em segundo plano a questão do critério nas inscrições.

Na fase seguinte da trajetória da construção do conceito de patrimônio cultural que se confunde, como já foi dito anteriormente, com o próprio SPHAN, temos, como marcos históricos o final do Estado Novo e a politização da cultura, a partir do governo de Juscelino Kubitschek.

Pode-se identificar, sem imputar qualquer demérito aos intelectuais que conduziam o SPHAN, certo personalismo na condução da política de patrimônio cultural no Brasil no período compreendido entre o final da década de 30 e os anos 60, marcado, essencialmente, pela personalidade de Rodrigo Melo Franco de Andrade.

O conceito de cultura estava ligado, primordialmente, aos bens móveis ou imóveis. A proteção do chamado patrimônio cultural se resumia a tombamentos e inscrições de obras que, ou eram belas, sob o conceito de beleza de um grupo de tecnocratas, ou traduziam fatos marcantes da história do Brasil sob o critério meramente empírico, sem qualquer fundamento científico e, juntando-se a isto, a ausência de mecanismos para a proteção do patrimônio cultural do povo, da massa, dos grupos marginalizados.

Os movimentos políticos dos anos 60 do século XX, especialmente a politização da atividade cultural, com a criação dos Centros de Populares de Cultura (CPCs), a aplicação do método de educação de Paulo Freire, o papel político de certos segmentos da Igreja Católica denominados progressistas, a organização operária, bem como as ligas camponesas, tinham como objetivo a difusão do conceito de cidadania,

fosse por meio da educação formal de Paulo Freire, da politização dos padres “ progressistas” ou dos camponeses organizados.

Sem dúvida, a difusão da importância da cidadania trazia como conseqüência a construção de um novo conceito de cultura com um caráter mais popular.

No entanto, os movimentos políticos dos anos 60, marcados por um novo conceito estético com a construção de obras arrojadas para época, como a cidade de Brasília, o complexo da Pampulha em Minas Gerais, sofreu abalo pelo golpe militar de 1964.

Sob o regime militar o SPHAN passou a ser objeto de críticas que lhe imputam a qualidade de “ *uma ilha à parte das grandes questões culturais e políticas*⁷⁵” vividas pelo Brasil. Era um comportamento totalmente contrário à essência de uma instituição que trazia dentre as suas competências organizar a proteção do patrimônio cultural.

Tinha-se, dessa forma, um patrimônio cultural, definido pelo Decreto-Lei nº 25/37, a ser formado por bens móveis e imóveis que tivessem interesse para a história do Brasil ou que possuíssem um valor excepcional a serem apontados, para fins de proteção, por órgão que desconhecia a história que o cercava e, dessa forma, se descredenciava para desempenhar suas reais atribuições.

Apesar da mudanças políticas ocorridas nos anos 60, o conceito de patrimônio cultural ainda excluía os bens imateriais, ou seja, o pensamento de Mário de Andrade em seu anteprojeto, anteriormente

⁷⁵ Obra citada, p. 158.

referido, continuava a ser preterido. Tinha-se, ainda, um patrimônio cultural composto apenas de bens imóveis e móveis.

A extensão do instituto do tombamento a conjuntos arquitetônicos e paisagísticos, o lançamento do Programa Integrado de Reconstrução das Cidades Históricas, o surgimento do Centro Nacional de Referência Cultural e a criação da Fundação Nacional Pró-memória são, no entendimento de Arthur Poerner⁷⁶, alguns dos capítulos da política de preservação do patrimônio cultural do Brasil a partir dos anos 70 em que, como marca fundamental, foi retomado o sentido de cultura manifestado por Mario de Andrade, através do trabalho do intelectual Aloísio Magalhães, idealizador do Centro Nacional de Referência Cultural.

Promovendo uma crítica ao papel desempenhado pelo SPHAN, Arthur Poerner⁷⁷ diz que no Brasil, os senhores da memória – em sua maioria arquitetos – se esmeraram em preservar do esquecimento, sobretudo, bens da religião católica (igrejas, mosteiros, conventos, etc), a que se referem 50,9% dos “ 810 processos de tombamento realizados entre 1938 e 1981” e, concluindo sua crítica, transcreve o pensamento de Joaquim Falcão⁷⁸, que teria qualificado os processos de tombamento de bens pelo SPHAN, nos seguintes termos:

“o levantamento sobre a origem social do monumento tombado indica tratar-se de: a) monumento vinculado à experiência vitoriosa da etnia branca; b) monumento

⁷⁶ POENER, Aloísio José – **Identidade cultural na era da globalização**, 2ª. Edição, Rio de Janeiro, Renovar Editora, 2000, pp. 33-34.

⁷⁷ Obra citada, p. 36.

⁷⁸ FALCÃO, Joaquim Arruda – **Política cultural e democracia: a preservação do patrimônio histórico e artístico nacional**. In: MICELI, Sérgio (1984), p. 28.

vinculado à experiência vitoriosa da religião católica; c) monumento vinculado à experiência vitoriosa do Estado (palácios, fortes, fóruns, etc) e na sociedade (sedes de grandes fazendas, sobrados urbanos, etc) da elite política e econômica do país”.

O ponto de vista abordado por Joaquim Falcão é inteiramente verdadeiro e pode ser comprovado verificando-se a lista de bens imóveis tombados pelo SPHAN, desde a sua criação até os anos 30, na qual não se encontra nenhuma senzala, quilombo, terreiros de macumba, centros de dança africana, dentre outras demonstrações de movimentos de etnias minoritárias.

Aspecto fundamental na construção do atual conceito de patrimônio cultural foi a fusão do SPHAN com o Programa de Reconstrução das Cidades Históricas (PCH) e o Centro Nacional de Referência Nacional(CNRC) ocorrida no ano de 1979.

A reunião destes órgãos, além de favorecer ao fortalecimento do SPHAN, proporcionou a solidificação de experiências vitoriosas na área da preservação promovidas pelo Programa de Reconstrução das Cidades Históricas e, ainda, no dizer de Aloísio Magalhães⁷⁹, teria como sua melhor conseqüência a aproximação do conceito de cultura, utilizado pelo Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC), aos trabalhos desenvolvidos pelo SPHAN.

A respeito do assunto, destaca, ainda, Aloísio Magalhães, que a defesa do patrimônio atuava de cima para baixo e, de certo modo com uma

⁷⁹ MAGALHÃES, Aloísio – **E Triunfo?** . Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, Brasília, FNPM, 1985, p. 217.

concepção elitista. A igreja e o prédio monumental são bens culturais, mas de um nível muito alto. São o resultado mais apurado da cultura. O Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC) procurava trabalhar, continua Aloísio Magalhães, de baixo para cima, motivado pelo fato de ser uma atividade popular não tendo consciência do seu valor, pois quem faz uma igreja sabe o valor do que faz, mas quem trabalha com couro, por exemplo, nem sempre.

É partir desse contraponto, conclui Aloísio Magalhães, que o Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC) começa a tocar as coisas vivas, enquanto o IPHAN até então preocupado principalmente com as coisas mortas, passa a entender que as coisas do passado não devem ser tombadas como mortas, e sim, verificada através de coisas vivas.

Nos anos 80 e 90 do século XX, como um passo importante na construção do conceito de patrimônio cultural, ocorreram mudanças na estrutura administrativa do Estado com a criação do Ministério da Cultura, órgão desvinculado do Ministério da Educação.

A instalação da Constituinte brasileira no final dos anos 80 foi também um marco considerável na construção do atual conceito de patrimônio cultural, vez que as forças dos partidos de esquerda, dos grupos intelectuais, dos órgãos de cultura, juntaram-se para construir um conceito de patrimônio cultural de conteúdo mais dinâmico, mais vivo, mais popular e, acima de tudo, que favorecesse o exercício da cidadania, processo que vinha sendo, inclusive, construído a partir dos anos 70.

Na abordagem da evolução do conceito de patrimônio cultural, inicialmente, se detecta a existência do conceito fechado de patrimônio

cultural, motivado por variadas circunstâncias, a saber: a política do Estado Novo, época da criação do SPHAN, pelo Decreto-lei nº 27/35; a condução do SPHAN durante várias décadas sob a influência pessoal Rodrigo Melo Franco de Andrade e a consagração de obras e monumentos que diziam respeito apenas à história pertinente à elite. Mais recentemente, a partir dos movimentos sociais e políticos da década de 60 do século passado, dá-se a construção de novo conceito de patrimônio cultural que, como afirmou Aloísio Magalhães⁸⁰, ocorria *de baixo para cima*.

Atualmente, tem-se um conceito de patrimônio cultural alargado, compatível com o entendimento disposto no artigo 216 da Constituição Federal⁸¹, incluindo, tanto bens corpóreos, como incorpóreos, vistos de forma individual ou coletiva e que, de alguma maneira, tenham vinculação com a identidade nacional, nesta inserida todas as manifestações das diferentes etnias formadores da sociedade brasileira, dada a existência de vários instrumentos legais de proteção, desde o tombamento, disciplinado pelo Decreto-Lei nº. 25/37, passando pelas formas de registros, inventários, vigilância e, até mesmo, pelo instituto da desapropriação.

Por fim, é possível deduzir que a evolução histórica do conceito de patrimônio cultural, não se tomou de um aspecto inteiramente acabado, vez que a sua utilização, em especial, pelos operadores do direito,

⁸⁰ Obra citada, p. 217.

⁸¹ “ 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”.

não pode se reduzir a mera aplicação de disposição constitucional sem que seja introjetada a importância da sua preservação como forma de exercício da cidadania e expressão da democracia.

4.- Patrimônio cultural no estrangeiro

4.1 Patrimônio cultural no estrangeiro

A importância da abordagem do patrimônio cultural no estrangeiro justifica-se pela necessidade de estabelecer um parâmetro entre as formas de tratamento do patrimônio cultural, o surgimento das medidas de proteção, a visão constitucional da cultura e os instrumentos de proteção descritos pela legislação infraconstitucional de alguns países e o que se tem no Brasil.

A opção por Portugal, Espanha, França e Itália deveu-se a uma série de fatores, dentre eles a antiguidade na utilização das normas de proteção do patrimônio cultural, a abordagem constitucional da matéria e os instrumentos políticos de preservação.

Portugal, por exemplo, tem a seu favor, no estudo da evolução do patrimônio cultural, a precedência na expedição de normas de proteção do patrimônio cultural, no caso o Alvará Régio de 1721 e, ainda, o tratamento do patrimônio cultural como direito fundamental na Carta Constitucional de 1976.

A Espanha, por sua vez, possui uma legislação de proteção do patrimônio cultural avançada e um tratamento constitucional da matéria que considera o patrimônio cultural um princípio fundamental no Estado Social Democrático.

A França, apesar de não tratar diretamente em sua Carta Constitucional do Patrimônio Cultural, possui uma política cultural que merece destaque pela descentralização e, ainda, possui legislação infraconstitucional preocupada com a proteção do patrimônio cultural imaterial.

A abordagem em torno da proteção do patrimônio cultural na Itália prende-se a dois fatores consideráveis: primeiro, o sentimento de preservação do patrimônio cultural, inato à própria coletividade; segundo, a elaboração doutrinária a respeito do assunto, com especial relevo a teoria desenvolvida por Massimo Severo Giannini.

Assim sendo, considera-se importante um tratamento mais especificado referente à evolução histórica do conceito de patrimônio cultural no estrangeiro, o que se fará a seguir.

4.1.2- Em Portugal

A preocupação de Portugal com a preservação do patrimônio cultural data da segunda metade do século XVI com o inventário dos bens históricos datado de 1686 e que se perdeu com o terremoto de Lisboa⁸².

Um outro diploma legal português datado de 20 de agosto de 1721, o Alvará Real de D. João V, determinava a “*conservação e guarda dos monumentos antigos, que havia, e se podiam descobrir no reino, dos tempos em que nele dominaram os fenícios, gregos, penos, romanos, godos e arábicos*”. Talvez,

⁸² SANTOS, António Marques – *A proteção dos bens culturais no ordenamento jurídico português*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Gomes da Silva, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 671.

este diploma legal – o Alvará Régio de 1721 – seja a primeira manifestação legal do mundo ocidental a respeito da preservação do patrimônio cultural.

Ensina Rodrigo Melo Franco de Andrade⁸³ que a proteção ao acervo de arte antiga e aos monumentos de valor artístico existentes no território nacional foi introduzida no Direito Português com precedência considerável em relação ao da maioria dos países civilizados.

No início do século XX, ainda no período monárquico, vale ressaltar a providência efetiva da Corôa Portuguesa para a proteção do patrimônio cultural com a expedição do Decreto de 24 de Outubro de 1901 determinando ao *Conselho dos Monumentos Nacionais da Direcção-Geral das Obras Públicas* a missão de classificar os monumentos nacionais.

Jorge Miranda⁸⁴ entende que o tratamento dispensado à cultura, ao lado das letras, da língua, das artes e das ciências, sempre foi uma preocupação dos governantes portugueses, mesmo antes do constitucionalismo, ressaltando os atos de D.Diniz, D.Maria I, D.João III e o Marquês de Pompal e que se enfatizou nas cartas constitucionais escritas modernas.

Elaborando uma análise acerca do tratamento da cultura e da proteção do patrimônio cultural em face das Cartas Constitucionais Portuguesas, afirma Jorge Miranda⁸⁵, existirem, dentre as constituições liberais – 1822, 1826, 1838 e 1911 - referências a proteção da cultura no

83 ANDRADE, Rodrigo M.F. de, **Patrimônio Histórico e Artístico, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, volume 6, p. 186.

84 MIRANDA, Jorge – *O patrimônio cultural e a Constituição – tópicos*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do patrimônio cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração – INA, 1996, p. 257.

85 Obra citada, p. 257.

sentido de fornecimento de ensino básico, por parte do Estado, sem, no entanto, abordar a proteção de monumentos históricos, como forma de proteção do patrimônio cultural.

Ao contrário das constituições liberais, a Constituição Portuguesa de 1933, segundo Jorge Miranda⁸⁶, faz referência à proteção do patrimônio cultural declarando “ *sob a proteção do Estado os monumentos artísticos, históricos e naturais e os objetos artísticos oficialmente reconhecidos como tais*”, proibindo, ainda, a alienação destes bens em favor de estrangeiros.

A Constituição Portuguesa de 1933 igualmente à Constituição Brasileira de 1934 alçou a categoria de normas constitucionais as regras de proteção do patrimônio cultural.

Um fato histórico une as duas cartas constitucionais: ambos os países estavam submetidos a uma ditadura e, contraditoriamente, sob este regime, surgiram as primeiras referências constitucionais no sentido de preservar a memória nacional.

A esse respeito, argumenta Jorge Miranda⁸⁷ que, na fase autoritária, a política cultural adquire importância no quadro de um regime nacionalista de exaltação do passado, criam-se ou reforçam-se serviços de proteção aos monumentos históricos e, ainda, consagra-se-lhe uma incumbência constitucional, como a prevista no artigo 52º. da Constituição de 1933. No entanto, assevera Miranda, falta-lhe, porém, por razões políticas e de atraso educativo, o incentivo à fruição.

⁸⁶ Obra citada, p. 258.

⁸⁷ Obra citada, p. 262.

É de se observar que o mesmo interesse de exaltar o passado e criar órgãos para proteger o patrimônio cultural foi manifestado pelo Estado Novo, governo ditatorial do Brasil, que criou o SPHAN- Serviço do Patrimônio Histórico Nacional.

A Constituição Portuguesa⁸⁸ disciplina normas de proteção à cultura, ora afirmando que todos têm direito à fruição e criação cultural, ora impondo ao Estado a promoção, salvaguarda e valorização do patrimônio cultural e, em uma outra oportunidade, enfatizando ser tarefa fundamental do Estado proteger e valorizar o patrimônio cultural do povo português.

Observa-se na Constituição Portuguesa, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁹ um grande relevo ao patrimônio cultural, já que faz dele objeto de um *dever* de não atentar contra ele e de impedir a sua destruição, uma *obrigação* do Estado de não o destruir e de o defender e, ainda, um *direito* de todos os cidadãos de o defender, impedindo a sua destruição.

A Constituição Portuguesa possui várias normas sobre cultura *stricto sensu*, com estrutura variável – normas de fundo e normas de

⁸⁸ “Art 78º. – 1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural. 2. Incube ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: a) incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias no país em tal domínio; b) apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade; c) promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; d) desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro; e) articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.”

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**, 3ª. edição, revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 378.(grifos do autor, no original)

competência, normas preceptivas e programáticas, normas exeqüíveis e não exeqüíveis por si mesma. Nesse contexto constitucional, pode-se dividir as normas constitucionais em dois tipos: umas de constituição cultural objetiva e outras constituição cultural subjetiva. Nas constituições culturais objetivas encontram-se referencias às instituições culturais e às incumbências do Estado e da sociedade; em outras, com caracter subjetivo é destacado o respeito aos direitos fundamentais, dentre eles a liberdade cultural e a democracia cultural, segundo afirma Jorge Miranda⁹⁰.

No aspecto infraconstitucional, o Estado Português regulamenta a proteção do patrimônio cultural através da Lei nº. 13 de 6 de julho de 1985 que regulamenta a proteção de bens materiais e imateriais de interesse cultural e foi estruturada da seguinte forma: - *Título I – princípios fundamentais*; - *Título II – Das formas do regime de proteção do património cultural*; - *Título III – Do fomento da conservação e valorização do património cultural*; *Título IV – Garantias e sanções e, por fim, o Título V – Disposições finais*.

A Lei nº. 13/85 sofre muitas críticas, ora pela imprecisão dos termos, como na definição de patrimônio cultural, outras vezes pela ausência das normas complementares que lhe dariam eficácia plena.

Jorge Miranda⁹¹ afirma que a referida lei tem técnica legislativa muito pobre e formulações imprecisas e, por vezes, redundantes, não define patrimônio cultural em termos rigorosos e, apenas, enumera certos tipos de elementos que o integram: bens materiais e bens imateriais.

⁹⁰ Obra citada, pp. 259 e seguintes.

⁹¹ Obra citada, p. 267.

Em aspectos mais substantivos, continuando sua afirmação, diz Jorge Miranda⁹², que a lei portuguesa de proteção do patrimônio cultural, adota uma orientação mais defensiva do que ativa e não dá o necessário relevo à tarefa de proteção e valorização; não distingue áreas carecidas de regimes especiais como patrimônio religioso, o militar e o subaquático; não dá importância ao patrimônio cultural português deixado em vários continentes; quase ignora a necessária colaboração da sociedade civil, não dedica às associações de defesa do patrimônio senão um preceito muito vago e, ainda, favorece e propicia a tendências burocratizantes.

As críticas à lei portuguesa de proteção do patrimônio cultural são muitas e orbitam em torno da necessidade ou não de regulamentação, de possuir ou não caráter de normas auto-executáveis ou, ainda, de motivos inconfessáveis para a falta de efetividade da norma.

Na visão de António Marques dos Santos⁹³ a referida lei nunca foi plenamente eficaz, pois não sendo de aplicação imediata, no sentido de não ser *self-executing* e carecer, por conseguinte, de regulamentação concretizadora, por dificuldades de caráter burocrático mais ou menos obscuras, nenhum governo foi capaz de regulamentá-la nos últimos quinze anos – havendo mesmo quem afirme que a Lei nº. 13/85 é insuscetível de regulamentação.

Carla Amado Gomes⁹⁴ critica a lei portuguesa da proteção do patrimônio cultural pela ausência de regulamentação de alguns de seus

⁹² Obra citada, p. 267.

⁹³ Obra citada, p. 676.

⁹⁴ GOMES, Carla Amado – *O património cultural na constituição*. In: MIRANDA, Jorge (Org) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 355

dispositivos, defendendo que tal fato se configuraria numa situação de inconstitucionalidade por omissão.

Finalizando esta sucinta análise do patrimônio cultural em Portugal, é de se ressaltar o entendimento majoritário no sentido de defender que os interesses e direitos relativos ao patrimônio cultural têm de ser compaginados com os restantes direitos fundamentais, impondo-se uma unidade da Constituição, de que a constituição cultural não pode ser desprendida, como afirma Jorge Miranda⁹⁵.

4.2.2- Na França

Os estudos acerca do patrimônio cultural na França justificam-se, primeiramente, pela sua tradição em proteger monumentos históricos, sejam móveis ou imóveis, e, depois, pela política de preservação que, bem diferente da empreendida no Brasil, é marcada, segundo André-Hubert Mesnard⁹⁶, pela globalização, ou seja, uma política que tanto diz respeito à proteção dos monumentos históricos e dos objetos culturais – que não são unicamente objetos de arte -, como à arquitetura, ao urbanismo e ao meio ambiente.

⁹⁵ Obra citada, p. 274.

⁹⁶ MESNARD, André- Hubert - *Política e direito do património cultural em França: situação actual e perspectivas*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras – Portugal, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 181.

A noção de patrimônio cultural na França reúne tanto os monumentos históricos, como os arquivos, os livros, as coleções dos museus e surgiu a partir dos anos 70.

A importância do estudo do patrimônio cultural em França, afirma Caballería⁹⁷ se prende a dois fatores: o primeiro refere-se ao desenvolvimento da ação administrativa cultural; o segundo, à dedicação da doutrina científica francesa em matéria de cultura.

A tradição cultural na França vem desde o Antigo Regime, quando os reis desempenhavam um mecenato denominado de mecenato real e que, desta forma, protegiam o patrimônio cultural.

No entanto, o denominado mecenato real, apesar da preservação que possa ter promovido ao patrimônio cultural, pecava pela ausência de uma conduta impessoal, sendo exercido por uma liberalidade do rei e, muitas vezes, para atender a determinadas figuras influentes na corte.

O período monárquico na França, apesar do pessoalismo das ações, foi marcado por uma intensa política cultural materializada em programas de instrução pública, como a construção da Ópera de Paris⁹⁸, o plano urbanístico de Paris a cargo do Barão Haussmann.

⁹⁷ CABALLERÍA, Marcos Vaquer – **Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la constitución española**, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 1998, p. 109.

⁹⁸ A Ópera de Paris, denominada de Ópera Garnier, foi projetada pelo arquiteto Charles Garnier, por ordem do Rei Napoleão III, iniciada a construção em 1850 e inaugurada em 15 de janeiro de 1875. Fonte: www.operadeparis.fr. Acessado em 17 de março de 2003.

A criação do Conselho Superior de Belas Artes, pelo Decreto de 22 de maio de 1875, marcou em França a superação do caráter personalista da política cultural, evitando a interferência direta do Estado e atribuindo ao referido conselho a supervisão da política de aquisições, exposições, concursos, manufaturas de peças e demais programas de cunho cultural.

Durante a III e IV Repúblicas consolidou-se na França uma administração cultural que se estendeu até a V República, marcada por diversos fatos, dentre eles, o Salão de Artes Francesas e o Salão dos Artistas Independentes, como destaca Masnard⁹⁹, sendo, inclusive oportunizada, neste último Salão, a exposição da obra de Claude Monet sob o título “*Déjeuner sur l’herbe*”, considerada a primeira manifestação do impressionismo.

A V República teve como marco inicial a promulgação da Carta Constitucional de 1958, distinguida, segundo Caballería¹⁰⁰, pela restauração de um sistema personalista em favor do Chefe de Estado, cargo exercido pelo Presidente da República. O personalismo, asseverado por Caballería, teria sido reforçado com a entrega da política cultural ao Ministro André Malraux, que teve como mérito a inclusão da política cultural nos planos de desenvolvimento econômico e social.

Dentre as obras do Ministro Malraux, que permaneceu por nove anos no exercício do cargo, destaca-se a criação das *Maisons de la Culture*, entidade estatal constituída em colaboração com os municípios e

⁹⁹ MASNARD, André-Hubert – *Droit et politique de la culture*, Paris, PUF, 1990, página 53.

¹⁰⁰ Obra citada, pp. 112- 113.

que possuía a missão precípua de aproximar a cultura do grande público, ou em outras palavras, pretendia promover a democratização cultural.

A importância das *Maisons de la Culture*, chamadas de catedral do mundo moderno, encontra-se, segundo Mesnard¹⁰¹, no fato da fixação de um lugar simbólico de reencontro e de expressão da cultura mais significativo do que os monumentos herdados do passado. Considera, ainda, Mesnard, que a V República foi marcada pela formulação de objetivos para um desenvolvimento cultural multidisciplinar, tendente a integrar o homem ao seu meio pela cultura e, em particular, por meio de uma política de arquitetura.

Na década de 80, sob a presidência de François Mitterrand, a política cultural esteve entregue ao Ministro Jack Lang e foi marcada por um incremento das atividades culturais com reformas estruturais, especialmente, a denominada planificação e globalização da política cultural, cooperação interadministrativa e a participação dos agentes culturais privados.

Durante a política cultural de Jack Lang foram realizadas descentralizações de instituições de caráter cultural, inaugurando-se a forma de administração denominada de instituições públicas autônomas, como, por exemplo, o Centro Cultural George Pompidou, Museu D'Orsay, Ópera da Bastilha, Parque La Villete e o Instituto do Mundo Árabe, todos localizados em Paris.

Essa nova experiência de administração, caracterizada pela descentralização administrativa, denominada de *établissements publics*

¹⁰¹ MASNARD, André-Hubert - *La démocratisation de la protection et de la gestion du patrimoine culturel*. In: Droit du patrimoine culturel immobilier, Yves Jegouzo (Org), Paris, Economica, 1985, p. 277.

culturels, dotada de personalidade jurídica, goza de certa autonomia de gestão e financeira, podendo receber doações e legados e, ainda, podendo auferir a arrecadação da bilheteria, obter recursos de publicidade por participação da instituição e, por fim, empregar os recursos obedecendo a sua própria política de gastos e investimentos.

A política cultural em França, pelo que se pode apreender a partir das medidas políticas do ministro Jack Lang, foi caracterizada pela descentralização.

No entanto, para melhor compreender o patrimônio cultural em França, faz-se necessário uma análise, mesmo que superficial, da legislação francesa de proteção do patrimônio cultural incluindo, também, a verificação de uma abordagem constitucional da matéria.

Em termos de legislação infraconstitucional, a questão do patrimônio pode ser abordada nas seguintes perspectivas: o patrimônio cultural imóvel tradicional, formado pelos monumentos históricos, sítios e estações arqueológicas; o patrimônio arquitetônico e urbano e também, o patrimônio cultural móvel – os objetos.

Com relação ao patrimônio cultural imóvel tradicional, tem-se a lei de dezembro de 1913¹⁰², ainda em vigor, apesar das inúmeras

¹⁰² Loi du 31 décembre 1913 - Loi sur les monuments historiques Chapitre I : Des immeubles – Article 1 – Modifié par loi 2000-1208 2000-12-18 art. 40 JORF 14 décembre 2000. Les immeubles dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public, sont classés comme monuments historiques en totalité ou en partie par les soins du ministre chargé des affaires culturelles selon les distinctions établies par les articles ci-après. Sont compris parmi les immeubles susceptibles d'être classés, aux termes de la présente loi : 1° Les monuments mégalithiques, les terrains qui renferment des stations ou gisements préhistoriques ; 2° Les immeubles dont le classement est nécessaire pour isoler, dégager ou assainir un immeuble classé ou proposé pour le classement ; 3° D'une façon générale, les immeubles nus ou bâtis situés dans le champ de visibilité d'un immeuble classé ou proposé pour le classement. Est considéré, pour l'application de la présente loi, comme étant situé dans le champ de visibilité d'un immeuble classé

alterações, que trata dos monumentos históricos, definindo em seu artigo 1º que o patrimônio imobiliário é formado pelos bens imóveis, cuja conservação se apresenta, seja sob o ponto de vista da história ou da arte, como um interesse público.

Afirma Caballería¹⁰³ que a lei de dezembro de 1913 teria, com relação ao patrimônio cultural, os seguintes objetivos básicos: catalogação ou inventário do patrimônio como condição que determina o ingresso do bem no patrimônio histórico para os efeitos da lei; conservação do bem, quando necessário.

Um outro diploma legal da França relativo ao patrimônio cultural é a lei de 2 de maio de 1930 que estabelece um regime de proteção similar aos monumentos históricos aplicado aos bens naturais cuja conservação ou preservação se dê por fatores de interesse geral do ponto de vista artístico, histórico, científico, lendário ou pitoresco.

ou proposé pour le classement, tout autre immeuble, nu ou bâti, visible du premier ou visible en même temps que lui, et situé dans un périmètre n'excédant pas 500 mètres. A titre exceptionnel, ce périmètre peut être étendu à plus de 500 mètres. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission supérieure des monuments historiques, déterminera les monuments auxquels s'applique cette extension et délimitera le périmètre de protection propre à chacun d'eux. Lors de l'élaboration ou de la révision d'un plan local d'urbanisme, le périmètre de 500 mètres mentionné au cinquième alinéa peut, sur proposition de l'architecte des Bâtiments de France et après accord de la commune, être modifié de façon à désigner des ensembles d'immeubles et des espaces qui participent de l'environnement du monument pour en préserver le caractère ou contribuer à améliorer la qualité. Le périmètre est soumis à enquête publique conjointement avec le plan local d'urbanisme. Il est annexé au plan local d'urbanisme dans les conditions prévues à l'article L. 126-1 du code de l'urbanisme. A compter du jour où l'administration des affaires culturelles notifie au propriétaire sa proposition de classement, tous les effets du classement s'appliquent de plein droit à l'immeuble visé. Ils cessent de s'appliquer si la décision de classement n'intervient pas dans les "douze mois" de cette notification. Tout arrêté ou décret qui prononcera un classement après la promulgation de la présente loi sera publié, par les soins de l'administration des affaires culturelles, au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble classé. Cette publication, qui ne donnera lieu à aucune perception au profit du Trésor, sera faite dans les formes et de la manière prescrites par les lois et règlements concernant la publicité foncière.

¹⁰³ Obra citada, p. 125.

Este mesmo diploma inova em matéria relativa à monumentos históricos, incluindo a figura do entorno ou áreas de salvaguarda, definido como as áreas que circundam determinado bem e que carece de conservação para, assim, permitir a conservação do imóvel de interesse cultural.

Com referência à proteção do patrimônio imóvel arquitetônico e urbano, deu-se na década de 60, sob a administração do Ministro André Malraux, a entrada em vigor da lei de 4 de agosto de 1962 que criou as áreas de proteção relativa ao patrimônio arquitetônico. Afirma Mesnard¹⁰⁴ que esta legislação se encontra menos vinculada a um determinado local; são políticas de qualidade arquitetônica e urbanística. O componente do patrimônio, tratado por esta lei, não tem ligação com o imóvel específico, um local ou uma estação arqueológica particular.

Ainda com referência ao patrimônio histórico imóvel arquitetônico, foi dado prosseguimento ao projeto de descentralização da política cultural em vigor em França, com a expedição da Lei nº 83-8 de 7 de janeiro de 1983, criando a Zona de Proteção do Patrimônio Arquitetônico e Urbano – ZPPAU. Tais zonas, ao contrário das áreas de entorno ou salvaguarda, são instituídas por meio do instrumento jurídico da servidão pública.

No tocante ao patrimônio móvel de interesse para o patrimônio cultural, há na legislação francesa referência à necessidade de sua proteção,

¹⁰⁴ MESNARD, André-Hubert – *Política e Direito do Patrimônio Cultural em França: situação actual e perspectivas*. In: Direito do Patrimônio Cultural, Oeiras- Portugal, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 184.

desde a expedição da lei de dezembro de 1913 que dedica o capítulo II a este assunto¹⁰⁵.

Os artigos 19 e 21¹⁰⁶ da referida lei estendem aos bens móveis a necessidade de sua classificação nos mesmos critérios aplicados aos bens imóveis e, ainda, com relação àqueles, proíbe a sua exportação.

Com relação a esta proibição, a expedição da lei de 31 de dezembro de 1992 adaptou a legislação francesa referente à proteção do patrimônio cultural móvel às normas da Comunidade Européia. O controle de saída das obras de arte e bens móveis de interesse do patrimônio cultural, a partir dos Acordos de Schengen¹⁰⁷, situam-se nos limites do

¹⁰⁵ Chapitre II : Des objets mobiliers – Article 14 – Modifié par loi 70-1219 1970-12-23 Art. 4 JORF 25 décembre 1970 Les objets mobiliers, soit meubles proprement dits, soit immeubles par destination, dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire, de l'art, de la science ou de la technique, un intérêt public, peuvent être classés par un arrêté ministériel. Les effets du classement subsistent à l'égard des immeubles par destination classés qui redeviennent des meubles proprement dits. Sont applicables aux objets mobiliers les dispositions de l'article 1er, paragraphe 3, de la présente loi.

¹⁰⁶ Article 19 - Les effets du classement suivent l'objet, en quelques mains qu'il passe. Tout particulier qui aliène un objet classé est tenu de faire connaître à l'acquéreur l'existence du classement. Toute aliénation doit, dans les quinze jours de la date de son accomplissement, être notifiée au ministère d'Etat, chargé des affaires culturelles par celui qui l'a consentie Article 21. L'exportation hors de France des objets classés est interdite.

¹⁰⁷ "Schengen" é a designação dada a dois Acordos internacionais (um Acordo e uma Convenção) subscritos por um conjunto de Estados membros da União Europeia com o objectivo de realizar a livre circulação de pessoas. Além de Portugal, fazem parte destes Acordos os seguintes Estados: Alemanha, França, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Itália, Espanha, Grécia, Áustria, Dinamarca, Suécia e Finlândia. A Noruega e a Islândia, Estados não membros da União Europeia, assinaram um Acordo de Cooperação com os Estados Schengen. O Acordo e a Convenção de Schengen instituem um regime de livre circulação de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, no território desses Estados, através da abolição dos controlos nas respectivas fronteiras internas (terrestres, aéreas e marítimas). Este regime inclui um conjunto de medidas compensatórias destinadas a garantir que a livre circulação se efectue sem prejuízo para a segurança dos cidadãos. Fonte: www.min-nestrageiros.pt/politica/europeia/schengen/schengen.html. Acessado em 18.03.2003.

território europeu e, não mais, nos limites de cada Estado da Comunidade Européia.

Diante da consequência do alargamento das fronteiras dos Estados Europeus em consequência da constituição da Comunidade Européia e, também, pelos efeitos do Acordo de Schengen, defende Mesnard¹⁰⁸ a necessidade de uma definição européia do conceito de *tesouro nacional* como forma de estabelecer regras comuns e limites à exportação.

O patrimônio bibliográfico e documental também é objeto de proteção da legislação francesa que por intermédio do Decreto-Lei de 17 de junho de 1938 que determinou a aplicação dos efeitos da lei de 31 dezembro de 1913, anteriormente referida, passando a considerar objetos mobiliários os documentos de arquivos mantidos por particulares e cujo acervo tivesse interesse para a coletividade.

A obrigação do depósito legal de determinado número de exemplares de obras para a formação de fundos bibliográficos, apesar de ser conduta adotada desde o século XVI¹⁰⁹, foi regulamentada pelo Decreto-Lei de 17 de junho de 1938 que estendeu a aplicação da Lei de 31 de dezembro de 1913, anteriormente referida, às obras bibliográficas, considerando-as patrimônio mobiliário.

¹⁰⁸ MESNARD, André-Hubert – *Política e Direito do Patrimônio Cultural em França: situação actual e perspectivas*. In: Direito do Patrimônio Cultural, Oeiras- Portugal, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 185.

¹⁰⁹ CABALLERÍA, Marcos Vaquer – *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la constitución española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 1998, p. 127.

Na década de 90 entrou em vigor a lei 92-546 de 20 de junho de 1992¹¹⁰ obrigando o depósito legal de todos os documentos impressos, gráficos, fotográficos, sonoros, audiovisuais e multimídia, independentemente do procedimento técnico utilizado na produção, edição ou difusão dos programas, bases de dados e demais produtos da “inteligência artificial”. Vale ressaltar que este diploma legal foi expedido na gestão do Ministro da Cultural Jack Lang, cuja contribuição para a descentralização da política cultural na França foi objeto de abordagem anteriormente.

Observe-se que a obrigação do depósito de documentos, independente de sua apresentação, favorece, sem dúvida, para o Estado Francês, a oportunidade da formação de acervos documentais, inclusive particulares, traduzindo, muitas vezes, a cultura imaterial, promovendo a sua proteção e facilitando o acesso ao público, como forma de democratização da política cultural.

No aspecto constitucional, a cultura em França foi diretamente referida a partir da Constituição de 1946, especificamente em seu preâmbulo¹¹¹, quando diz:

¹¹⁰ LOI n° 92-546 du 20 juin 1992 relative au dépôt légal. L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté, Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit : Art. 1er - Les documents imprimés, graphiques, photographiques, sonores, audiovisuels, multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition ou de diffusion, font l'objet d'un dépôt obligatoire, dénommé dépôt légal, dès lors qu'ils sont mis à la disposition d'un public. Les progiciels, les bases de données, les systèmes experts et les autres produits de l'intelligence artificielle sont soumis à l'obligation de dépôt légal dès lors qu'ils sont mis à disposition du public par la diffusion d'un support matériel, quelle que soit la nature de ce support. Fonte: www.bnf.fr/pages/infopro/depotleg/dl%2Dloi.htm. Acesso em 19 de março de 2003

¹¹¹ PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946. La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat. Fonte: www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp. Acesso em 19.03.2003.

“ A nação garante o acesso igual, tanto às crianças como aos adultos, a instrução, a formação profissional e a cultura. E um dever do Estado a organização, em todos os seus níveis do ensino público, gratuito e laico ”.

A cultura da forma abordada no preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 é vista como algo decorrente da educação formal e caracterizada por um aspecto como acessório da educação. Esta visão era inspirado em postulados do Estado Social, portanto, em uma orientação sócio-econômica da ação do Estado, que só desejava para a cultura um lugar na política educativa, que, por sua vez era considerada como um instrumento de política social, conforme evidencia Caballería¹¹².

A Constituição de 1958 também é marcada pela ausência de tratamento específico e particularizado para o âmbito da cultura, apesar de ser possível encontrar preceitos relativos à política cultural em França.

Dois aspectos da Carta Política Francesa de 1958, ainda em vigor, merecem destaque nesta análise da política de proteção do patrimônio cultural, por dizerem respeito à forma de administração do Estado e à autonomia de gestão dos entes territoriais. O primeiro aspecto, referente a competência legislativa, a execução e regulamentação de leis, está descrito no artigo 34¹¹³ observando-se que toda a competência

¹¹² Obra citada, p. 119.

¹¹³Constitution de la République Française- Article 34. La loi est votée par le Parlement. La loi fixe les règles concernant : - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens; - la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités; - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; - l'assiette, le taux et les modalités de

legislativa se encontra com o Parlamento, enquanto a competência para execução e a regulamentação legislativa encontra-se nas mãos do Primeiro Ministro, como demonstra o artigo 21 da Carta Constitucional¹¹⁴. O segundo aspecto é a possibilidade dos entes administrativos exercerem uma limitada autonomia na gestão de seus interesses, mediante a eleição de conselhos e na forma prevista no artigo 72 da Constituição Francesa¹¹⁵.

Em face destes dispositivos constitucionais pode-se concluir que, apesar da centralização da competência legislativa nas mãos do Parlamento, da competência regulamentar com o Primeiro Ministro e da pouca autonomia dos entes administrativos, existe, de forma implícita, um compromisso constitucional com a preservação da cultura traduzido na

recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie. La loi fixe également les règles concernant : - le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ; - la création de catégories d'établissements publics ; - les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ; - les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. La loi détermine les principes fondamentaux : - de l'organisation générale de la Défense nationale ; - de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ; - de l'enseignement ; - du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; - du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'État. Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

¹¹⁴ Constitution de la République Française - Article 21. Le Premier Ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires. Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Il supplée, le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15. Il peut, à titre exceptionnel, le suppléer pour la présidence d'un Conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé.

¹¹⁵ Constitution de la République Française - Article 72 - Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi. Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi. Dans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

legislação infraconstitucional marcada pela descentralização e pela busca da democratização da cultura.

Finalmente, pode-se enfatizar que o aspecto mais marcante na evolução histórica do patrimônio cultural em França é o atual e constante processo de descentralização dos equipamentos de cultura e o compromisso do Estado em promover a conservação de monumentos históricos.

4.2.3 - Na Espanha

A abordagem acerca do patrimônio cultural na Espanha justifica-se pelo tratamento jurídico do conceito de bem cultural pela Constituição Espanhola e pela lei No. 16 de 25 de junho de 1985 regulando o patrimônio histórico espanhol.

Igualmente a outros Estados, a Espanha até a entrada em vigor da Lei do Patrimônio Histórico – LPHE, não possuía, segundo Ibáñez¹¹⁶, nenhuma lógica interna que permitisse falar da existência de uma construção técnico-jurídica de patrimônio. Pelo contrário, continua Ibáñez, o que existia era uma legislação heterogênea nos seus conteúdos e nas suas técnicas, unificada apenas por força de objetivos relacionados a arte e a história. A marca da legislação eram os impulsos conjecturais para a resolução dos problemas na medida em que ocorressem.

Observa-se que o tratamento do patrimônio cultural na Espanha, antes da entrada em vigor de uma legislação própria, no caso a

¹¹⁶ IBÁÑEZ, Maria do Rosário Alonso – *Direito do património cultural em Espanha: situação atual e prospectiva*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 151.

Lei do Patrimônio Histórico – LPHE, foi muito semelhante ao que ocorreu em Portugal e em França quando a proteção do patrimônio cultural era tarefa da elite, dos governantes, imbuídos do papel de mecenas. Faltava uma política cultural.

A explicação para o tratamento do patrimônio cultural na Espanha até entrar em vigor a Lei do Patrimônio Histórico – LPHE, em nada diferente ao aplicado a outros Estados, estaria inserido no modelo político do Estado Liberal vigente à época.

No Estado Liberal os valores oriundos da Revolução Francesa – Liberdade e Propriedade – impulsionaram a construção jurídica de uma cultura como âmbito da liberdade dos indivíduos e, da mesma forma, contribuíram para a afirmação de uma tutela pública sobre o patrimônio cultural.

No entanto, como acentua Ibáñez¹¹⁷, a tutela do Estado Liberal, por meio de ações dos poderes públicos tinha uma marca conservadora aliada, também, à concepção absoluta da propriedade privada que, de forma concreta, ensejava dificuldades para a aplicação de normas de proteção do patrimônio cultural, principalmente quando este bem pertencia a particular.

Justificando o estancamento do regime jurídico do patrimônio cultural na vigência do Estado Liberal, aponta Garcia de Enterría¹¹⁸ três razões: - o projeto modernizador liberal, desdenhoso para com os legados

¹¹⁷ Obra citada, p. 152.

¹¹⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo – *Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural*. In: Revista Española de Derecho Administrativo, No. 39, Octubre-Dicembre, 1983, p. 577.

históricos; - o utilitarismo burguês, que certamente subordinou o valor cultural ao valor econômico, e, por último, a instituição da propriedade absoluta e inviolável que impediu aos Estados disciplinar ou intervir na propriedade privada sobre os bens de interesse histórico ou artístico, resultando no fato de que as normas relativa ao patrimônio cultural somente eram exercida sobre os bens do Estado ou da Igreja.

Antes da entrada em vigor da Lei do Patrimônio Histórico – LPHE, duas outras – o Real Decreto Lei de 9 de agosto de 1926 e a Lei de 13 de maio de 1933, dispunham sobre a preservação do patrimônio cultural sem, no entanto, serem capazes de efetivamente impedir a demolição de várias obras de interesse do patrimônio cultural¹¹⁹.

Dentre os fatores que influenciaram a ineficácia das normas de proteção do patrimônio cultural anteriores à Lei de Proteção do Patrimônio Histórico –LPHE, podem ser apontados os seguintes: ausência de apoio financeiro para efetivar os instrumentos de proteção; existência de uma organização administrativa baseada em órgãos honorários - fato, inclusive, também encontrado em Portugal e França, como visto anteriormente; ausência de conhecimento suficiente dos bens a serem protegidos e falta de pessoal qualificado, motivos semelhantes aos ocorridos no Brasil por ocasião da primeira fase de funcionamento do SPHAN quando, pela ausência de historiadores, a catalogação e escolha dos bens a serem protegidos se dava por pessoal desqualificado, apesar de intelectuais para época, mais a ausência de “*concepção global de todas as manifestações do*

¹¹⁹ IBÁÑEZ, Maria do Rosário Alonso – *Direito do património cultural em Espanha: situação atual e perspectiva*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 152.

*patrimônio cultural e um desconhecimento do seu significado, do valor cultural que representa”*¹²⁰.

Fato considerável no estudo do patrimônio cultural espanhol é a entrada em vigor da Constituição de 1978. Ao contrário da Constituição Francesa, conforme visto anteriormente, a Carta Espanhola explicita como direito fundamental o acesso à cultura, a conservação e o enriquecimento do patrimônio histórico, artístico e cultural¹²¹.

O aspecto cultural da Constituição Espanhola de 1978 é consequência da opção política do Estado Espanhol pelo modelo de Estado Social e Democrático em que cabe ao Estado criar condições, dentre elas a cultura, para que os cidadãos possam se desenvolver livremente.

O artigo 1º da Carta Espanhola¹²² afirma ser a Espanha um Estado social e democrático de direito tendo como valores especiais a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo jurídico.

¹²⁰ IBÁÑEZ, Maria do Rosário Alonso – *Direito do património cultural em Espanha: situação atual e perspectiva*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 155.

¹²¹ Constitución Espanola . Artículo 44 Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. Artículo 45 1.Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.2... 3....; Artículo 46 Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio. Fonte: www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

¹²² Constitución Espanola - Artículo 1 . 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Fonte: www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

Dentre esses valores especiais do Estado Social estaria a cultura, ou melhor, a necessidade de cultura no âmbito das prestações vitais do Estado, uma vez que os cidadãos, relativamente aos fenômenos da cultura, não exibem uma relação de soberania, não são objetos que dominem, mas objetos que utilizam, servem-se deles como algo que lhes é exterior e alheio, mas tratam-se de bens que integram o âmbito em que se desenvolve a sua existência e mais do que isso, são necessários para que possam desenvolver a sua própria existência. Desse modo, é função do Direito Público proporcionar ao cidadão os meios de obter dos poderes públicos tudo aquilo que, sendo-lhes, estritamente necessário para subsistir dignamente, se situa para além das suas possibilidades¹²³.

Ainda no aspecto constitucional, é de se ressaltar a aceção ampla da expressão patrimônio cultural que ultrapassa os limites do conceito de patrimônio histórico e artístico, sendo considerado o conjunto de todos os bens culturais, tanto os materiais, como os imateriais, incluindo, também, o patrimônio cultural construído pela riqueza da diversidade das línguas¹²⁴ no território espanhol.

Nesse ângulo da conceituação de patrimônio cultural em que estão inseridos bens materiais e imateriais há semelhança com a

¹²³ IBÁÑEZ, Maria do Rosário Alonso – *Direito do património cultural em Espanha: situação atual e perspectiva*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 156.

¹²⁴ Constitución Espanola - **Artículo 3** 1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2.Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. 3.La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección. Fonte: www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

Constituição brasileira e contrapõe-se a Carta Francesa que nenhuma referência faz ao conceito de patrimônio cultural, e muito menos à preservação do patrimônio cultural imaterial, apesar da existência de leis a respeito.

Com relação à legislação infraconstitucional, há na Espanha a Lei nº16, de 25 de agosto de 1978, denominada de Lei do Patrimônio Histórico Espanhol – LPHE, cujo artigo 1º define o patrimônio histórico espanhol como integrado pelos bens imóveis e móveis de interesse artístico, histórico, paleontológico, etnográfico, científico ou tecnológico, documental, bibliográfico, os sítios naturais, arqueológicos, jardins e parques que tenham valor artístico, histórico ou antropológico¹²⁵.

A lei 16 de 25 de agosto de 1985 – LPHE avançou consideravelmente em relação a legislações de outros Estados no sentido de elaborar uma distinção perfeita entre a utilidade imaterial identificadora da finalidade da ação da tutela: o valor cultural e os objetos que servem de suporte físico de utilidade cultural.

Esta distinção é fundamental para se defender que o aspecto a ser protegido é o valor e não a coisa em si mesmo. O objeto, como bem

¹²⁵Lei 16 de 25 de agosto de 1985 - Artículo 1 1. Son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español. 2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. 3. Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley. Fonte : www.igsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25.03.2003.

jurídico, é apenas um sustentáculo do bem, valor cultural, a ser tutelado pelo Estado sob o argumento de proteção ao património cultural.

Os níveis de proteção contidos na LPHE inserem-se nas seguintes categorias:

a) bens de interesse cultural - são bens móveis ou imóveis submetidos a declaração formal de interesse cultural, na forma no artigo 9.1 da LPHE¹²⁶. O regime jurídico previsto para esta categoria de bens é um regime de gestão de um valor imaterial, não havendo alteração na relação dominial, mas, tão-somente, uma obrigação *propter rem*, assegurando a obrigatoriedade do proprietário em permitir e facilitar: a inspeção por parte do Estado; o estudo por parte dos pesquisadores e, também a visita pública, como se pode verificar nos artigos 13.2 da LPHE¹²⁷.

Ainda com relação à categoria de bens de interesse cultural, há, na forma do artigo 36 da LPHE¹²⁸, a obrigação do proprietário dos bens, na

¹²⁶ Artículo 9.1. Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada. Fonte: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

¹²⁷ Artículo 13.1. 2. Asimismo, los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes, o quienes los posean por cualquier título, están obligados a permitir y facilitar su inspección por parte de los Organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada de éstos, y su visita pública, en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Administración competente cuando medie causa justificada. En el caso de bienes muebles se podrá igualmente acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años. Fonte: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003

¹²⁸ Artículo 36.1. Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes. 2. La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así

hipótese de mudança de uso, obter do poder público autorização para realizar obras, evitando desse modo, que se deteriore o bem sobre o qual reside o valor tutelado. A desobediência desta obrigação, por parte do proprietário, enseja o direito para a Administração de mandar executar, por ela própria, a obra e, no caso de grandes dispêndio, optar pela desapropriação do bem, mediante pagamento de indenização, nos termos do artigo 36.3 e 36.4 da LPHE¹²⁹.

b) bem imóvel inventariado – nesta modalidade não há interferência na relação dominial sendo, apenas, realizada uma declaração administrativa formal, cujo regime jurídico denomina-se de gestão de valor imaterial, nos termos do artigo 26.1 da LPHE¹³⁰.

como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejen su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Fonte: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003

¹²⁹ Artículo 36.3. Cuando los propietarios o los titulares de derechos reales sobre bienes declarados de interés cultural o bienes incluidos en el Inventario General no ejecuten las actuaciones exigidas en el cumplimiento de la obligación prevista en el apartado 1º de este artículo, la Administración competente, previo requerimiento a los interesados, podrá ordenar su ejecución subsidiaria. Asimismo, podrá conceder una ayuda con carácter de anticipo reintegrable que, en caso de bienes inmuebles, será inscrita en el Registro de la Propiedad. La Administración competente también podrá realizar de modo directo las obras necesarias, si así lo requiere la más eficaz conservación de los bienes. Excepcionalmente la Administración competente podrá ordenar el depósito de los bienes muebles en centros de carácter público en tanto no desaparezcan las causas que originaron dicha necesidad. 4. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente. Fonte: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003

¹³⁰ Artículo 26.1. La Administración del Estado, en colaboración con las demás Administraciones competentes, confeccionará el Inventario General de aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia. Fonte: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

c) bens integrados ao patrimônio arqueológico - seriam formados pelos bens, móveis ou imóveis de caráter histórico e que possam ser objeto de estudo com a aplicação de metodologia de pesquisa arqueológica. Podem, estes bens, terem ou não sido extraídos ou se encontrarem na superfície ou subsolo e, ainda, no mar territorial ou na plataforma continental, na forma do artigo 40.1 da LPHE¹³¹.

d) bem integrado ao patrimônio documental e bibliográfico - são formados pelos documentos e livros, componentes ou não de acervos de arquivos ou bibliotecas, incluídos neles todas as formas de expressão em linguagem natural ou convencional ou outra qualquer expressão gráfica, sonora ou em imagem. Os documentos devem ter, no mínimo cinquenta anos de antiguidade relativos ao exercício de atividades de associações de caráter político, sindical ou religioso e, também, as entidades culturais e educativas de caráter privado. Tais bens estão disciplinados nos artigos 48,49 e 50 da LPHE¹³².

¹³¹ Artículo 40.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes. Fuente: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

¹³² Artículo 48.1. A los efectos de la presente Ley forma parte del Patrimonio Histórico Español el Patrimonio Documental y Bibliográfico, constituido por cuantos bienes, reunidos o no en Archivos y Bibliotecas, se declaren integrantes del mismo en este Capítulo. 2. El Patrimonio Documental y Bibliográfico se regulará por las normas específicas contenidas en este Título. En lo no previsto en ellas le será de aplicación cuanto se dispone con carácter general en la presente Ley y en su régimen de bienes muebles. Artículo 49. 1. Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones. 2. Forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos

e) bem integrado no patrimônio histórico – nesta categoria estão, pelo critério de exclusão, os bens imóveis ou móveis que possuem um interesse específico e individualizado. Os proprietários dos bens sofrem diminuição de suas prerrogativas de domínio pela imposição da obrigação de conservação, bem como, imposição da inalienabilidade para o caso do bem pertencer a domínio público. Com relação aos bens móveis, que possuam mais de cem anos de existência, será imposto ao proprietário a obrigação de obter autorização do Estado para sua exportação.

O Estado Espanhol preocupou-se, também, quando da elaboração da lei de proteção do patrimônio cultural, com a especificação de uma política de fomento para conservação e restauração de bens de interesse cultural.

Encontrar novas fontes de financiamento do patrimônio histórico, como afirma Ibáñez¹³³, é descobrir a abóbada em que se assenta o

servicios. 3. Forman igualmente parte del Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado. 4. Integran asimismo el Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas. 5. La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración. Artículo 50. 1. Forman parte del Patrimonio Bibliográfico las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública y las obras literarias, históricas, científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, en escritura manuscrita o impresa, de las que no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos. Se presumirá que existe este número de ejemplares en el caso de obras editadas a partir de 1958. 2. Asimismo forman parte del Patrimonio Histórico Español y se les aplicará el régimen correspondiente al Patrimonio Bibliográfico los ejemplares producto de ediciones de películas cinematográficas, discos, fotografías, materiales audiovisuales y otros similares, cualquiera que sea su soporte material, de las que no consten al menos tres ejemplares en los servicios públicos, o uno en el caso de películas cinematográficas. Fonte: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

¹³³ Obra citada, p.171.

edifício da conservação do patrimônio cultural, e nesse ponto, a lei espanhola de proteção do patrimônio cultural- LPHE – optou claramente a favor dos benefícios tributários como instrumentos de política fiscal no domínio do patrimônio histórico.

A intenção de utilizar benefícios fiscais é demonstrada no preâmbulo¹³⁴ da LPHE quando afirma que uma política fiscal e tributária relativa ao patrimônio cultural seria uma forma de impulsionar uma gestão eficaz do patrimônio histórico com a participação da coletividade.

Os incentivos fiscais e tributários são de várias ordens, compreendendo desde o acesso de linha de crédito oficial com prioridade, passando pela ajuda financeira para obras de conservação até a possibilidade da entrega do bem integrante do patrimônio cultural para o pagamento de tributos, na forma do artigo 73 da LPHE¹³⁵.

¹³⁴ Preâmbulo da LPHE – “Así la ley estipula un conjunto de medidas tributarias y fiscales y abre determinados cauces nuevos que colocan a España en un horizonte similar al que ahora se contempla en países próximos al nuestro por su historia y su cultura y, en consecuencia, por su acervo patrimonial. De esa forma se impulsa una política adecuada para gestionar con eficacia el Patrimonio Histórico Español. Una política que complemente la acción vigilante con el estímulo educativo, técnico y financiero, en el convencimiento de que el Patrimonio Histórico se acrecienta y se defiende mejor cuanto más lo estiman las personas que conviven con él, pero también cuantas más ayudas se establezcan para atenderlo, con las lógicas contraprestaciones hacia la sociedad cuando son los poderes públicos quienes facilitan aquéllas”. Fonte: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

¹³⁵ Artículo 73. (Modificado por Ley 30/1994, por Ley 24/2001) El pago de las deudas Tributarias podrá efectuarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, en los términos y condiciones previstos reglamentariamente. Las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la entrega de los anteriores bienes en concepto de pago de cualquiera de los impuestos citados, estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades. Fonte: www.ipsap.map.es/cia/dispo/25335.htm. Acesso em 25 de março de 2003.

Concluindo, merece destaque na análise do patrimônio cultural espanhol, o aspecto constitucional, denominado de conduta zelosa, no dizer de Peter Häberle¹³⁶, ao optar por um modelo de Estado Social e Democrático e considerar a cultura um aspecto substancial para a construção da cidadania, bem como o tratamento infraconstitucional da política de patrimônio cultural marcado pelo incentivo fiscal e tributário às medidas de preservação.

¹³⁶ HABERLE, Peter – *Teoría de la Constitución como ciência de la cultura*, tradução de Emilio Mikunda, Madrid, Editorial Tecnos, 2000, p. 133.

4.2.4- Na Itália

A abordagem do patrimônio cultural na Itália justifica-se pela necessidade de análise da legislação infraconstitucional sobre o assunto, pela importância da Comissão Franceschini encarregada da revisão das normas italianas de preservação do patrimônio cultural e, ainda, pela necessidade de verificação do trato da questão cultural pela Constituição Italiana.

De início, merece análise da lei nº 1.089 de 01 de junho de 1939 que regula a tutela das coisas de interesse artístico e histórico na Itália, como, também, a verificação da influência da Comissão Franceschini na construção de conceitos relativos ao patrimônio cultural.

É de se ressaltar a informação de Summer¹³⁷ de que uma das primeiras normas editadas na preservação do patrimônio cultural na Itália teria sido emanadas do Grão Ducado da Toscana em 30 de maio de 1571. Tal informação contrasta com uma outra que atribui ao Estado Português a primeira iniciativa no sentido de expedir normas de proteção cultural no Ocidente, no caso, o Alvará Régio de 1721.

A lei 1.089 de 01 de junho de 1939, mesmo contando com mais de 60 anos, continua a ter eficácia e vigência e cumpre muito bem a sua finalidade.

¹³⁷ SUMMER, Luciano – *Interesse storico o artistico (così di). Codice dell'ambiente*. Piacenza: La Tribuna, 1998, p. 1.453.

A este respeito, afirma Ferri¹³⁸ parecer surpreendente o fato de uma lei promulgada há mais de meio século ainda poder assegurar seus objetivos num contexto sócio-econômico radicalmente alterado e ainda ser instrumento de ações públicas que visam a tutela dos bens culturais adequada às exigências atuais.

Ainda na intenção de justificar a modernidade da lei 1089 de 1939, assevera Ferri que dois aspectos a justificam: o primeiro reside na qualidade técnica do texto legislativo, cujas disposições, além de conter uma regulamentação pormenorizada de casos definidos de modo demasiadamente pontual estabelecem regras de alcance geral que assumiram o valor de normas de princípios, dotadas, pois, de uma flexibilidade e capacidade de adaptação tais, que permitem abranger, no seu âmbito de aplicação, situações novas que poderiam, com certeza, escapar a uma legislação dos anos 30; o segundo aspecto, é a importância dada pela Constituição Italiana à questão do patrimônio cultural, tendo incluído a tutela do patrimônio cultural como princípio fundamental.

A Lei nº 1089 de 1939¹³⁹, nos artigos 1º e 2º, tratando das disposições gerais, aponta os objetos submetidos à tutela da referida lei,

¹³⁸ FERRI, Giorgio - *Os bens culturais no direito italiano*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Patrimônio Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996, pp. 111-112.

¹³⁹ Legge 1 giugno 1939, n. 1089 Tutela delle cose d'interesse artistico e stori Capitolo 1 Disposizioni Generali Art. 1 - Sono soggette alla presente L. le cose, immobili e mobili, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnografico, compresi: a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà; b) le cose di interesse numismatico; c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, i documenti notevoli, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe e le incisioni aventi carattere di rarità e di pregio. Vi sono compresi le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico. Non sono soggette alla disciplina della presente legge le opere di autoriviventi o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni. Art. 2 - Sono altresì sottoposte alla presente legge le cose immobili che, a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, siano state riconosciute di interesse particolarmente importante e come tali abbiano formato oggetto di notificazione, in forma amministrativa, del Ministero per la educazione nazionale. La notifica, su richiesta del Ministro, è trascritta nei registri delle Conservatorie delle ipoteche ed ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore della cosa a

indicando que são sujeitos da lei os bens móveis e imóveis que tenham interesse para diversas áreas do conhecimento humano, bem como da sua história.

Um aspecto interessante nas disposições gerais desta lei é a equiparação entre o proprietário e o possuidor para efeitos da aplicação dos instrumentos de tutela do patrimônio cultural.

A esse respeito, afirma Ferri¹⁴⁰ que duas razões fundamentam a opção do legislador em equiparar, para efeitos da tutela dos bens culturais, o proprietário e o possuidor: a primeira, diz respeito à necessidade de que as normas de proteção regulem condutas relativas ao bem protegido, bem como ao indivíduo que o possua ou detenha; a segunda razão consistiria em facilitar o exercício da tutela, uma vez que se a administração somente pudesse aplicar as regras de preservação ao proprietário, tornar-se-ia necessária a prévia identificação deste, o que naturalmente poderia exigir investigações que estão longe de serem simples, com o conseqüente atraso da intervenção e o risco de um resultado jurídico ineficaz, devido ao erro de identificação, devendo, ainda, ter-se em conta que o proprietário, se tratando de medidas contrárias ao seu interesse, poderia iludir a ação de tutela com expedientes para ocultar essa qualidade.

Procedendo a análise da lei 1089 de 1939, pode-se apontar como importante os seguintes aspectos:

qualsiasi titolo. Fonte: [www.comune.rivoli.to.it/territorio/Beni%20ambientali/Beni/legge%20n 1089.htm](http://www.comune.rivoli.to.it/territorio/Beni%20ambientali/Beni/legge%20n%201089.htm). Acesso em 27 de março de 2003

¹⁴⁰ Obra citada, p. 117

a) os bens pertencentes ao Estado também estão submetidos às regras de proteção contida na lei 1089 de 1939¹⁴¹;

b) a impossibilidade da modificação dos bens classificados como de interesse cultural pela lei 1089 de 1939 sem a prévia autorização do Estado, por intermédio do Ministro da Educação Nacional, hoje Ministro dos Bens Culturais, nos termos do artigo 11¹⁴²;

c) na hipótese de despesas realizadas pelo Estado na conservação de bens classificados como de interesse cultural e que pertençam a particulares pode ocorrer o ressarcimento das despesas pelo particular ao Estado, na forma do artigo 17¹⁴³;

d) no caso de obras de conservação de bens particulares de interesse para patrimônio cultural e que pela urgência não possam ser precedidas de autorização do Estado poderão ser realizadas pelo particular

¹⁴¹ Art. 6 - Sono soggette alla vigilanza del Ministro per l'educazione nazionale le cose che hanno l'interesse di cui agli artt. 1, 2 e 5. Le cose immobili e mobili di proprieta' dello Stato le quali hanno l'interesse di cui agli artt. 1, 2 e 5 della presente legge sono sottoposte alla vigilanza del Ministro per l'educazione nazionale per quanto riguarda la loro conservazione, da chiunque siano tenute in uso o in consegna. Fonte:www.comune.rivoli.to.it/territorio/Beni%20ambientali/Beni/legge%20n1089.htm. Acesso em 27 de março de 2003.

¹⁴² Art. 11 - Le cose previste dagli artt. 1 e 2, appartenenti alle province, ai comuni, agli enti e istituti legalmente riconosciuti, non possono essere demolite, rimosse, modificate o restaurate senza l'autorizzazione del Ministro per l'educazione nazionale. Le cose medesime non possono essere adibite ad usi-non compatibili con illoro carattere storico od artistico, oppure tali da recare pregiudizio allaloro conservazione o integrita'. Esse debbono essere fissate al luogo di loro destinazione nel modo indicato dalla soprintendenza competente. Fonte:www.comune.rivoli.to.it/territorio/Beni%20ambientali/Beni/legge%20n1089.htm. Acesso em 27 de março de 2003.

¹⁴³ Art. 17 - Nei casi di cui agli artt. 14 e 15 e ultimo comma dell'art. precedente, gli enti e privati interessati hanno l'obbligo di rimborsare allo Stato la spesa sostenuta per la conservazione della cosa. L'ammontare della spesa e' determinato con decreto del Ministro. Qualora la spesa non sia rimborsata, il Ministro ha la facolta' di acquistare la cosa al prezzo di stima che essa aveva prima delle riparazioni. Ove il Ministro non ritenga di avvalersi di detta facolta', l'ammontare del la spesa sara' riscosso con le forme previste per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato. Fonte:www.comune.rivoli.to.it/territorio/Beni%20ambientali/Beni/legge%20n1089.htm. Acesso em 27 de março de 2003.

desde que, imediatamente, comunicadas ao órgão competente, no caso o Ministro da Educação Nacional, hoje Ministro dos Bens Culturais, como afirma o artigo 19¹⁴⁴;

Em especial, merece destaque o tratamento concedido pela lei 1089 de 1939 reativamente à alienação de bens de interesse do patrimônio cultural.

Os bens públicos e os pertencentes a entidades morais têm sobre si a imposição da regra da inalienabilidade, havendo, no entanto, a possibilidade de alienação de bens antigos e obras de arte pertencentes ao Estado ou a entidades morais, desde que não derive de tal alienação prejuízo para a conservação e o gozo pela coletividade. De tal regra, pode-se apreender a preocupação do Estado com a conservação e a garantia de acesso do público às obras de interesse coletivo.

Há também, no tocante aos bens de interesse do patrimônio cultural, a possibilidade de alienação de bens que existam em duplicata sem, no entanto, permitir que se olvide do acesso da coletividade ao gozo da obra de interesse cultural, como aspecto fundamental.

Assim como no Brasil, cabe ao Estado o direito de preempção com relação aos bens particulares de interesse do patrimônio cultural e que

¹⁴⁴ Art. 19 - Nel caso di assoluta urgenza possono essere eseguiti i lavori provvisori indispensabili per evitare danni notevoli all'opera, purché' nesia data immediata comunicazione alla Soprintendenza competente, alla quale dovranno essere inviati, nel piu' breve tempo, i progetti dei lavori definitivi per l'approvazione. Fonte: www.comune.rivoli.to.it/territorio/Beni%20ambientali/Beni/legge%20n1089.htm. Acesso em 27 de março de 2003.

estejam expostos à alienação. O exercício deste direito deverá ocorrer nas mesmas condições oferecidas ao público.

A qualidade de bem de interesse do patrimônio cultural, segundo a legislação italiana, também impõe a estes bens que, na hipótese de oneração seja por hipoteca ou penhor, a prévia autorização do Estado.

Quanto aos bens particulares de interesse do patrimônio cultural, faz-se necessário, segundo a Lei nº 1089 de 1939, a obrigatoriedade de comunicação ao Estado, especificamente ao Ministro da Educação Nacional, hoje Ministro dos Bens Culturais, em qualquer forma de alienação, seja procedida pelo possuidor ou pelo proprietário, bem como, na ocorrência de sucessão relativa aos bens protegidos.

Para evitar que a ausência de manifestação da administração pública no sentido de exercer ou não o direito de preferência cause prejuízo aos contratantes, uma vez que ficariam na incerteza do interesse da administração por aquele bem, a lei concede um prazo de dois meses para que o Ministério dos Bens Culturais exerça o direito de preempção.

A desapropriação dos bens de interesse do patrimônio cultural também foi contemplada pela Lei nº1089 de 1939 podendo ser objeto desta intervenção, tanto os bens móveis como imóveis.

A utilização de tal instrumento jurídico, além de exigir o pagamento de indenização em dinheiro, não poderá ser utilizado apenas como meio de aplicação do regime de tutela do patrimônio cultural, mas, ao contrário, como instrumento necessário para atingir o objetivo de tutela do

patrimônio cultural pela impossibilidade de utilização de outros meios de tutela.

Por fim, ainda na análise da lei 1089 de 1939 e seus instrumentos de tutela do patrimônio cultural, merece destaque a possibilidade da aplicação da medida de conservação denominada de *custódia coativa*, cuja melhor explicação coube a Ferri¹⁴⁵ quando afirmou:

“ Outra medida que pode ser tomada para fins de conservação é a custódia coativa. A lei autoriza o ministro a determinar , para os bens móveis a transferência e a custódia temporária em instituições públicas. Os pressupostos e os objetos desta medida de conservação são os seguintes: a) quando o bem, por abandono absoluto, por impossibilidade da entidade pública em assegurar a sua custódia, por negligência ou por outros motivos, corre perigo de subtração, desvio ou depreciação inevitável; b) quando, pela depreciação do bem e pela impossibilidade de proporcionar um restauro, se torna necessária a sua recuperação temporária em local adequado.”.

¹⁴⁵ Obra citada, p. 132.

5 Patrimônio Cultural e Constituição Federal brasileira

5.1.1- Disposições constitucionais sobre o patrimônio cultural

5.1.1.1 – Considerações terminológicas

Partindo do disposto no artigo 216 da Constituição Federal, pode-se, a princípio, verificar que o constituinte optou pela conceituação do patrimônio cultural incluindo os bens de natureza material e imaterial. Esta opção coloca o texto constitucional brasileiro em sintonia com a teoria moderna de patrimônio cultural que considera o valor cultural um bem imaterial a ser tutelado.

Outro aspecto interessante vislumbrado em uma análise do texto constitucional sobre o conceito de patrimônio cultural é a ênfase dada à importância da preservação atinente à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e, também, à necessidade de preservação da identidade coletiva.

Vale ressaltar que a preservação da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira estava ausente dos diplomas legais que tratavam de patrimônio cultural até a promulgação da Carta de 1988, bem como na atividade desenvolvida pelo SPHAN até a década de 80 do século passado.

A Constituição Federal no seu artigo 216 optou pela expressão *patrimônio cultural*, ao contrário de outros textos constitucionais estrangeiros, como o Espanhol, por exemplo, incluindo nesta expressão, os termos *patrimônio artístico e patrimônio histórico*. Superada está a concepção puramente histórica do patrimônio cultural em favor de uma concepção abrangente de todas as expressões simbólicas da memória coletiva, constitutivas da identidade de um lugar, uma região e uma comunidade¹⁴⁶.

A expressão *patrimônio cultural brasileiro* consagra o entendimento de que nele estaria inseridos o patrimônio cultural como um todo, sejam de interesse da união, dos estados ou dos municípios. Tem-se, na verdade, um patrimônio cultural com um sentido de universalidade. Entende Afonso da Silva¹⁴⁷ ao afirmar que o patrimônio cultural brasileiro – modo de preservar os valores das tradições, da experiência histórica e da inventividade artística – compreende o patrimônio cultural nacional, integrado pelos bens de interesse nacional; o patrimônio estadual integrado pelos bens culturais de interesse apenas do Estado interessado; o patrimônio cultural municipal de interesse de cada Município que o tenha formado. Nesse sentido é que se deve compreender o conceito legal de patrimônio entendido como um todo orgânico, cuja unidade expressa a identidade do país e cuja significação é tanto maior quanto o sentimento do povo quanto a sua cidadania.

Por fim, observa-se no texto constitucional que a utilização da expressão *patrimônio cultural* como correspondência ao patrimônio artístico cultural, histórico cultural, arqueológico cultural, dentre outros, não foi

¹⁴⁶ CAMPELO, Glauco – *Ações pelo patrimônio*. In: *Um olhar sobre a cultura brasileira*, pp. 1-2. Fonte: www.minc.gov.br/textos/olhar/acoepatrimonio.htm. Acesso em 26 de maio de 2003.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da – *Ordenamento constitucional da cultura*, São Paulo, Editora Malheiros, 2001, pp. 101-102.

seguido de forma unânime pelo constituinte, vez que ao tratar das competência em matéria de patrimônio cultural utiliza-se das expressões *bens de valor histórico, artístico ou cultural*, como no artigo 23, III e IV e, também, no artigo 24, VII, a expressão *proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico*.

5.1.2 – Formas de manifestações do patrimônio cultural brasileiro

Como já foi abordado em várias passagens deste trabalho, o patrimônio cultural inclui bens de natureza material e imaterial, cujo valor, aspecto imaterial, merecem a tutela do estado, para a preservação da identidade e a memória nacional.

Dentre as formas de manifestações a serem tuteladas pelo Estado brasileiro, enumeradas nos incisos I a VI do artigo 216 da Constituição Federal, um aspecto permeia a todas – a exigência de que seja referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Esta exigência conforma-se com os princípios constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o princípio republicano, traduzido pela prevalência da vontade do povo na condução da nação e, também, pelo princípio da dignidade da pessoa humana que garante ao cidadão a preservação das suas referências culturais, independente da sua classe social originária.

A respeito da definição de identidade, exigência constitucional para a caracterização do patrimônio cultural, vale utilizar-se das palavras

de Lévi-Strauss¹⁴⁸ pronunciado por ocasião de um seminário sobre identidade, para defini-la como uma entidade abstrata sem existência real, muito embora indispensável como ponto de referência. Desta formulação de Lévi-Strauss pode-se produzir uma ilação no sentido de que o termo identidade não é estático, senão dinâmico e que sofreria influência dos momentos históricos vivenciados pela sociedade brasileira.

No que afeta a formulação do conteúdo da expressão identidade brasileira, assevera Ortiz¹⁴⁹ a existência na história intelectual brasileira uma tradição de que em diferentes momentos históricos procurou definir a identidade nacional em termos do caráter brasileiro. Por exemplo, afirma Ortiz, Sérgio Buarque de Holanda buscou as raízes do brasileiro na “*cordialidade*”, Paulo Prado na “*tristeza*”, Cassiano Ricardo na “*bondade*”; outros escritores procuraram encontrar a *brasilidade* em eventos sociais como o carnaval ou ainda na índole malandra do ser nacional.

Criticando o posicionamento que reduz o conceito de identidade a aspectos fechados, hermenêuticos e estáticos, como a *cordialidade, tristeza e bondade*”, entende Ortiz que a identidade nacional é uma entidade abstrata e como tal não pode ser apreendida em sua essência. Ela não se situa junto à concretude do presente, mas se desvenda enquanto virtualidade, isto é, como projeto que se vincula às formas sociais que a sustentam.

Dessa forma, o entendimento que se pode apreender do disposto no artigo 216 da Constituição Federal é que a identidade nacional não seria algo acabado e passível de ser objeto de uma definição rígida e,

¹⁴⁸ LÉVI-STRAUSS, Claude (Org.)- *L'Identité*, Paris, Ed. Grasset, 1977

¹⁴⁹ ORTIZ, Renato – *Cultura brasileira e identidade nacional*, 5ª edição, São Paulo, Editora Brasiliense, 1994, pp. 137-138.

sim, objeto de modificações ao sabor das evoluções históricas da sociedade brasileira sendo, como afirma Furtado¹⁵⁰, um liame com o passado no intuito de enriquecer o presente.

No tocante à expressão “.. à memória de diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, vale a observação de que o constituinte reconheceu a pluralidade de etnias e culturas na formação da sociedade brasileira.

A respeito da pluralidade de culturas dessa formação da sociedade brasileira, merece destaque, como demonstração da mudança ocorrida a partir do primeiro quartel do século XIX, tem-se o reconhecimento de outras etnias, além dos brancos e índios, na formação brasileira, em algumas passagens literárias, como: a ausência de personagens negros na obra de José de Alencar, nomeadamente, no *O Guarani*; a obra de Aloísio Azevedo denominado *O Cortiço* onde a personagem João Romão, português, exemplar típico da raça branca demonstrando a sua estagnação social ao se relacionar com uma mulher de cor e, depois, a sua ascensão social ao trocar a mulher mestiça por uma outra da raça branca, e, ainda, demonstração do reconhecimento da participação mestiça na formação brasileira, a obra de Gilberto Freyre, *Casa Grande e Senzala* em que transforma a negatividade do negro ou mestiço em um elemento positivo na formação do contornos da identidade nacional.

A respeito da inclusão no texto constitucional dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e sua importância como elemento do patrimônio cultural e sujeito a tutela do Estado, vale a pena

¹⁵⁰ FURTADO, Celso - *O capitalismo global*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, página 72.

parafrasear Ortiz¹⁵¹ quando se referindo aos negros, ressalta o mito das três raças pelo qual haveria a utilização dos elementos inter-raciais como elementos nacionais, dessa forma propiciando a que todos, sejam brancos, negros, mestiços ou índios e se reconheçam como nacionais.

Trata, também o artigo 216 da Carta Constitucional a respeito das formas de expressão como elementos formadores do patrimônio cultural e, portanto, passíveis de tutela por parte do Estado. Dentre as formas de expressão, pode-se apontar a língua nacional, a literatura em todas as suas formas, a música sob todos os ritmos, a dança, as festas religiosas e o folclore.

Os modos de criar, de fazer e viver, todos objetos imateriais, também são elementos formadores do conceito de patrimônio cultural. A preservação da forma de elaboração do acarajé, do vatapá, do baião-de-dois, do pato no tucupi, exemplos da miscigenação formadoras da sociedade brasileira merecem a tutela do Estado como forma de preservação. A propósito da preservação do bens imateriais, traduzidos pelas formas de criar, fazer e viver, foi editado o Decreto Nº 3551, de 04 de agosto de 2000 que instituiu o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

As criações científicas, artísticas e tecnológicas, cuja proteção de livre expressão está incluída dentre os direitos e garantias fundamentais nos termos do artigo 5^a, inciso IX, também é objeto do conjunto de bens que formam o patrimônio cultural brasileiro. As criações científicas e tecnológicas são reputadas como forma de manifestações culturais –mais formais e eruditas –, cujo desenvolvimento o Estado promoverá e incentivará, na forma prevista no artigo 218 da Constituição, conforme

¹⁵¹ Obra citada, p. 44.

assevera Afonso da Silva¹⁵². Quanto às criações artísticas, pode-se afirmar que toda obra artística, seja pintura, escultura, arquitetura ou música, classificadas como erudito ou popular são passíveis de proteção do Estado por qualquer das formas de preservação, desde o inventário, passando pelo tombamento e até mesmo por meio da desapropriação, forma mais profunda de intervenção do Estado na sua tarefa de tutelar o patrimônio cultural.

O inciso IV do artigo 216 da Constituição Federal aponta como objetos formadores do patrimônio cultural as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais.

A propósito desta disposição constitucional, pode-se, nesta oportunidade, refletir a respeito do tombamento de uso, uma das formas de preservação adotada pela Carta Política de 1988, como modo de preservar o espaço destinado às manifestações artístico-culturais.

A escolha do tombamento de uso como por exemplo, merece realce, pela recusa do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a sua incidência sobre bens que, mesmo não possuindo características arquitetônicas que mereçam preservação, foram ou são espaços públicos que marcaram a história da sociedade brasileira como local de profusão de espetáculos artístico-culturais, merecendo, assim, ser preservados.

Na argumentação favorável ao tombamento de uso, observe-se que a Constituição Federal de 1988 com relação ao tombamento do

¹⁵² Obra citada, p. 111.

patrimônio cultural permitiu, como entende Machado¹⁵³, uma proteção dinâmica e adaptável às contingências e transformações da sociedade.

Complementando o entendimento acima referido a respeito da Constituição Federal ter permitido uma proteção dinâmica, ressalte-se as palavras Maria Cecília Londres Fonseca¹⁵⁴ quando afirma que:

“embora a proteção incida sobre as coisas, pois estas é que constituem o objetivo da proteção jurídica, o objetivo da proteção legal é assegurar a permanência dos valores culturais nelas identificados. Esses valores só são alcançáveis através das coisas, mas nem sempre coincidem exatamente com unidades materiais. Essa diferenciação se aclara ao se verificar o tombamento de conjuntos, seja de bens móveis ou imóveis, caso em que o objeto do tombamento é um único valor – o bem coletivo (no sentido gramatical do termo, de conjunto de unidades), embora materializado em uma multiplicidade de coisas, geralmente heterogêneas.....no caso do patrimônio, os valores não econômicos a serem protegidos (valores culturais) estão inscritos na própria coisa, em função de seu agenciamento físico-material, e só podem ser captados através de seus atributos. Mas, com o tombamento, o bem não perde o valor econômico que lhe é próprio, enquanto coisa passível da apropriação individual. Por esse motivo, é preciso regular mais rigidamente ainda, nesse caso, o exercício do direito de propriedade”.

153 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 3ª. Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 467.

154 FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em Processo*. Editora da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Rio de Janeiro, 1997, p. 35.

Contrapõe-se a esse entendimento, o do Supremo Tribunal Federal traduzido no acórdão exarado no Recurso Extraordinário nº 182782-3 do Rio de Janeiro¹⁵⁵ relatado pelo Ministro Moreira Alves, que se refere a existência de dois conceitos, um amplo e outro restrito acerca de patrimônio histórico e artístico, cabendo à legislação infraconstitucional adotar um desses dois conceitos para determinar que proteção se faça por tombamento ou por desapropriação, tendo, no entanto, a legislação vigente sobre tombamento adotado a conceituação mais restrita, ficando, pois, a proteção dos bens, que integram o conceito mais amplo, no âmbito da desapropriação.

O tombamento de uso pode ser defendido, quanto à sua constitucionalidade, levando em conta os seguintes pontos: o fato de que o exercício dos direitos de propriedade, bem como a integralidade dos elementos constitutivos do domínio estão submetidos ao princípio constitucional da função social da propriedade; a hipótese da proteção do patrimônio cultural pode-se dar por várias formas, incluindo o tombamento, sendo opção do poder público a forma mais adequada, desde o simples registro até a aquisição da propriedade do bem de interesse cultural; a condição do tombamento como uma limitação ao direito de propriedade e que, dessa forma, não retira do proprietário qualquer dos poderes inerentes ao domínio, ao contrário da proteção ao patrimônio cultural na forma de desapropriação em que o Estado retira, mediante indenização, todos os poderes inerentes a propriedade assumindo o domínio da coisa. E, por fim, pelo fato do tombamento de uso não ofender ao princípio constitucional da propriedade, não retirar o direito do

155 Acórdão em Recurso Extraordinário No. 182782, Ministro Relator Moreira Alves, julgado em 14.11.1995

proprietário de usar a coisa, apenas, atendendo a uma vontade coletiva, impor certa conduta ao proprietário para o exercício do seu direito.

O tombamento de uso pode ser entendido como uma forma de preservação do patrimônio cultural que vai muito além da simples preservação do objeto, do prédio, da obra e alcança um elemento indissociável do objeto que é o seu valor cultural intrínseco que impede separá-lo do objeto, tal como se confundem os livros com a biblioteca, as imagens com o templo e a farda com o militar¹⁵⁶.

Por fim, dentro das expressões que traduzem o patrimônio cultural brasileiro, descritas no artigo 216 da Constituição Federal, encontram-se os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Estas formas de expressão podem ser objeto de proteção pela forma de zoneamento, instituto que impõe limites ao exercício das prerrogativas de propriedade por meio de normas gerais, abrangentes de uma determinada área, podendo ser uma comunidade, uma cidade ou um determinado sítio.

156 Acórdão em Recurso Extraordinário No. 219.292-1 prolatado pelo Ministro Octávio Galotti em 07.12.1999

2.1.3 – Repartição de competência em matéria de patrimônio cultural

A repartição de competência é pressuposto necessário para a autonomia da entidade política. O mecanismo de distribuição de competência é realizado, em regra, tendo como parâmetro o princípio da predominância do interesse. Neste sentido, José Afonso da Silva¹⁵⁷:

"o princípio geral que norteia a repartição de competência entre entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória num século de vigência".

A Constituição vigente distribui suas competências da seguinte forma: a) competência material, subdividida em duas formas: exclusiva e comum ou cumulativa; b) competência legislativa, que se subdivide em exclusiva, privativa, concorrente e suplementar.

À União foi favorecida com competências *expressas* e enumeradas de natureza político-administrativa, contidas no artigo 21 e também de competências *expressas*, enumeradas e privativas de natureza legislativa, conforme descrição do artigo 22 da Carta Política.

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª. edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1994, p. 412.

Por distribuição equânime, promoveu o constituinte entre os entes da federação as competências ditas *comuns*, de índole político-administrativa¹⁵⁸, indicadas no artigo 23.

No tocante à competência legislativa, determina o artigo 24 da Constituição a repartição entre os entes federados, com exceção do Município de forma concorrente. Esta repartição determina à União competência para expedir normas gerais sem, no entanto, excluir o município de sua competência suplementar para, também, emití-las. Há, ainda, a previsão constitucional de expedição, por parte dos Estados, na hipótese de inexistência de normas gerais emanadas pela União, para atender as suas peculiaridades.

Aos Estados cabem as competências remanescentes da distribuição realizada em favor da União e dos Municípios, na exata medida em que só lhes cabe exercer as que “ *não lhes sejam vedadas por esta Constituição* ” nos termos do artigo 25, parágrafo primeiro da Constituição Federal¹⁵⁹

Aos Municípios cabem as competências contidas no artigo 30 da Constituição, dentre elas a competência legislativa para emitir normas relativas a assuntos de *interesse local*, suplementar a legislação federal e estadual no que couber, dentre outras relativas a matérias político-administrativas.

¹⁵⁸ PONTES FILHO, Valmir – *Curso Fundamental de Direito Constitucional*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 140.

¹⁵⁹ PONTES FILHO, Valmir – *Curso Fundamental de Direito Constitucional*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 142.

5.1.3.1- Competências da União, dos Estados e do Distrito Federal em matéria de patrimônio cultural

Em matéria de patrimônio cultural, a distribuição de competências pela Carta Constitucional refere-se somente à competência comum e competência concorrente, respectivamente, nos artigos 23 e 24.

A outorga de competência comum, afirma Afonso da Silva¹⁶⁰, refere-se a prática de atos relativamente á matéria de que trata, ou, por outra forma, diz respeito à prestação de serviço envolvendo a matéria – no caso, envolvendo a cultura. Já a outorga de competência concorrente é pertinente à distribuição de atribuições normativas sobre a matéria entre as entidades federativas.

A competência comum, restrita a normas de execução, vem definida nos incisos III, IV e V da Constituição com relação aos seguintes aspectos: a) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; b) impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; c) proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

A competência legislativa contida no artigo 24 da Carta Constitucional, afirma competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal, a legislação sobre: a) inciso VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural,

¹⁶⁰ Obra citada, p. 43.

artístico, turístico e paisagístico; b) inciso VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) inciso IX – educação, cultura, ensino e desporto.

Com relação à competência legislativa concorrente em matéria de patrimônio cultural, vale observar que cabe à União a expedição de normas gerais e, aos Estados e Distrito Federal a expedição de normas suplementares ou, na hipótese de ausência das normas gerais, exercer competência legislativa plena até a entrada em vigor das normas emitidas pela União, quando ocorrerá a suspensão da eficácia das normas emitidas pelos Estados e Distrito Federal, no que for contrário.

5.1.3.2 – Competência legislativa do município e proteção do patrimônio cultural

Não é pacífico o entendimento de que tenha o Município competência legislativa para editar normas de proteção ao meio ambiente, incluindo, neste caso as de proteção ao patrimônio cultural.

Dispõe o artigo 23 da Constituição Federal que compete, de forma comum, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal realizarem a proteção, dentre outros, dos documentos, das obras e outros bens de valor histórico artístico e cultural.

Observe-se que esta competência não é para legislar e, sim, para executar medidas de proteção em atendimento a normas legais de proteção ao patrimônio cultural.

A possibilidade de o município legislar sobre normas de proteção do patrimônio cultural está contida no artigo 30, I, da Constituição Federal quando determina que compete ao Município legislar sobre matérias de interesse local.

Primeiramente, é de se enfatizar que o dispositivo contido no artigo 30 da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, vez que atua de pronto, no instante em que for incluída no tecido constitucional. Normas desta natureza, conforme ensina

José Afonso da Silva¹⁶¹, dispensam norma inferior, que as torne executáveis, para que possam produzir efeitos.

De par com a eficácia plena e aplicabilidade imediata, o artigo 30 da Constituição Federal materializa a abrangência do termo *autonomia municipal*. Neste sentido, afirma Bonavides¹⁶² que a explicitação feita pela Carta de 1988 acerca da autonomia municipal alcança uma abrangência jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes. Argumenta, ainda, Bonavides, que a combinação do artigo 29 que trata da necessidade de lei orgânica para reger o Município, com o artigo 18 pelo qual o Município de parte integrante da Federação juntamente com a União e os Estados e, por fim, com o conteúdo do artigo 30 definindo as competências do Município, todos da Constituição Federal, formam a pedra angular da compreensão da autonomia municipal.

Ainda sobre a abrangência da autonomia do Município na Constituição Federal, afirma Bonavides¹⁶³ que o município, como parte integrante de uma organização federativa, nunca esteve tão perto de configurar aquela realidade de poder - o chamado *pouvoir municipal* - almejado por uma parcela de publicistas liberais dos séculos VVIII e XIX, quando na Constituição brasileira de 1988.

Continuando seus argumentos sobre a abrangência do termo *autonomia municipal*, ensina Bonavides¹⁶⁴ que a concepção política desse

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da . **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 1ª. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968, pp. 81-94.

¹⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª. edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1993, pp. 273/274.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª. edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1993, p.275.

¹⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª. edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1993, p. 275.

poder transitou de uma modalidade “política” e abstrata, historicamente frágil e passageira, não obstante sua amplitude teórica, para uma versão mais sólida, porém menos larga, ou politicamente menos ambiciosa, a qual, em compensação, lhe confere, dentro de quadros formais rígidos, uma superior conotação de juridicidade institucional, de máxima autonomia possível.

A respeito do tratamento concedido pela Carta Constitucional de 1988 ao Município, considerando-o em igualdade com outros entes da federação, consolida a trajetória política da força municipal, fortalecida ao longo da história pelo papel dos *coronéis*, cujo comportamento nas eleições *despejando seus votos nos candidatos governistas nas eleições estaduais e federais*, tornavam os *dirigentes políticos do interior credores de especial recompensa, que consistiria no fato de ficarem com as mãos livres para consolidarem sua dominação no município*¹⁶⁵.

Retomando o conteúdo do artigo 30 da Constituição Federal para analisar a possibilidade do Município legislar sobre normas de proteção do patrimônio cultural, faz-se necessário, verificar a abrangência do inciso I, do citado artigo 30, quando se refere a possibilidade do município legislar sobre assuntos de interesse local.

O alcance da expressão *interesse local* será decisivo para a defesa do entendimento de que cabe ao município legislar sobre matéria ambiental, particularmente, acerca da proteção do patrimônio cultural.

¹⁶⁵ LEAL, Victor Nunes - **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**, 2ª edição, São Paulo, Alfa-Omega, 1975, p. 253.

A discussão em torno do conteúdo da expressão interesse local não é recente, tendo-se manifestado a essa respeito Pimenta Bueno¹⁶⁶, afirmando que a natureza do poder municipal revela quais devam ser suas atribuições essenciais. Tudo quanto diz respeito especialmente à sociedade local, tudo quanto não for de interesse provincial ou geral, deve ser atribuído ao conselho da família municipal. É justo e conveniente que esta associação se governe como melhor julgar, em tudo quanto esta liberdade não ofender os outros municípios ou os interesses do Estado.

A expressão *interesse local* não significa interesse privativo do município, mas, sim, interesse prevalentemente local, atendendo, assim, às necessidades locais, ainda que tenham alguma repercussão sobre as necessidades gerais do Estado. Neste mesmo raciocínio, assevera Sampaio Dória¹⁶⁷, que, de certo modo, todos os interesses são comuns; podem, no entanto, ser peculiares a esta ou aquela entidade, na medida em que lhes aproveitam diretamente, e só reflexamente às demais.

O interesse que a Constituição, em seu artigo 30,I, assegura como competência legislativa do município é aquele que diz respeito aos aspectos peculiares, próprios daquela coletividade.

Posicionando-se contra a possibilidade do Município editar normas de proteção ambiental, especialmente, no tocante à proteção do patrimônio cultural, afirma Ellen de Castro Quitanilha¹⁶⁸ que ao Município compete proteger, impedir, preservar, zelando o cumprimento de leis

¹⁶⁶ BUENO, Pimenta. **Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império**, Rio de Janeiro, [s.n] [1850?], p. 317.

¹⁶⁷ SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. **Autonomia dos Municípios**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 24, p. 423.

¹⁶⁸ QUINTANILHA, Ellen de Castro. **Ensaio sobre competência do município para legislar sobre meio ambiente**, Boletim de Direito Municipal, São Paulo, jan.1990, p. 37.

editadas pela União ou pelos Estados, mas, nunca legislar sobre meio ambiente.

Em sentido contrário, assevera Machado¹⁶⁹ que seria possível a edição de normas legais pelo Município a respeito de meio ambiente com base no interesse local, artigo 30,I da Constituição Federal, que não se caracteriza pela exclusividade, mas sim, pela predominância de interesse.

Na mesma linha de entendimento de que o Município poderá editar normas de proteção ao meio ambiente, incluindo-se, neste caso, as normas de proteção do patrimônio cultural, afirma Toshio Mukai¹⁷⁰ que a competência do Município é sempre concorrente com a da União e a dos Estados, podendo legislar sobre todos os aspectos do meio ambiente, de acordo com sua autonomia municipal (art.30 da CF), prevalecendo sua legislação sobre qualquer outra desde que inferida do seu predominante interesse: não prevalecerá em relação às outras legislações, nas hipóteses em que estas forem diretamente inferidas de sua competências privativas, subsistindo a do Município, embora observando as mesmas.

A respeito da possibilidade de o Município legislar sobre normas de proteção do patrimônio cultural, entende Rodrigues¹⁷¹ que a competência concorrente do Município decorre da interpretação conjunta do artigo 216, parágrafo 1º, com o artigo 30, IX, da Constituição Federal. Cabe ao Município promover a proteção cultural dentro da área sob a sua administração, observando a legislação e a ação fiscalizadora federal e

¹⁶⁹ MACHADO, Paulo Leme. **Direito Ambiental**, 7ª. edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1999

¹⁷⁰ MUKAI, Toshio. **Legislação, meio ambiente e autonomia municipal**. Estudos e Comentários RDP, vol. 79, p. 131.

¹⁷¹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural. *In*: BENJAMIN, Antônio Hermem V. (Coord). **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 184-185.

estadual, ou que deva copiá-la, ferindo sua tradicional autonomia constitucional para assuntos locais. O que o Município não pode é desrespeitar a legislação de proteção estadual e federal que sobre ele recaia protegendo bens culturais em seu território.

Observa-se, ainda, que cabe ao Município, por disposição constitucional contido no artigo 30,I da Constituição Federal, legislar sobre matéria de interesse local.

No tocante a normas de proteção ambiental, especialmente as de proteção ao patrimônio cultural, é possível a sua edição baseada no princípio da autonomia municipal. No entanto, tais normas somente poderão ser editadas e, assim, não ferir a repartição constitucional de competências, quando o objeto a ser protegido seja de interesse restritamente local. Caso contrário, sendo o objeto a ser protegido de interesse, pelo menos regional, falece a competência do Município para editar normas de proteção.

Por fim, ressalte-se o entendimento de José Afonso da Silva¹⁷² acerca da competência legislativa dos municípios em matéria cultural, quando afirma que os municípios como se vê no *caput* do artigo 24, não estão contemplados nas regras de competência concorrente, mas, a rigor, não estão fora inteiramente desse contexto, por que é prevista competência para a proteção da cultura. Ora, tendo em vista o argumento acima, acrescido das normas de distribuição de competência do artigo 30, pode-se deduzir que ao Município restam área de competência concorrente. A eles cabem legislar suplementarmente à legislação federal e estadual no que

¹⁷² SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**, São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 43.

couber (art.30,I), vale dizer, naquilo em que é dada a possibilidade de atuar. Esse aspecto está consignado no mesmo artigo 30, IX, onde se lhes concede a competência para promover a fiscalização do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Aí está: se se reconhece a existência de um patrimônio cultural local, que só pode ser patrimônio cultural municipal, então será possível, por essa via, se lhes outorgar competência legislativa para normatizar sobre tal patrimônio.

5.1.4- Patrimônio cultural como direito e garantia fundamental;

5.1.4.1- As dimensões dos direitos fundamentais;

A respeito dos direitos fundamentais, quanto às dimensões que podem ser analisadas, defende Vieira de Andrade¹⁷³ a possibilidade de vê-los sob os seguintes enfoques: - perspectiva filosófica, enquanto direitos de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares; - perspectiva constitucional, quando referido aos direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar ou melhor, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados; perspectiva universalista ou internacionalista, no que diz respeito aos direitos de todos os homens (ou categorias de homens) num certo tempo, em todos os lugares ou pelo menos, em grandes regiões do mundo.

Os direitos fundamentais começaram a existir, na perspectiva filosófica, no exato instante em que começaram a ser pensados pelo homem.

No âmbito jurídico, pode-se afirmar que a perspectiva filosófica dos direitos fundamentais corresponderiam ao direito natural, entendido, na visão de Vecchio¹⁷⁴, como o nome que se designa, por tradição, o critério absoluto do justo. Com tal expressão se pretende dizer que o referido critério assenta na própria constituição das coisas e nunca no mero capricho do legislador momentâneo. A idéia de direito natural acompanhou sempre a humanidade: e não deixa de maravilhar que, apesar

¹⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 13.

¹⁷⁴ VECCHIO, Giorgio Del – **Lições de filosofia do direito**, tradução de António José Brandão, 5ª edição, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979, p. 334-336.

da variedade dos métodos e dos argumentos, as conclusões fossem em geral as mesmas, como se pode observar no ponto de encontro entre as doutrinas de Kant e Spencer, quando o primeiro filósofo parte da premissa da *razão pura* e o segundo finca seu entendimento na *observação experimental das leis físicas da vida* para chegarem a formulas quase idênticas do direito natural, nos seguintes termos: Kant - *atua externamente de tal modo que o livre uso do teu arbítrio possa harmonizar-se com o livre uso do arbítrio dos outros, segundo uma lei universal da liberdade*; Spencer - *cada homem é livre de fazer o que quiser, contanto que não prejudique a liberdade igual dos outros homens*. O direito natural, conclui Vecchio, é essencialmente diferente do direito positivo, precisamente porque se afirma como princípio deontológico (indica aquilo que dever ser, mesmo que não seja); existe enquanto vigora idealmente e idealmente vigora onde é de fato violado. A violação produz-se no mundo fenomênico, mas não destrói a lei que é sobreordenada (ou superior) ao fenômeno.

Pela dimensão filosófica dos direitos fundamentais pode-se, ainda, entendê-los como um direito absoluto que se encontra presente em todas as teorias elaboradas ao longo da história da humanidade a respeito da ordem jurídica, que se resume a um núcleo duro e imutável do direito decorrente do princípio da dignidade humana, encontrando-se acima e superior ao próprio constituinte.

Na dimensão constitucional, os direitos fundamentais têm uma longa história percorrida até a sua inclusão necessária e indispensável no texto constitucional.

A tradição inglesa, depois a americana, e em seguida a francesa, seriam, segundo Queiroz¹⁷⁵ as responsáveis pela atribuição da qualidade de *constitucionais* aos direitos e garantias fundamentais reconhecidos a cada cidadão numa determinada ordem jurídica individual e concreta.

Na Inglaterra, durante a Idade Média, com a expedição da Carta de João-sem-terra, datada de 1215, pode-se encontrar o principal documento referente a direitos humanos. A *magna Charta Libertatum*, como se pode chamar a Carta de 1215, tendo servido para garantir direitos à nobreza inglesa privilégios feudais e excluindo a população de direitos estipulados na citada Carta. No entanto, como afirma Sarlet¹⁷⁶, apesar de ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.

Outros documentos expedidos na Inglaterra, dentre eles, a *Petition of right* de Carlos I, a *Abolition of star chamber*(1641), no *Habeas Corpus Act 1679*), assinado por Carlos II e, ainda, o *Bill of Right* assinado por Guilherme d' Orange, tiveram influência na consolidação constitucional dos direitos fundamentais, evidenciados na Declaração de Direitos dos Estados, sendo as primeiras nos Estados da Virgínia, Pensilvania e Maryland em 1776, e, também, na Constituição Americana de 1787.

¹⁷⁵ QUEIROZ, Cristina M.M – **Direitos Fundamentais (teoria geral)**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, páginas 13-19.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1998, p. 42.

Acentua Vieira de Andrade¹⁷⁷ que a contribuição francesa para a afirmação dos direitos fundamentais foi espetacular e radical, efetivando-se por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em cujo destaca solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.

Tem-se, após estes processos políticos-sociais ocorridos na Inglaterra e na França, a unanimidade do entendimento de que os direitos fundamentais seriam a base do estado democrático de direito.

Na dimensão ou na perceptiva internacional os direitos fundamentais, resultantes de declarações, acordos ou convenções pelas quais os Estados se obrigariam a respeitar um catálogo mínimo de direitos fundamentais, formam uma ordem jurídica chamada de ordem supranacional.

A propósito, o Brasil prevê no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal a existência de direitos fundamentais a serem incluídos na ordem jurídica nacional em consequência dos tratados internacionais em que o país seja signatário.

Por fim, a dimensão internacional dos direitos fundamentais e sua possibilidade de obrigar a vários Estados consolida o entendimento de que os direitos fundamentais seriam inerentes à condição humana e estariam, por sua ligação à dignidade da pessoa humana, em posição precedente, até mesmo ao constituinte que deverá, em sua atividade, respeitá-los.

¹⁷⁷ Obra citada, p. 19

5.1.4.2- Evolução histórica do conceito de direitos fundamentais;

A abordagem da evolução do conceito de direitos fundamentais coincide com o seu triunfo político¹⁷⁸ nos fins do século XVIII com as revoluções liberais.

No mesmo sentido, assevera Miranda¹⁷⁹ que, igualmente ao conceito de constituição, o de direitos fundamentais surge indissociável da idéia de Direito liberal, sendo possível apresentar duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata e o primado da liberdade, segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Daí pode-se assegurar que tratar da evolução do conceito de direitos fundamentais exige, inicialmente, situá-los no contexto histórico das idéias liberais do século XVIII.

A idéia liberal pressupunha a ligação dos seus primados – liberdade, segurança e propriedade – a um aspecto de ordem econômica, onde apenas o cidadão que pertencesse a uma aristocracia constituiria a nação.

Após assinalar o Estado Liberal como início da afirmação constitucional dos direitos fundamentais, a promoção da análise das dimensões ou das gerações de direitos fundamentais atende ao breve relato da evolução conceitual que se pretende realizar.

¹⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 48.

¹⁷⁹ Obra citada, p. 22.

A utilização da expressão dimensões ou gerações de direitos fundamentais não consegue a unanimidade dentre os juristas que se dedicam ao tema.

Há quem utilize a expressão *gerações* ao se referir às fases evolutivas dos direitos fundamentais¹⁸⁰ e, também, quem se opondo a tal expressão, prefira o vocábulo *dimensões*, sob a alegativa de que afirmar a existência de gerações de direitos fundamentais seria defender a falsa idéia da substituição de uma geração por outra, quando, na realidade, há um processo cumulativo, de complementariedade e não de alternância de direitos fundamentais¹⁸¹.

Por *direitos fundamentais de primeira geração* podem-se assinalar os direitos reconhecidos pelas constituições escritas, marcados pelas idéias do liberalismo burguês do século XVIII, pelo individualismo e pelo reconhecimento de direitos do indivíduo frente ao Estado, numa posição defensiva em que se estabelecia áreas de não intervenção do Estado.

Os direitos dos indivíduos, nesta fase da evolução dos direitos fundamentais, são concebidos como direitos negativos, considerados para tal classificação, o fato de que o Estado deveria se abster de adentrar em determinadas áreas da atividade individual, marcada pela autonomia privada, sendo, assim, tais direitos, *uma resistência ou oposição perante o Estado*¹⁸².

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**, 7ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1997, p. 525

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1998, p. 47.

¹⁸² Expressão utilizada por SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1998, p. 517.

Nesta fase – *primeira geração* –, influenciada pelas idéias do Estado Liberal, tem-se dentro do rol dos direitos fundamentais os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Ainda nessa fase, pode-se apontar o reconhecimento de outros direitos, especialmente os direitos políticos, que marcaram o aspecto democrático dessa *primeira geração* de direitos fundamentais.

A propósito, defende Andrade¹⁸³, que o surgimento de reivindicações políticas pelas classes não proprietárias favoreceu o enfraquecimento do poder monárquico, o fortalecimento da autonomia local, a estruturação da sociedade em grupos, a organização dos partidos de massas, o sufrágio universal e, assim, desencadeou um processo democrático que alcançou os direitos fundamentais, propiciando a inclusão dos direitos à liberdade de expressão e de participação política no catálogo de direitos fundamentais. Deu-se, assim, uma íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Sob a denominação de direitos fundamentais de *primeira geração* observa-se, também, advindo do reconhecimento da igualdade, esta no aspecto formal, o alargamento dos direitos de defesa do cidadão perante o Estado. Tem-se, já nessa fase, a utilização pelos cidadãos das garantias do *devido processo legal*, do *habeas corpus*, do *direito de petição*, dentre outros.

Ocorre, assim, uma maior influência do aspecto democrático dos direitos fundamentais em oposição a sua caracterização inicial de teor individualista. Pode-se observar pelo alargamento conceito de igualdade,

¹⁸³ Obra citada, p. 52.

pelo reconhecimento do direito à vida, à liberdade de expressão, um aspecto objetivo dos direitos fundamentais.

Essa fase dos direitos fundamentais – *a primeira geração* – é marcada pela modificação de sua concepção meramente subjetiva e pelo reconhecimento da democracia como uma condição e uma garantia dos direitos fundamentais, bem como da própria liberdade do homem¹⁸⁴.

A denominada *segunda geração* dos direitos fundamentais é marcada pela modificação da relação cidadão- Estado.

Na fase anterior, o cidadão protegia-se do Estado para evitar a sua intromissão nas suas atividades em que a marca essencial era a decisão com base na autonomia privada. Exigia-se do Estado um comportamento negativo.

Passou-se na *segunda geração* a exigir do Estado uma participação tendente a garantir o bem-estar social. Do Estado não exigia mais o cidadão o seu comportamento negativo; pelo contrário, a liberdade, meramente formal, não garantia o seu efetivo gozo e era necessário um comportamento do Estado que realizasse a justiça social.

A nota distintiva dos direitos de *segunda geração* seria, no dizer de Sarlet¹⁸⁵ a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, o papel do Estado em propiciar um direito de participação no bem-estar social.

¹⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 54.

¹⁸⁵ Obra citada, p. 49.

Na *segunda geração* dos direitos fundamentais, marcada pela industrialização e pelo progresso tecnológico, ocorreu uma modificação no papel do Estado que passou a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social e a administração pública ultrapassou definitivamente a sua condição aparente de esquadra de polícia e repartição de finanças. Exigia-se do Estado medidas de planejamento econômico e social, uma intervenção direta na economia, um sistema completo de prestações¹⁸⁶.

Os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais. Protege-se pelo manto constitucional as denominadas liberdades sociais traduzidas pela liberdade de sindicalização, pelo direito à greve, pelos direitos trabalhistas individuais de repouso semanal, férias, salário mínimo, e jornada limitada de trabalho.

Pode-se afirmar que o reconhecimento de direitos fundamentais de *segunda geração* radica no fortalecimento do princípio da justiça social servindo o Estado de ponto de equilíbrio na garantia do princípio da igualdade.

Quanto aos direitos fundamentais de *terceira geração*, pode-se caracterizá-los pela sua destinação de protetor dos direitos relativos aos homens de forma coletiva e impessoal. Seria, no dizer de Sarlet¹⁸⁷, os direitos de fraternidade ou de solidariedade.

Nos direitos fundamentais de *terceira geração* estariam aqueles que o Estado teria que garantir em nome de uma coletividade, que não dizem respeito ao homem como singularidade, mas, sim ao homem

¹⁸⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 55.

¹⁸⁷ Obra citada, p. 50.

coletivo. Dentre estes direitos, estaria o direito ao patrimônio cultural conservado, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente.

A nota de distinção dos direitos fundamentais de *terceira geração* estaria em sua titularidade coletiva e difusa. Seriam, no entendimento de Andrade¹⁸⁸, uma categoria em que não sendo, basicamente, direitos de defesa, direitos de participação, nem de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, resultariam em um complexo de direitos *circulares*, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objetiva fortíssima, uma vez que protegem bens que, embora possam ser usufruídos e gozados individualmente, são bens coletivos e necessários para a sobrevivência da sociedade.

A existência de uma *quarta geração* de direitos fundamentais não encontrou um consenso doutrinário. Há quem não concorde com esta classificação e, também, pode-se encontrar outros, como Bonavides¹⁸⁹ que, além de defender a sua existência, a reconhece como o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional correspondente a última fase de institucionalização do Estado Social.

A *quarta geração*, no entendimento de Bonavides¹⁹⁰, é composta pelos direitos à democracia e à informação, bem como pelo direito ao pluralismo.

¹⁸⁸ Obra citada, p. 62.

¹⁸⁹ Obra citada, p. 526.

¹⁹⁰ Obra citada, p. 524-526.

Elaborando crítica ao pensamento de Bonavides, afirma Sarlet¹⁹¹ que o rol dos direitos fundamentais de *quarta geração* teria a vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversos das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

Prosseguindo na crítica, assevera Sarlet¹⁹², que a dimensão da globalização dos direitos fundamentais formulada por Bonavides estaria longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, assim, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade como afirmam as próprias palavras de Bonavides¹⁹³ quando diz que tais direitos fundamentais “*compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política*”.

A conceituação dos direitos fundamentais, na forma elaborada neste trabalho, conduz ao entendimento de que tais direitos encontram-se em constante evolução podendo, apesar da sua classificação em gerações, se verificar uma idéia de cumulatividade pela reunião dos novos direitos aos antigos já estabelecidos.

É possível, também, observar que o rol dos direitos fundamentais está sempre aberto à inclusão de novos direitos exigidos pela evolução da sociedade, sejam eles escritos na Carta Constitucional ou, simplesmente, resultante do regime ou dos princípios adotados pela

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1998, p. 53.

¹⁹² Obra citada, p. 53

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**, 7ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1997, p. 526.

constituição ou, ainda, por tratados ou acordos internacionais reconhecidos pelo Estado.

Decorre também da análise da evolução conceitual dos direitos fundamentais, a constatação de um fenômeno constante em todas as etapas percorridas pelos direitos fundamentais – a preocupação com a *proteção da dignidade da pessoa humana* contra os *perigos* que resultam das *estruturas de poder* na sociedade¹⁹⁴.

Tal assertiva faz-se verdadeira na medida em que o indivíduo foi sempre uma preocupação na formulação do conceito de direitos fundamentais, seja na fase influenciada pelas idéias liberais-burguesas, que preservaram o indivíduo da interferência do Estado, seja na fase em que o Estado interveio para equilibrar as relações e garantir a igualdade ou, ainda, na fase em que foram protegidos os direitos que dizem respeito a todos os indivíduos em conjunto, os denominados direitos coletivos difusos.

Por fim, pode-se concluir que o objetivo do reconhecimento dos direitos sociais pelo Estado é propiciar ao homem a busca pela felicidade, a partir da liberdade, da solidariedade, assim como pelo constante aperfeiçoamento da democracia.

¹⁹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos– *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 66.

5.1.4.3- Direito ao patrimônio cultural como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais

A consideração do direito do patrimônio cultural como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais traz à colação um debate que envolve aspectos referentes a *direitos fundamentais enumerados* e *direitos fundamentais não enumerados*, bem como no tocante ao processo de interpretação constitucional.

A respeito dos direitos fundamentais contidos na Carta Política de 1988 faz-se necessário a sua distinção com relação ao texto constitucional anterior. O primeiro aspecto a ser considerado é de ordem espacial, vez que os direitos fundamentais enumerados na Carta de 1988 estão localizados após o preâmbulo e os princípios fundamentais, fato que, por si, os tornam uma referência para toda a ordem constitucional por ocasião da aplicação de regras de interpretação. O segundo aspecto importante envolve a regra contida no parágrafo primeiro do art. 5º que determina que os direitos e garantias fundamentais são auto-aplicáveis, ou seja, têm aplicabilidade imediata, independente de regulamentação. Por último, o terceiro aspecto relevante no atual texto constitucional é a consideração dos direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, servindo, desta forma, como limite material ao constituinte derivado, na forma do previsto pelo art. 60, § 4º da Constituição Federal.

Um aspecto saliente na matéria relativa aos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal é a sua expansão por todo o tecido constitucional, muitas vezes fora do catálogo do artigo 5º, fundamentados

em princípios que regem a república ou, ainda, em conseqüências de convenções ou tratados dos quais o Brasil é signatário.

Um outro fato importante na abordagem dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica nacional é a consideração do rol contido no artigo 5º da Carta Constitucional como *numerus apertos*, ou, simplesmente, *numerus clausus*.

Tal circunstância – o aspecto não exaustivo dos direitos e garantias fundamentais por parte da Carta Política do Brasil – permite a defesa do argumento de que o direito ao patrimônio cultural preservado, apesar de não inserido no rol do artigo 5º, pode ser considerado um direito fundamental pela ordem constitucional brasileira.

A ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais no Brasil é pluralista, aberta e não hierárquica e obedece a uma unidade de sentido cultural¹⁹⁵ que se impede ver os direitos fundamentais como um catálogo meramente positivado, mas, ao contrário, como uma expressão da unidade de sentido que cada indivíduo representa enquanto ser autônomo, de idéia de homem jurídico e constitucionalmente mediatizada.

Assim, aplicando à ordem constitucional brasileira palavras de Vieira de Andrade¹⁹⁶ ao se referir à ordem constitucional portuguesa, pode-se dizer que a definição do estatuto dos indivíduos através do reconhecimento ou da concessão de direitos fundamentais tem como escopo proteger a dignidade da pessoa humana, e que se realiza mediante a previsão e proteção de aspectos específicos da existência e da atividade

¹⁹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos– **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 102.

¹⁹⁶ Obra citada, p. 102-103.

humana, referindo-se, ora a sua dimensão individual (solitária), ora a seu aspecto social (solidária) e, também, muitas vezes, abrangendo a complexa rede de relações interindividuais.

Tem-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos e garantias fundamentais tanto na ordem constitucional portuguesa como na ordem constitucional do Brasil.

No ordenamento constitucional brasileiro, o direito ao patrimônio cultural preservado não está incluído no catálogo do art. 5º da Constituição, o que não impede a sua classificação como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais, com base no disposto no parágrafo 2º do citado artigo 5º, quando afirma que os direitos enumerados naquele artigo não excluirão outros decorrentes do regime e dos princípios que regem a Carta Política.

Dentre os princípios que regem a República Federativa do Brasil, constituída como Estado Democrático de Direito, pode-se encontrar no artigo 5º, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da qualificação do direito do patrimônio cultural como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais.

A propósito da consideração do direito do patrimônio cultural como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, cabe apontar o pensamento de Jorge Miranda¹⁹⁷ defendendo ser possível sintetizar o princípio da dignidade da pessoa humana em cinco diretrizes básicas, a saber: a) a

¹⁹⁷ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 168-169

dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; liberdade prevalece sobre a propriedade; d) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; e) a proteção da dignidade das pessoas está para além da sua cidadania e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; f) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Ainda a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, vale considerar as lições de Vieira de Andrade¹⁹⁸ quando afirma que tal princípio estaria na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais. A dignidade humana se projeta no indivíduo como ser autônomo em si e como membro da comunidade – seriam, afirma Vieira de Andrade, direitos da pessoa, do cidadão, do trabalhador e do administrado.

Concluindo seu entendimento, assevera Vieira de Andrade¹⁹⁹ haver diferenciações no grau de interferência do princípio da dignidade da pessoa humana com relação a determinados direitos. Diz o autor que alguns direitos constituem explicitações de primeiro grau da idéia de dignidade, que modela todo o conteúdo deles: o direito à vida, à identidade e à integridade pessoal, à liberdade física e de consciência, por exemplo, tal como a generalidade dos direitos pessoais, são atributos jurídicos essenciais

¹⁹⁸ Obra citada, p. 98.

¹⁹⁹ Obra citada, pp. 98 e 99.

da dignidade dos homens concretos. Outros direitos decorrem desse conjunto de direitos fundamentalíssimos ou então os completam como explicitações de segundo grau, medidas pela particularidade das circunstâncias sociais e econômicas, políticas e ideológicas, tais como: o conteúdo do direito de resposta, da liberdade de empresa, do direito a férias pagas, dos direitos à habitação, à saúde, à segurança e à cultura dependem de opções políticas estruturais e até, por vezes, de estratégias conjunturais. Mas, ainda, nestas situações, estaria o princípio da dignidade da pessoa humana na raiz da previsão constitucional e da consideração, dos direitos acima considerados como direitos fundamentais.

Desta forma e com fundamento em uma interpretação sistemática do texto constitucional unindo o disposto no parágrafo segundo do artigo 5º ao inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, pode-se concluir que o direito ao patrimônio cultural brasileiro, definido pelo artigo 216 da Carta Constitucional, seria direito análogo aos direitos e garantias fundamentais e resultante do entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana, base da República Federativa do Brasil, fundamenta o direito à preservação da identidade cultural do indivíduo, bem como, dos valores materiais e imateriais relacionados à ações e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

6 Propriedade Privada

6.1- Evolução histórica do conceito de propriedade privada

A origem da propriedade como instituição é justificada por meio de teorias que atribuem sua criação desde a vontade divina, passando pela valorização econômica até uma concepção materialista.

Acerca da origem da propriedade, Vidal²⁰⁰ assevera que a terra, no princípio, havia sido cultivada de forma comum e que, com o passar do tempo, passou-se a atribuir a cada família integrante da tribo uma porção de terra onde cada uma deveria trabalhar para garantir seu sustento. A ocasião em que a área a ser utilizada pela família era dividida variava por períodos mais ou menos largos, como, por exemplo: o povo judeu repartia as suas terras a cada cinqüenta anos - momento em que se denominava de ano sabático.

Com o passar dos tempos, a prerrogativa dada a cada família para que desfrutasse a terra foi ficando perpétua e, muitas vezes, o titular de todos os bens era o cabeça da família.

A sociedade greco-romana foi responsável por um considerável legado deixado às sociedades que a sucederam no tocante às

200 VIDAL, Marina Mariani de. *Curso de Derecho Reales*, tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor, p. 197.

regras de direito privado, sendo que a visão romana da propriedade deve ser apreciada, sem se perder de vista sua ligação a questões familiares e religiosas.

Fustel de Coulanges²⁰¹ considera que a idéia de propriedade privada na sociedade romana estava situada na própria religião, pelo fato de que cada família tinha o local de residência e de seus antecedentes como um lugar sagrado, onde os espíritos dos antecedentes protegiam os atuais moradores.

A família romana, individualmente, possuía seus próprios deuses, representados por seus ancestrais que protegiam tão-somente os entes de uma determinada família. O local de moradia era sagrado e nela não podiam penetrar pessoas estranhas à família. Esse caráter sagrado levou o romano a considerar a propriedade como inalienável, transmitindo-se, tão somente, para a descendência do proprietário, excluindo qualquer outra forma de alienação.

Isabel Vaz²⁰², acerca da visão romana de propriedade, acentua que a concepção religiosa do romano entendia a idéia de propriedade como sendo familiar e, dessa forma, se sobrepondo ao caráter individualista, como meio de garantir o direito à família, após a morte do proprietário, de continuar a utilizá-la como local sagrado para manifestações religiosas.

201 COULANGES, Numa Demis Fustel. **A Cidade Antiga**, tradução de Jonas Camarco Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, HEMUS, 1975, p.56.

202 VAZ, Isabel. Obra citada, p. 32.

A expansão do império romano operou o surgimento de novas formas de propriedade, motivada pelas suas sucessivas conquistas territoriais. As terras conquistadas pelo império romano eram, em parte, utilizadas pelo próprio império e, também, colocada à exploração por pessoas que deveriam pagar pelo direito de exercer a referida exploração. Surgia, assim, um novo conceito de propriedade que, perdendo sua característica familiar e religiosa, era marcado pelo individualismo em seu exercício.

No entender de Vidal²⁰³, os vínculos familiares em Roma se afrouxaram após a adoção da concepção individualista da propriedade, tendo ocorrido o reconhecimento de certas limitações à propriedade baseadas no interesse da coletividade, bem como restrições impostas aos imóveis que eram conhecidas por servidão e que deveriam ser suportadas pelo sucessor do proprietário, que manteria com a coisa uma relação de compartilhamento de prerrogativas. Daí a nomenclatura, hoje utilizada, de prédio serviente, na hipótese de servidão predial.

A queda do império romano demarca, para alguns estudiosos²⁰⁴, o início da idade média. Para outros²⁰⁵, teria sido o Tratado de Verdum, elaborado pelos descendentes do Imperador Carlos Magno, no

203. VIDAL, Marina Mariani. Obra citada, p. 197. " el aflojamiento de los vínculos familiares alumbó posteriormente la propiedad individualista, como la conocemos actualmente. Y si bien es cierto que reconocía ciertas limitaciones inspiradas em el interés de la comunidad, también lo es que toda comun resticción privada por la cual los inmuebles, era considerada como una " servidumbre" y la heredad que la suportaba tenia una condición semejante a la de un esclavo (de aalí la denominación de fundo servinte).

204 ADROUGUE, Manuel I. Obra citada, p. 24." La caída de Roma, a manos de los bárbaros (año 476 d.c), provoca el derrumbe del Império Romano de Occidente y abre las puertas de la Edad Media".

205 VIDAL. Marina Mariani. Obra citada, p.198." Lo que da una característica especial ao régimen de la propiedad in mueble - con mucho la más importante en ese momento - no se desarrolla en toda ella, sino que abarca un período determinado, que se designa con el nombre de época feudal o feudalismo, que se inicia más o menos el año 843, cuanda se firma el Tratado de Verdún, por el cual los nietos del Emperador Carlomagno se dividen el Imperio: aparecen los señores feudales compartiendo la soberanía con los reys, que no eran más que primus inter pares."

qual foi dividido o império romano em parte oriental e ocidental, o marco inicial deste período histórico.

O início da Idade Média é marcada na Europa, pelos grandes movimentos de migração de povos e pela circunstância de que a fé e a cultura eram guardadas pelos monges e religiosos nos conventos e mosteiros.

No aspecto jurídico, um marco também considerável foi a compilação do direito bárbaro, que enalteceu a fase denominada baixa Idade Média, onde se pode distinguir com maior evidência o feudalismo.

O feudalismo provocou a repartição do poder dos reis sobre a terra, uma vez que a propriedade foi bifurcada em domínio direto e domínio útil. O domínio direto era aquele exercido pelo senhor feudal e outro, o útil, aquele exercido pelos vassallos. Essa relação entre o senhor feudal e seus vassallos consistia em que este para explorar e utilizar a terra, pagava ao senhor feudal prestações que poderiam ser *in natura* ou em espécie.

Na Idade Média ocorreu um processo de desintegração do conceito unitário de propriedade, resultando em desdobramentos de suas faculdades entre o titular do domínio e o efetivo possuidor e usufrutuário, propiciando o aparecimento de outras formas coletivas ou comuns de propriedade, conforme ensina Viana.²⁰⁶

206.VIANA, Marco Aurélio S. **Tutela da Propriedade Imóvel (doutrina, jurisprudência)** Editora Saraiva, São Paulo, 1982, p. 12.

Ao lado da existência dos feudos, onde o domínio era compartilhado entre senhor e vassallos, existiam as terras aonde ainda predominava o princípio romano do absolutismo e do exclusivismo, denominados de terras alodiais. Nestas terras vigorava o princípio de que "*não há senhor sem título*". Assim sendo, as terras alodiais eram possuídas sem encargos e sem gravames. A existência de terras alodiais que se multiplicavam e também o crescimento dos burgos, que eram povoados existentes além dos muros do castelo feudal, enfraqueceram o poder do senhor feudal e contribuíram para o aumento das cidades livres.

A decadência do período feudal, no que tange ao aspecto jurídico relativo à propriedade, contou com a ajuda de juristas que atribuíram ao domínio útil (aquele exercido pelo vassallo) características jurídicas semelhantes às atribuídas à propriedade romana. Concluíram esses juristas que o domínio advinha da concessão permitida pelo senhor feudal e que os gravames que fortaleciam o domínio direto (aquele exercido pelo senhor feudal) eram vistos como insuportáveis, porquanto retiravam os direitos daqueles que realmente trabalhavam e faziam a terra render economicamente, conforme discorre Vidal²⁰⁷.

Atribui-se ao direito utilizado pelos bárbaros (direito dos costumes) e também ao cristianismo a utilização de restrições à propriedade no período feudal da Idade Média.

207 VIDAL, Marina Mariani de. Obra citada, pp.198/199 "Poco a poco los señores feudales fueron perdiendo su primacía, debido a la importancia creciente de las ciudades o "burgos", y al aumento del poder de los reys. También tuvieron su parte los juristas quienes - insperados en el Derecho Romano, cuyo estudio había vuelto a florecer - trataron de hacer del dominio útil un derecho semejante a la propiedad romana y si bien jurídicamente aquél había nacido como una concesión consentida por el señor feudal, los gravámenes que concretaban el dominio directo o eminente, empezaron a verse con un privilegio insuportable, como una usurpación a los titulares del dominio útil que eran quienes, en verdad, lo trabajaban y hacían rendir económicamente"

A idade média produziu um conceito de propriedade que, rejeitando o exclusivismo, marca da idade romana, admitiu uma superposição de domínios coexistentes sobre o mesmo objeto. A bipartição do domínio, ocorrida entre o senhor feudal e o vassalo, teria sido a fórmula encontrada pelo senhor feudal para manter o poder político que estava estritamente relacionado com a propriedade das terras.

Acerca das mudanças ocorridas no conceito de propriedade, afirma Adrogue²⁰⁸ que o iluminismo e as novas correntes do pensamento econômico, bem como, a reforma religiosa e a concreta situação de servidão que atingia boa parte da população européia, prepararam o caminho para a Revolução Francesa que provocou uma mudança abrupta em toda a ordem jurídica, resultando na queda do regime feudal.

A Revolução Francesa marcou a história da humanidade e provocou mudanças no conceito de propriedade. Teria a Revolução de 1789 trazido de volta o conceito romano de propriedade, definindo-a como direito sagrado, individualista e absolutista.

As mudanças sociais, políticas e jurídicas ocorridas durante a Revolução Francesa desencadearam a instituição do Código Civil Francês em 1804, também denominado Código de Napoleão, que definiu as atribuições relativas ao proprietário.

208 ADROUGUE. Manuel I. Obra citada, p.27. “ El Iluminismo, las nuevas corrientes del pensamiento económico, la Reforma (religiosa), y la concreta situación de servidumbre y estancamiento en que se hallaba buena parte de la población de europa, prepararon el camino de la Revolución Fracesa que provocó um cambio abrupto en todo esse ordem de cosas. Posiblemente um régimen como el feudal, consolidado como estaba, no hubiera podido caer sino a consecuencia de un sacudimiento poítico y social de las proporciones de qué que estamos hablando”

A respeito da influência da Revolução Francesa na formação do conceito de propriedade, defende Adrogue²⁰⁹ que este período fez do proprietário uma espécie de soberano e da propriedade um direito sagrado e inviolável. A simplificação da propriedade e a sua organização com base estritamente familiar era a forma encontrada para a supressão das classes sociais. As palavras liberdade, igualdade e fraternidade eram as expressões mágicas que simbolizavam o ideal daquela época. Existia naquele momento histórico uma idolatria da propriedade, fundada também nos ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, tomados como forma de resistência a opressão da classe dominante.

O Código de Napoleão , em seu artigo 544, define as prerrogativas do proprietário como "*o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça dela uso proibido pelas leis e regulamentos*"

Ainda, na mesma definição das prerrogativas inerentes ao proprietário, elaborada pelo Código de 1804, vêem-se expressões contraditórias, pois, não é possível que um direito seja gozado de forma absoluta e ao mesmo tempo possa ser limitado por normas e regulamentos.

Alguns autores²¹⁰ defendem a idéia de que a concepção romana da propriedade se restabeleceu no século XVIII, afirmando que na

209ADROUGUE.Manuel I. Obra citada, p.29. " Se hizo del propietario una especie de soberano y la propiedad fue considerada un derecho sagrado e inviolable. Era la salvaguardia de la libertad. La simplificación de la propiedad y su organización de base estrictamente individual(no familiar) era, además, instrumento ordenado a la supresión de las clases sociales (lease, la nobreza). Libertad, igualdad, fraternidad, eram las mágicas palabras que simbolizaban estas ideas. la propiedad era idolatrada, junto con la libertad, la igualdad e el derecho de resitência a la opresión".

210PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Servidão Administrativa**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, pp. 12 e 13.

França, após a Revolução, a propriedade aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como um direito inviolável e sagrado. A preocupação em assegurar a liberdade individual e a igualdade dos homens e a reação ao regime feudal levaram a uma concepção individualista exagerada de propriedade, caracterizada como direito absoluto, exclusivo e perpétuo, não sendo admitida, inicialmente, outras restrições, senão as decorrentes das normas sobre vizinhança, que determinavam algumas obrigações ao proprietário.

O posicionamento dos juristas no sentido de entender a propriedade, no período da Revolução Francesa, como uma reedição do conceito absolutista da idade romana, encontra contestadores que propugnam pela existência de diferenciações básicas entre o conceito de propriedade nos dois momentos históricos indicados. Neste sentido, Adrogue²¹¹ afirma que a Revolução Francesa suprimiu o regime feudal da propriedade, restabeleceu a estrutura da propriedade romana em seus aspectos técnico-jurídicos. Entretanto, assevera o autor que, ideologicamente, a propriedade foi entendida de forma diferente nos referidos períodos históricos, pois na concepção romana a propriedade era evidenciada pelo autoritarismo, tinha conotação militar, religiosa e política, sendo utilizada para assegurar a supremacia das famílias romanas. A propriedade na era Napoleônica foi resultado da união de pequenos e

211ADROUGUE, Manuel I. Obra citada, p. 31. “ La Revolución Francesa, al suprimir el régimen feudal de la propiedad, restableció la estructura de la propiedad romana en sus aspectos técnicos-jurídicos. Fueron esos los momentos, en el cuadro de la evolución histórica de nuestra institución, en que la propiedad reunió los mayores atributos. Pero la ideología que inspiraba a la propiedad, en uno y outro caso, era indudablemente diversa. La concepción romana evidenciaba un autoritarismo, de connotacion militar, religioso y político, que aseguraba la supremacia de las familias descendentes e los fundadores de Roma. La propiedad napoleónica, hija de la Revolución Francesa, que fue el resultado de la unión de los pequeños y medianos terratenientes con la burhiesia en contra del rey y la nobleza, pretende separar el poder político del poder económico, por via de reconocer aquél ao pueblo y éste ao ciudadano”

médios possuidores com a burguesia em oposição ao rei e a nobreza, com a pretensão de separar o poder político do poder econômico.

O conceito de propriedade individualista e absoluta, surgida após a Revolução Francesa foi, na segunda metade do século XIX, alvo de questionamentos, motivados pelo surgimento de entendimentos no sentido de que a propriedade deveria atender ao bem-estar da coletividade.

Entretanto, apesar das reações contrárias às idéias patrocinadas pela Revolução Francesa, a propriedade foi vista até a metade do século XIX como um instituto individualista, passando, com os movimentos sociais, políticos e econômicos ocorridos na Europa, a partir da segunda metade daquele século, notadamente a expansão das idéias do filósofo Karl Marx, a sofrer uma fragilização em seu aspecto individualista, tão evidente na época.

A respeito das mudanças sociais e políticas alcançadas nos meados do século XIX e suas conseqüências na conceituação da propriedade, Vidal²¹² defende que o liberalismo, motivado por suas concepções de Estado, propiciou grandes abusos por parte dos detentores de riqueza. Argumenta, ainda, que o industrialismo originou uma massa de proletários cuja única riqueza eram seus braços e cuja mercadoria - assim era considerado o trabalho humano - estava sujeito às variações da procura e da oferta. Enfatiza a autora que as idéias liberais do século XIX oportunizaram o nascimento do anarquismo, como ideologia política,

212VIDAL, Marina Mariani de. Obra citada, p.199. "El liberalismo, com su concepción del Estado gendarme y el principio del laissez faire, laissez passer, dio lugar a grandes abusos por parte de los poseedores de la riqueza. El industrialismo originó la massa de los proletarios cuya única riqueza eram sus brazos e cuya mercancía - que así era considerado el trabajo humano - estaba sujeto a los avatares de la oferta y la demanda" .

traduzido no entendimento de que a propriedade era um roubo, advogando a sua extinção.

Destas ebulições políticas ocorridas a partir do século XIX surgem duas posições acerca da propriedade. Uma resultante das idéias nascidas da Revolução Russa que desejava transformar a propriedade individual em propriedade coletiva e, em contrapartida, uma outra corrente política que intencionava manter o *status quo* da propriedade da época, acrescidas de restrições que atendessem ao interesse social.

No tocante à propriedade privada, não há como deixar de se fazer referência ao pensamento marxista e sua concepção de propriedade, já que para a “*teoria social marxista, o conceito de propriedade e algumas categorias correlatas (relações de propriedade, formas de propriedade) têm significado fundamental*”²¹³.

Na sua obra “A Ideologia Alemã” de 1845/46, Karl Marx e Friedrich Engels já assumem a importância do conceito de propriedade privada tanto para a crítica às concepções filosóficas a respeito da natureza do Estado, como para o que vira mais tarde a ser a crítica do modelo capitalista de produção. Para estes autores, as distintas formas de divisão do trabalho já representariam formas distintas de propriedade privada, segundo o desenvolvimento histórico.

Assim, “a primeira forma de propriedade é a propriedade tribal. Ela corresponde àquele estágio rudimentar da produção em que um povo se alimenta da caça e da pesca”

²¹³BOTTOMORE, Tom (editor) – **Dicionário do Pensamento Marxista**, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1983, p. 304, verbete “propriedade”.

(...) A segunda forma de propriedade é a propriedade comunal e propriedade do estado., encontrada na antiguidade e proveniente, sobretudo da reunião de várias tribos em uma única cidade, por contrato ou por conquista e na qual subsiste a escravidão. A terceira forma é a propriedade feudal, ou a dos diversos estamentos”²¹⁴.

Especificamente no que diz respeito à terceira forma de propriedade, os Autores afirmam que o modelo descritivo de propriedade somente se aplica à experiência ocidental, que se organizou sob a forma pré-capitalista de feudalismo.

Esta observação conduziu os mesmos Autores a se dedicarem ao modo de produção e propriedade nas sociedades asiáticas, por exemplo, mais tarde quando da elaboração e publicação, em 1867, da obra “O Capital”, escrita por Kerl Marx.

Confirmando a importância do conceito de propriedade na obra de Karl Marx, anteriormente ao trabalho “A Ideologia Alemã”, preocupações eram presentes, no instante em que, embora com um uma perspectiva distinta, surgem os “Manuscritos Econômicos e Filosóficos”²¹⁵, em 1844. Neste trabalho, a associação entre propriedade privada e trabalho é clara:

“A essência subjectiva da propriedade privada, a propriedade privada enquanto atividade para si própria, como sujeito, como pessoa, é o trabalho. É evidente, portanto, que só a economia política, a qual reconhecia o trabalho como seu

²¹⁴MARX, Karl e Friedrich Engels – **A Ideologia Alemã**, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 1989, pp. 15/17.

²¹⁵MARX, Karl - **Manuscritos Econômicos e Filosóficos**, Edições 70, Lisboa, 1989, pp. 183ss.

princípio (Adam Smith) e já não reputava a propriedade privada como simples condição externa ao homem, se pode considerar ao mesmo tempo como um produto, uma energia real e do movimento da propriedade privada, como um produto da indústria moderna e uma força que acelerou e intensificou o dinamismo e o desenvolvimento da indústria, até fazer deste um poder da consciência”²¹⁶.

Para a crítica marxista, a propriedade privada é um poder em si, a determinar uma consciência. Neste sentido, uma segunda categorização para Mark entra em cena: a da alienação, materializada pela **mais valia**, ou seja, o lucro do capitalista que é explorador da força de trabalho de quem não é detentor do poder da consciência e promotor do desenvolvimento econômico - o capitalismo. A ausência da consciência conduz, pois, á alienação dos que necessitam se sujeitar ao modo de produção capitalista criando assim critérios profundamente injustos de distribuição da riqueza social. Desta maneira, somente o fim da alienação, a ser promovido por uma classe organizada, poderia desencadear um processo de superação e uma sociedade de classes, onde a natureza do homem poderia ser alterada, já que o argumento sobre a imutabilidade das qualidades do homem são produto das condicionantes materiais de suas épocas históricas, donde se conclui que o homem pode ser transformado.

O que interessa para o presente trabalho é a constatação de que a concepção marxista de propriedade privada, articulada a partir das limitações ao direito de propriedade privada, denuncia claramente a tensão política existente entre os conceitos e sua implementação empírica. Se por um lado a propriedade privada é assegurada, observadas as exigências do

²¹⁶Ob. ct. P. 183.

capitalismo mundial, por outro lado a complexidade das situações de sociabilidade dos grupos políticos da atualidade, absorveram o lado emancipatório das idéias de Karl Marx e pelejam para um razoável sucesso em torno de sua agenda de reivindicações, pelo menos formalmente. Outra não poderia ser a constatação do papel assumido por setores sociais ligados à defesa do patrimônio ambiental, histórico, cultural e arqueológico. Tal fato é confirmador dos limites da democracia burguesa, mas, por outro lado, no esteio do pensamento marxista, é elemento futuro a possibilitar uma emancipação de maior envergadura nas sociedades.

Tem-se, então, hoje um conceito de propriedade que, influenciado pela ideologia do Estado Social, despreendeu-se do seu aspecto individualista, característica do Estado Liberal, e é marcada pelo exercício de prerrogativas, por parte do proprietário, submetidas a limitações tendentes que condicionam seu exercício a interesses coletivos.

No campo da teoria do Direito Civil atual, merece nota a reflexão elaborada por Luiz Edson Fachin, que incorpora parâmetros das exigências da atualidade. Nas palavras de Fachin, a bipolaridade da relação do direito de propriedade – um pólo que possui e um outro constituído pela subjetividade - é a justificativa para sua existência:

“Tal acontecimento é compreendido a partir da idéia de que há, também, nas titularidades e nos direitos reais uma relação jurídica, pelo fato de ser intrínseca a eles uma subjetividade. Isso significa dizer que se não houver o outro, não há sentido na construção de toda esta ficção jurídica que se deu no direito real de propriedade. E face dos terceiros é

*que se edifica a eficácia erga omnes, a formalidade registral, a seriação imobiliária e assim sucessivamente*²¹⁷.

Decorrendo do referido pensamento, parece procedente que se desenvolva a idéia de que a relação entre o direito de propriedade e a proteção do bem como valor cultural, ante a nova perspectiva de uma teoria do Direito Civil, possui como fundamento tanto a base objetiva – a bipolaridade da relação – como a subjetiva, caracterizada no sentimento do outro pólo – a sociedade – em direção ao bem sobre o qual recai inexoravelmente um direito de propriedade concreto. Correto o mencionado Autor, na medida em que não há como se aceitar, do ponto de vista racional, que a Constituição Federal tenha protegido o bem cultural, com a intensidade e especialidade que o fez, partindo de um simples diletantismo proveniente de embates caprichosos da sociedade. Na verdade, a proteção ao patrimônio histórico e cultural resulta de uma exigência de um dos pólos que, segundo as novas concepções civilistas (aqui representada pela afirmação de Fachin), preenche os requisitos da subjetividade a possibilitar a materialização da ficção jurídica prevista normativamente.

²¹⁷FACHIN, Luiz Edson – **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro/São Paulo, Editora Renovar, 2000, p. 112.

6.2- Natureza jurídica do direito de propriedade privada

6.2.1 - Conteúdo da propriedade privada

No Brasil tem-se por preceito constitucional explícito, a qualificação do direito de propriedade como um direito e garantia fundamental, na forma contida no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal.

A inclusão do direito de propriedade no catálogo dos direitos e garantias fundamentais denota, sem maiores indagações doutrinárias, a natureza jurídica do direito de propriedade como um direito fundamental que, por sua qualidade, espalha-se por todo o tecido constitucional e, também, infraconstitucional.

A consideração do direito de propriedade como direito e garantia fundamental na forma tratada pela Constituição Federal brasileira não é a mesma atribuída por outras ordens constitucionais como, por exemplo, a portuguesa que inclui tal direito no catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A ordem constitucional portuguesa considera o direito de propriedade como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais e a este respeito, afirma Fernandez²¹⁸ que só mediante a consideração do direito de propriedade privada como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, será possível submeter este direito ao regime

²¹⁸ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira – **Direito ao ambiente e propriedade privada) aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais)**, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 167-170.

específico de proteção que vigora para esta espécie de direitos fundamentais positivado no artigo 18º da Constituição da República Portuguesa²¹⁹ que os considera como auto-aplicáveis.

É indiscutível que o direito de propriedade é um direito fundamental e, no caso da ordem constitucional brasileira, um direito fundamental explícito, constante do catálogo descrito no artigo 5º da Constituição Federal.

No entanto, a respeito deste direito fundamental, é corriqueiro o questionamento sobre conteúdo do direito de propriedade. A questão órbita entre a possibilidade da Constituição, ao estabelecer o direito de propriedade como direito fundamental, proteger apenas a titularidade do direito ou, também, garantir o seu conteúdo.

O conteúdo do direito de propriedade traduz-se pela marca da sua extensão, pela definição de seu objeto e compõe-se dos poderes e faculdades, com afirma Ferreira²²⁰, resultando em exercício de direito os atos e fatos praticados pelo proprietário.

A Constituição Federal ao dispor sobre a propriedade privada como direito fundamental, não faz qualquer alusão expressa à garantia de conteúdo.

²¹⁹ “Artigo 18º - (Força Jurídica) – 1. os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”

²²⁰ FERREIRA, Sérgio Andréia - *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 5.

A esse respeito, tratando da ordem jurídica portuguesa, Fernandez²²¹ defende a idéia de que na Constituição Portuguesa, também não haveria referência expressa à garantia do conteúdo do direito de propriedade e que a constituição carece de um conceito de propriedade privada e que, por isso, ela mesma remeteria, por inteiro, ao legislador ordinário a fixação do conteúdo daquele direito. Nestas circunstâncias, complementa Fernandez, a lei teria competência para disciplinar por completo a propriedade, por que a Constituição careceria de um critério preceptivo capaz de exigir e determinar um dado comportamento por parte do legislador.

Analisando a ordem constitucional italiana, no artigo 42º da Carta Política Italiana²²², Gianinni²²³ defende que a expressão constitucional referente à propriedade privada surtiria dois efeitos: o primeiro, seria relacionado com a preclusão do legislador ordinário vir a suprimir o direito de propriedade privada do ordenamento jurídico; e o segundo, estaria relacionado a possibilidade da intervenção normativa e administrativa no direito de propriedade, consubstanciada na reserva de lei.

²²¹ Obra citada, pp. 172-173.

²²² Art. 42. La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità. Fonte: www.associb.org.br/constituz.html. Acesso em 27.03.2003

²²³ GIANINNI, Severo Massimo – *Basi Costituzionali della proprietà privata*, Política e Diritto, Milano, 1971, pp. 443 e seguintes

Defende ainda Gianinni²²⁴ que o direito de propriedade é de configuração legal total, tendo o legislador ampla liberdade para regular o conteúdo deste direito, limitado, no entanto, pela imposição de dois fins: a função social e o princípio da igualdade na acessibilidade de todos os cidadãos, bem como, pela impossibilidade de supressão do direito de propriedade garantido pela Constituição.

A partir deste entendimento elaborado por Gianinni, pode-se afirmar que o direito de propriedade, apesar de sua qualidade de direito fundamental, não estaria impedido de ser submetido à conformação, limitação, regulação ou restrição pelo legislador infraconstitucional.

A respeito da garantia constitucional da propriedade, afirmam os autores Karl Nüssgens, Karlheinz Boujong, Werner Waber, que a doutrina e a jurisprudência alemãs, apontam a existência de uma dupla função para tal garantia: - garantia institucional, a propriedade privada como instituto jurídico (*Rechtsinstitut*); - garantia da posição jurídica, garantia da existência ou garantia individual (*Rechtsstellungs - , Bestands - , Individual-garantie*) que protege como direito fundamental a posição jurídica de valor patrimonial que se encontra nas mãos do proprietário particular²²⁵.

Haveria na Lei Fundamental alemã, conforme asseveram Werber Hoppe e Werner Ernst, uma dupla garantia: de um lado, a garantia do direito fundamental da liberdade da propriedade

²²⁴ GIANINNI, Severo Massimo – **Basi Costituzionali della proprietà privata**, Política e Diritto, Milano, 1971, pp. 443 e seguintes.

²²⁵ Apud, ALVES CORREIA, Fernando – **O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo**, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 302.

(*Eigentumsfreiheitsrecht*) e, do outro lado, a garantia da instituição jurídica objetiva “propriedade” (*Garantie der objektiven Rechtseinrichtung*)²²⁶.

Na interpretação do artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal – direito de propriedade como direito fundamental – constata-se a consagração da garantia institucional e individual da propriedade privada, dois lados da mesma moeda.

O aspecto da garantia institucional ou dimensão objetivo-institucional²²⁷ diz respeito exclusivamente ao legislador, impondo-lhe a proibição de exarar normas tendentes a abolir o direito de propriedade e o dever de produzir normas que permitam caracterizar um direito individual como “propriedade privada”, possibilitando a sua acessibilidade para todos, bem como a existência e a capacidade funcional, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual²²⁸.

Neste aspecto, é de ressaltar que tanto a proibição, quanto o dever atribuído ao legislador no que se refere a garantia institucional, não se restringe aos atos do poder legislativo; ao contrário, além destes, também inclui os atos regulamentares que, de qualquer forma, conformam o direito de propriedade.

A dimensão objetivo-institucional da propriedade que proíbe a expedição de normas legais tendentes a abolir a “*propriedade privada*” não

²²⁶ Apud, ALVES CORREIA, Fernando – **O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo**, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, pp. 302 e 303.

²²⁷ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira – **Direito ao ambiente e propriedade privada) aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais)**, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 178.

²²⁸ ALVES CORREIA, Fernando – **O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo**, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, pp. 302-304 e MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por atos legislativos**, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, pp. 270-272.

tem o condão de submeter toda e qualquer propriedade a um domínio privado. Ao contrário, a proibição do legislador em exarar normas atinentes a eliminação da propriedade privada e a garantia da propriedade como instituto jurídico não impede a existência de certos tipos ou classes de bens insusceptíveis de apropriação privada.

É possível, ainda, quanto à dimensão objetiva-institucional da propriedade, estabelecer uma relação entre o direito de propriedade e a liberdade como direito fundamental. Essa ligação tem sido verificada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, (*Bundesverfassungsgericht*) no sentido de que na estrutura global dos direitos fundamentais, a garantia da propriedade privada tem a função de assegurar ao titular do direito um espaço de liberdade (*Freiheitsraum*) no âmbito jurídico-patrimonial, através do reconhecimento de direitos de decisão, de utilização e de domínio, possibilitando-lhe, desse modo, uma conformação da sua vida, estribada numa responsabilidade pessoal²²⁹.

Na dimensão subjetiva-individual o direito de propriedade pretende assegurar ao titular dos bens o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade – usar, gozar, dispor e reaver.

Estaria, assim, o proprietário no direito de exercer suas prerrogativas inerentes à propriedade, de forma plena, de acordo com a conformação estipulada pela legislação ou, ao contrário, na impossibilidade de exercê-los, ter ao seu alcance as garantias processuais e patrimoniais para favorecer o exercício de suas prerrogativas ou, no caso extremo, a garantia da justa indenização.

²²⁹ ALVES CORREIA, Fernando – **O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo**, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 306.

Verificado a existência desta dupla face do direito de propriedade – a dimensão objetiva ou institucional e a subjetiva-individual, carecem, a partir de agora, de uma análise no conteúdo propriamente dito do direito de propriedade.

O artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, ao definir o direito de propriedade como um direito fundamental não apresentou, de forma explícita, o conteúdo do direito de propriedade. Limitou-se, no inciso XXIII do mesmo artigo, a dizer que propriedade deve atender a sua função social. Não existe, ao contrário da Constituição Portuguesa, referência no sentido de que a propriedade privada será garantida "*nos termos da Constituição*"²³⁰, desautorizando, assim, interpretação que desconheça que o exercício das prerrogativas pelo proprietário se dará dentro de limites e nos termos previstos pela ordem jurídica.

A respeito da ausência de norma constitucional explícita que autorize o legislador a definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade, pode-se entender que a ausência de uma explícita reserva de lei restritiva não impede que a lei possa determinar restrições mais ou menos profundas ao direito de propriedade²³¹ seja por meio de específicas remissões constitucionais expressas ou por efeito de concretização de limites iminentes e, sobretudo, por colisão com outros direitos fundamentais,.

²³⁰ "Artigo 62º. 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e a sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização."

²³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1984-1985, p. 334.

Com respeito à ordem constitucional brasileira, pode-se afirmar que compete ao legislador ordinário a definição do conteúdo e dos limites do direito de propriedade, com iniciativa legislativa privativa da União, na forma do artigo 22 da Constituição Federal.

Ainda quanto aos limites, seria possível afirmar se que, ao tratar da propriedade urbana e da propriedade rural, o constituinte teria determinado um conteúdo mínimo, no caso, as regras para o cumprimento da função social, ao tratar da política urbana e da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, nos termos dos artigos 182 a 186 da Constituição Federal.

O conceito de propriedade elaborado sob a égide do Estado Liberal, marcado por sua característica absoluta, explicado neste capítulo, no item relativo à evolução do conceito de propriedade privada, é incompatível com a possibilidade, hoje pacífica, de que o conteúdo do direito de propriedade possa ser conformado pelo legislador de maneira a ampliá-lo ou comprimi-lo, movido pelas concepções de ordem econômica, social e política.

A possibilidade de conformação do direito de propriedade contraria o entendimento de que tal direito possa ser conceituado como algo fixo, invariável. O conceito de propriedade, afirmado anteriormente, sofre influências de ordens várias, sendo assim, um conceito dinâmico na proporção que poderá, com relação às suas prerrogativas, ser diminuído ou ampliado.

Na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade, afirma Alves Correia²³², estaria o legislador submetido a várias restrições, dentre elas, respeitar o conteúdo fundamental da garantia da propriedade, nas suas vertentes – institucional e individual e, ainda, observar os princípios da proporcionalidade e da igualdade.

A observação pelo legislador do princípio da proporcionalidade na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade merece destaque na medida em que a atividade do legislador poderá ocasionar o conflito entre o direito fundamental à propriedade privada e outros direitos fundamentais, especialmente, aquele que garante o patrimônio cultural preservado.

O princípio da proporcionalidade, afirma Guerra Filho²³³, teria como objetivo a resolução do grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais aos quais se deve obediência, por serem da mesma posição hierárquica. A tentativa de resolução de conflitos entre princípios, todos da mesma natureza, estaria na aplicação do princípio da proporcionalidade, o “*princípio dos princípios*”, cuja grande contribuição para minimizar o conflito consistiria em uma “*solução de compromisso*” pela qual se respeitasse mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o outro no mínimo possível, mantendo intacto o seu núcleo central situado na dignidade da pessoa humana.

²³² Obra citada, p. 313.

²³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago - **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 269.

O princípio da proporcionalidade estaria dividido em três subprincípios: **a necessidade** traduzida pela existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão, ou seja, equivale à exigibilidade desta intervenção ou decisão; **a adequação** que significaria a providência que se mostra adequada ao objetivo almejado, destina-se ao fim contemplado pela norma, e não a outro, envolvendo, pois, correspondência de meios e fins; e, por fim, **a proporcionalidade em sentido estrito**, ou, como também pode ser definido, racionalidade *strictu sensu*, que implicaria na justa medida, e não ficaria além ou aquém do necessário. Traduzir-se-ia, este subprincípio, por tratar de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, em uma proibição do excesso ou do arbítrio ²³⁴.

Ainda no tocante ao subprincípio – **proporcionalidade em sentido estrito**, merece realce o fato de que tal aspecto consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção de uma medida restritiva²³⁵denotando a valorização da idéia de equilíbrio entre valores e bens²³⁶.

Respeitante, ainda, ao sopesamento entre direitos fundamentais conflitantes, cujo aspecto da proporcionalidade em sentido estrito parece ser a solução justa, aponta o Tribunal Constitucional Alemão

²³⁴ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Editora Coimbra, 1998, pp. 218 -219. Ver no mesmo sentido GUERRA FILHO, Willis Santiago - Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. **In: Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), São Paulo, Editora Malheiros, 2001, pp. 270-271.

²³⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso – **O proporcional e o razoável**. **In:** Revista dos Tribunais – ano 91, volume 798, abril de 2002, pp. 23-50.

²³⁶ BARROS, Suzana Toledo - **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª edição, Brasília, Brasília Jurídica, 2000, p. 83.

três critérios, a partir dos quais faz a ponderação dos meios e dos fins, ao tratar de direitos fundamentais: 1) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; 2) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; 3) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade)²³⁷.

O princípio da igualdade na determinação do conteúdo e do limite do direito de propriedade tem ligação com o princípio da proporcionalidade, especialmente, com relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto a limitação, restrição ou suspensão de direitos, ainda que respeitando a proporcionalidade não poderá atentar contra o princípio da igualdade, contido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

A igualdade e a proporcionalidade, como princípios constitucionais, não coincidem, ao contrário se completam, tendo a igualdade relação com a distribuição de direitos e deveres, de vantagens e de encargos, de benefícios e de custos inerentes à pertença à mesma comunidade ou a vivência da mesma situação. A proporcionalidade, por sua vez, como já visto anteriormente, é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação²³⁸.

Verificando-se a necessidade de uma análise, mesmo que sumária, a respeito do sentido de igualdade, pode-se fazer uso do

²³⁷ PENALVA, Ernerto Pedraz - **Constitución, jurisdicción y proceso**, Madrid, Akal, 1990, p. 299.

²³⁸ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Editora Coimbra, 1998, p. 216.

entendimento proposto por Jorge Miranda que, acolhido por grande parte da doutrina, assinala os pontos indispensáveis a uma abordagem do assunto, quais sejam: a) que a igualdade não é identidade e igualdade jurídica não igualdade natural; b) que igualdade significa intenção de racionalidade, em último termo, intenção de justiça; c) que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas a outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material²³⁹.

A igualdade, como princípio, não pode ser analisada apenas pela ótica da impossibilidade de diferenciações, de privilégios ou de discriminação.

Entender o princípio da igualdade contido no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal que diz serem “ *todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...*”, apenas como uma forma de proibir discriminações, seria atribuir uma interpretação restritiva ao disposto constitucional, ou, simplesmente, constatar apenas o sentido negativo do princípio, que procura evitar a diferenciação e a discriminação entre cidadãos.

Ao contrário desse sentido negativo, teria o princípio da igualdade um sentido positivo traduzido por um comportamento tendente a tratar iguais situações iguais e desiguais as situações desiguais, desde que substancial e objetivamente desiguais fundado em diversidade de circunstâncias ou pela natureza das coisas e não criadas ou mantidas

²³⁹ Obra citada, p. 213.

artificialmente pelo legislador e, também, dar tratamento desigual que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação. Ainda num sentido positivo do princípio da igualdade pode-se ter o tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes, como também, o tratamento das situações não apenas como existem, mas como *devem* existir, de harmonia com os padrões da constituição material favorecendo pela igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei²⁴⁰.

Pode-se asseverar que não há com relação ao princípio da igualdade uma proibição de que a lei estabeleça distinções. Não se acolhe, como já afirmado anteriormente, o tratamento desigual pela lei baseado em situações em que as diferenciações de tratamento ocorrem sem fundamento material, sem justificativa razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes, como também, não cumprem o princípio da igualdade o tratamento igual para situações essencialmente desiguais, sendo ainda, incompatível com o princípio constitucional da igualdade as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas²⁴¹.

Estabelecido uma conceituação mínima dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, volta-se a tratar do conteúdo do propriedade privada, destacando, novamente, que o conteúdo do direito de propriedade, no aspecto institucional seria atribuição da Constituição, cabendo ao legislador regular o aspecto individual que se refere ao conteúdo, propriamente dito e os limites do direito de propriedade.

²⁴⁰ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Editora Coimbra, 1998, pp. 214-215.

²⁴¹ Acórdão N° 39/1988 do Tribunal Constitucional Português.

Ressalte-se que a existência de duas dimensões – institucional e individual – não permite a formulação do entendimento de que o direito de propriedade garantido pela Constituição seja de duas espécies, ao contrário, o direito de propriedade é único com a particularidade da existência de duas vertentes que funcionam como um todo.

Há entendimento de que a Constituição ao garantir o direito à propriedade privada teria excluído qualquer referência quanto ao conteúdo deste direito, havendo, tão-somente a salvaguarda da existência do direito à propriedade²⁴² e que qualquer tentativa de fixação de um conteúdo mínimo estaria condenado a dissolver-se numa posição metajurídica, estritamente ideológica e insustentável face à Constituição²⁴³.

Num sentido contrário, defende Fernandez²⁴⁴, referindo-se à ordem constitucional portuguesa, que o direito de propriedade configurado na Constituição é um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias com um conteúdo próprio por ser dotado de preceptividade, se assume como um direito de configuração constitucional, só carecendo da intervenção legislativa para abastecer-se de uma maior dose de exeqüibilidade que lhe permita, mediante a interposição do legislador, tornar-se veículo de proteção de outros interesses jurídico-constitucionalmente protegidos, como, por exemplo o direito ao património cultural protegido.

²⁴²MEDEIROS, Rui - **Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por ato legislativo**, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, pp. 129-130.

²⁴³ PRATA, Ana - **A tutela constitucional da autonomia privada**, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, pp. 192-193.

²⁴⁴ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira - **Direito ao ambiente e propriedade privada (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadores de vínculos ambientais)**, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.179.

A ordem constitucional brasileira teria adotado a corrente doutrinária que entende ser o direito de propriedade, direito fundamental, teria seu conteúdo e limites estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, ficando, no entanto, garantido o direito à propriedade privada desde que atendida a sua função social.

O aspecto da função social, objeto de estudo no próximo capítulo, por se apresentar como um condicionador do próprio direito de propriedade, conforme prescreve o artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, ao estabelecer que a “ *propriedade atenderá a sua função social*”, é também defendido como um conteúdo mínimo do direito de propriedade definido pela Constituição.

Sendo o direito de propriedade um direito fundamental que cujo conteúdo tem dupla face – aspecto institucional e aspecto individual – consoante abordagem anterior, pode-se dizer que não seria incompatível com a sua qualidade de direito fundamental a definição do conteúdo deste direito pelo legislador ordinário com a imposição de limites e condicionamentos ao seu exercício, desde que estritamente necessários para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos²⁴⁵.

Em termos conclusivos, pode-se dizer que referentemente ao direito do patrimônio cultural, entendido como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais, seria possível delinear o conteúdo e os limites do direito de propriedade com o estabelecimento de condicionamentos e limitações atinentes à preservação dos bens de interesses do patrimônio cultural.

²⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes e MACHADO, Jônatas - Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. In: **Revista do Ministério Público**, ano 16, Outubro-Novembro 1995, Nº 64, 1986, pp. 11-38.

Por fim, afirma-se que a delimitação do conteúdo do direito de propriedade por meio de condicionamentos e limitações favorece, no tocante aos bens de interesse do patrimônio cultural, a uma compatibilização entre os dois direitos fundamentais – o de propriedade e do patrimônio cultural, resultando na imposição de restrições ao exercício das faculdades inerentes à propriedade em nome da proteção dos bens de interesse cultural²⁴⁶.

6.2.2 - Admissão de sacrifícios ao direito de propriedade privada

O direito de propriedade garantido pela Constituição Federal, como já explicitado, apesar de único, contém duas vertentes, uma institucional e outra individual.

Dentro da dimensão individual, conformada pelo legislador, estão contemplados os poderes a serem exercidos pelo proprietário, no caso, usar, gozar, dispor e reaver, bem como, as limitações que o exercício destas prerrogativas podem sofrer em virtude de interesses coletivos.

A impossibilidade da existência de direitos ilimitados conduz ao entendimento de que as normas atinentes à propriedade e ao seu uso e gozo definem o âmbito de expressão da propriedade, tal como reconhecida em um dado sistema juspositivo. São elas que desenham o que se chama de

²⁴⁶ MORENO, Alfonso Pérez - *El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico*. In: Revista de Derecho Urbanístico, No. 119, 1990, pp. 13 – 43.

direito de propriedade, isto é, o conteúdo juridicamente protegido e aceito como válido, em certa ordenação nacional, para a propriedade²⁴⁷.

A garantia da propriedade seja em sua dimensão institucional ou individual, representa um espaço de autonomia do particular frente ao Estado, revestindo-se, no entendimento de Oliveira Ascensão²⁴⁸, de uma natureza essencialmente negativa ou de defesa.

Dentro desta autonomia do particular frente ao Estado estaria o exercício das prerrogativas de proprietário e, conseqüentemente, o direito de utilizar meios processuais para a garantia de tal direito na hipótese de imposição de sacrifícios que inviabilizem o aproveitamento econômico do bem.

Os sacrifícios que podem ser impostos ao direito de propriedade advém da Constituição Federal nos casos de desapropriação ou da requisição de bens, acompanhadas, na primeira hipótese, sempre de uma justa indenização e, na segunda, na hipótese de ocorrer prejuízos ao proprietário, e, ainda, da própria lei por ocasião da conformação do direito de propriedade pelo legislador infraconstitucional.

A respeito da limitação do direito de propriedade, afirma Ruggiero²⁴⁹ que de todas, algumas respeitam ao próprio gozo da coisa, restringindo a faculdade natural do desfrute, que em regra pertence ao

²⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - *Tombamento e dever de indenização*. Revista de Direito Público, Nº 81, [198?], pp. 65-73.

²⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira - A atribuição pelos tribunais de indenizações ainda não satisfeitas. In: *Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1989, página 208

²⁴⁹ RUGGIERO, Roberto - *Instituições de direito civil*, 3º volume, tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio, atualizada por Paulo Roberto Benasse, Campinas-SP, Bookseller, 1999, página 471.

proprietário; outras impõem ônus ou encargos, exigidos por uma razão de utilidade social ou por uma relação de vizinhança para contemporizar a liberdade individual e o interesse privado com o interesse geral; outras atacam a faculdade de disposição ou alienação, limitando-a ou suprimindo-a com respeito a certas coisas; outras mais intensamente dizem respeito a todo poder do proprietário, até o ponto de atingirem o grau máximo de limitação, levando à expropriação do próprio objeto de domínio.

Podem, ainda, os sacrifícios ao direito de propriedade, mesmo quando advindos de lei ordinária, serem ou não indenizáveis, sendo, para tal hipótese, essencial a verificação do esvaziamento do conteúdo do direito de propriedade.

A abordagem do tema – sacrifícios ao direito de propriedade – restringe-se, neste trabalho, às hipóteses relativas aos bens de interesse do patrimônio cultural, procurando verificar quais são os tipos de sacrifícios que podem ser impostos ao proprietário, se serão sempre indenizáveis, bem como, perquirindo as circunstâncias em que tais sacrifícios poderiam ser suportados pelo proprietário sem a necessidade de indenização.

É, ainda, objeto de investigação o comportamento de tais sacrifícios, quanto a indenização, na hipótese de conflito entre o direito de propriedade e o direito ao patrimônio cultural preservado, ambos considerados direitos fundamentais.

A doutrina tem se posicionado, no tocante as restrições impostas aos proprietários de bens de interesse cultural quanto ao exercício das prerrogativas inerentes ao direito de propriedade, sem uma posição unânime.

Há quem defenda ser inconcebível a imposição de qualquer sacrifício ao direito de propriedade, inclusive quando relativa a preservação de prédios de interesse histórico, sem a devida indenização²⁵⁰.

Contrariamente a posição anterior, há quem defenda que a proteção de bens de interesse do patrimônio cultural, especialmente sob a forma de tombamento, possa ser entendida como uma limitação ao direito de propriedade e, portanto, não indenizável²⁵¹.

Uma terceira posição doutrinária é defendida²⁵² no sentido de que as medidas que, diversamente das limitações, se propuserem a irrogar particularmente gravames excepcionais a certos imóveis, incluídos no domínio do particular, a fim de transformá-los em bens servientes do todo social, seriam entendidas como sacrifícios ao direito, passíveis de indenização.

Pode-se ver que as posições doutrinárias convergem no aspecto da existência de bens a serem preservados pelo interesse cultural, porém divergem, frontalmente, no âmbito de suportação, pelo particular, das limitações ao direito de propriedade em prol de uma fruic o pública daquele objeto de interesse cultural.

²⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito Civil Reais**, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, páginas, 230 e 232.

²⁵¹ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima - **Análise Jurídico-funcional do tombamento como instrumento de prote o do patrim nio histórico**. Disserta o de Mestrado - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- Ceará, 2000, página 93-94 (Obra não publicada). Ver, no mesmo sentido, CASTRO, Sônia Rabelo - **O Estado na preserva o de bens culturais: o tombamento**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1991, pagina 136.

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Ant nio - *Tombamento e dever de indeniza o*. Revista de Direito Público, N  81, [198?], páginas 65-73.

Seriam, no entendimento da doutrina, os sacrifícios a serem impostos ao direito de propriedade divididos em dois grandes grupos: - os sacrifícios gerais, marcados pela imposição da lei, não indenizáveis; - sacrifícios pessoais, impostos por ato administrativo, passíveis, portanto de indenização.

A questão do sacrifício ao direito de propriedade com relação aos bens de interesse cultural tem que ser analisada, sem desprezar os conceitos civilísticos e administrativos, a partir do texto constitucional por se tratar de dois direitos reconhecidos pela Constituição Federal como direitos fundamentais e, portanto, sem precedência de um sobre o outro, mas que, para sua fruição, necessitam serem harmonizados.

O direito ao patrimônio cultural preservado é no Brasil uma garantia constitucional, um direito fundamental não explícito, porém fundado em dois princípios básicos: o princípio republicano e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O caráter republicado, no tocante ao patrimônio cultural preservado, impõe a prevalência do interesse público, a impessoalidade, o exercício de direitos em sintonia com valores tendentes a preservar uma identidade cultural e, acima de tudo, a manutenção viva da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, seja pela preservação de formas de expressão, dos modos de criar, fazer e viver, seja pela preservação das criações artísticas, científicas e tecnológicas, pela conservação de obras, conjuntos, documentos, edificações e espaços destinados às manifestações artístico-culturais, dentre outros, sítios de valor cultural, seja pela arquitetura, pela paisagem.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da república federativa do Brasil, garante ao cidadão brasileiro a conservação de sua identidade cultural através da preservação de suas raízes históricas, de suas crenças, culinárias, dentre outros aspectos.

A garantia da preservação das raízes dos vários grupos étnicos formadores da sociedade brasileira, bem como, a conservação da memória histórica das lutas sociais desenvolvidas pelos diversos grupos sociais permite ao indivíduo a manutenção de sua história pessoal atrelada a do grupo social no qual está inserido.

A abordagem do tema - sacrifício ao direito de propriedade - relativo aos bens de interesse cultural pode ser realizado a partir do entendimento da natureza jurídica do tombamento, a forma mais comum de preservação do patrimônio cultural, pela qual se verifica a possibilidade de indenização ao proprietário de bem de interesse cultural.

A definição da natureza jurídica do tombamento é uma questão de difícil solução por existir uma gama de tendências doutrinárias, com boa fundamentação, que pretendem trazer para si, a definição acabada do instituto.

Dentre as diversas categorias jurídicas em que se pode incluir o tombamento, no tocante a sua natureza jurídica, encontram-se: servidão administrativa; domínio eminente estatal; bem cultural como bem imaterial e, por fim, como uma limitação administrativa ao direito de propriedade.

O entendimento de que o tombamento seria uma servidão administrativa é defendida, dentre outros, pelos juristas Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson de Abreu Dallari e Ruy Cirne Lima.

Fundamenta este entendimento, o aspecto de que a sua instituição seria um gravame que atingiria um dos poderes inerentes à propriedade.

Gasparini²⁵³ afirma que o tombamento é uma servidão administrativa dotada de nome próprio, instituída sempre que o poder público deseja preservar certo bem, público ou particular, em razão de seu valor histórico, artístico, paisagístico, cultural, científico e arqueológico e que o tombamento incide sobre propriedade, impondo uma limitação ao proprietário, no tocante ao exercício dos poderes de usar, gozar, dispor e destruir a coisa em detrimento do interesse histórico ou cultural aproveitado pela sociedade.

Esta imposição continua Gasparini, não interfere na relação dominial ou de posse que se trava entre o proprietário e a coisa. Pode, entretanto, em determinada situação, resultar no direito à indenização por parte do proprietário se a instituição do tombamento lhe ocasionar prejuízo.

Por fim, argumenta Gasparini²⁵⁴ que a indenização a que teria direito o proprietário de bem tombado não decorre da incidência de gravame sobre o mesmo e sim dos prejuízos que, por ventura, tenham sobrevindo ao titular do bem.

É de Adilson de Abreu Dallari²⁵⁵ a opinião de que o tombamento se configura numa servidão administrativa, já que na medida

253GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 3a. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1993, página 451

254GASPARINI, Diógenes. Obra citada, página 451

255DALLARI, Adilson de Abreu .**Temas de Direito Urbanístico**, 2^o volume, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, página 11/16

em que o Poder Público decide pelo tombamento, absorve uma qualidade ou um valor já existente no bem tombado, para proveito da coletividade.

Defendendo o tombamento como uma servidão administrativa, Dallari²⁵⁶ argumenta que em virtude do princípio da isonomia, aqui entendido como a necessidade de dar tratamento igual aos iguais e desiguais aos desiguais, e, ainda, em respeito ao princípio da distribuição das cargas públicas, deve a coletividade, como real beneficiária da instituição do tombamento, reparar os possíveis danos experimentados pelo proprietário do bem.

Concluindo o entendimento sobre a natureza jurídica do tombamento, assevera Dallari²⁵⁷ que como ocorre em qualquer caso de constituição de servidão, deverá haver indenização na hipótese de ocorrer dano economicamente aferível para o proprietário do bem, em decorrência do tombamento.

Bandeira de Mello²⁵⁸ assevera que se a limitação administrativa não é senão o perfil do Direito parece razoável entender ser sempre necessário um ato específico da Administração *impondo um gravame*, por conseguinte criando uma situação nova, atingindo o próprio direito e, caracterizando a hipótese de servidão. Por este motivo, entende que, tanto o tombamento pelo Patrimônio Histórico, quanto a declaração de que uma determinada área é de reserva florestal são casos de servidão e não de limitação administrativa, como normalmente se afirma.

256DALLARI, Adilson de Abreu. Obra citada página 13.

257DALLARI, Adilson de Abreu. Obra citada, página 1.

258BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 4^a. edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1993, p. 363.

O entendimento de Bandeira de Mello²⁵⁹ acerca da natureza jurídica do tombamento como sendo uma servidão administrativa é fundamentado no argumento de que o tombamento é um ato específico, imposto pela administração, sedimentado em lei, e, ao contrário das limitações administrativas, não é genérico.

Firmando o seu posicionamento sobre a natureza jurídica do tombamento, diz Bandeira de Mello²⁶⁰ que nas hipóteses de ocorrência de servidão, como no caso de tombamento, passagem de fios elétricos, passagem de aquedutos, dentre outros, tem o particular uma obrigação de suportar; enquanto nas situações caracterizadas como limitações administrativas, existe, apenas um dever de abstenção por parte do administrado.

Ruy Cirne Lima²⁶¹ mostra-se adepto do entendimento de que o tombamento é uma servidão, enumerando-a como uma servidão administrativa, juntamente com outras constituídas sobre as margens dos rios públicos, as impostas as propriedades marginais das vias férreas e a existente sobre as propriedades vizinhas de aeroportos e aeródromos.

Lúcia Valle Figueiredo²⁶² entende que o tombamento, dependendo da circunstância e das conseqüências do ato administrativo sobre a propriedade, pode ser definido como figura jurídica da desapropriação ou da servidão administrativa.

259 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Obra citada, página 364/365.

260 BANDEIRA DE MELLO. Celso Antonio. Obra citada, página 365.

261LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 6a. edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, página197/198.

262FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo, Editora Malheiros, 1994, páginas 194/199.

Sedimenta, Lúcia Valle Figueiredo²⁶³, seu entendimento no fato de que, ocorrendo a incidência do tombamento, três conseqüências podem ocorrer: a) o bem ficaria totalmente inútil ao particular, motivado pelas obrigações de não fazer e de fazer; b) o bem tombado ficaria com a sua utilidade parcialmente reduzida; e c) não ocorreria nenhum prejuízo para o proprietário com o tombamento do bem.

Para cada uma das circunstâncias descritas por Valle Figueiredo²⁶⁴ o tombamento teria uma natureza jurídica diversa.

Na hipótese do proprietário ficar totalmente impossibilitado de exercer os poderes inerentes à propriedade, seria a hipótese de desapropriação, mais precisamente uma desapropriação indireta, resultando na necessária indenização, nos termos da Constituição Federal artigo 5º. inciso XXII.

Caso o proprietário passe a dividir alguns dos poderes inerentes à propriedade com o ente responsável pelo tombamento, deverá o poder público constituir servidão, indenizando o proprietário na proporção em que tenha sido atingido pelo tombamento.

Conclui Valle Figueiredo²⁶⁵ que, não resultando do tombamento qualquer prejuízo para o proprietário; não se haveria de falar em indenização, apesar do tombamento, nesta circunstância, ter a natureza jurídica de servidão administrativa.

263FIGUEIREDO, Lucia Valle. Obra citada, página196.

264FIGUEIREDO, Lucia Valle. Obra citada, página 196.

265FIGUEIREDO, Lucia Valle. Obra citada, página 196.

Outra visão do tombamento, quanto a sua natureza jurídica, é a que o defende como domínio eminente do Estado. Esta é a posição Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁶⁶ ao conceituar o tombamento como sendo uma intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico.

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles,²⁶⁷ afirma que o poder regulatório do Estado se exerce não só sobre os bens de seu domínio patrimonial, como também sobre as coisas e locais particulares de interesse público. Nesta última categoria encontram-se as obras, monumentos, documentos e recantos naturais que, embora de propriedade privada, passaram a integrar o patrimônio histórico e artístico da Nação, como bens de interesse da coletividade, sujeitos ao domínio eminente do Estado.

Defendeu, por certa ocasião, Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁶⁸ o tombamento como limitação administrativa ao direito de propriedade, apontando a dificuldade em diferenciar o conceito de limitação administrativa e de servidão, muitas vezes confundidas na aplicação prática.

266MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 9a. edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, página 318.

267MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**, página 544/555.

268PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Servidão Administrativa**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, página 27/30.

Recentemente, Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁶⁹ reconsiderou seu entendimento acerca da natureza jurídica do tombamento, asseverando que preferia considerar o tombamento categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão.

Afirmava Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁷⁰ que a diferença entre a limitação administrativa e a servidão consiste no fato de que na primeira a obrigação é de não fazer que é imposta em benefício do interesse público genérico e de forma abstrata e, na hipótese de servidão, a obrigação é imposta em proveito de determinado bem afetado, a fim de uma utilidade pública.

Fundamentando seu entendimento a respeito da limitação administrativa ao direito de propriedade, categoria jurídica na qual inclui o tombamento, afirmava Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁷¹ que neste instituto, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade dos poderes inerentes à propriedade - usar, gozar, dispor e reaver - ficando, entretanto, com a obrigação de submeter o exercício de seu direito a normas de ordem pública. Na limitação administrativa a propriedade não é afetada em sua exclusividade e sim, em seu caráter absoluto.

Uma questão controvertida quando se atribui ao tombamento a natureza jurídica de limitação administrativa ao direito de propriedade é a ocorrência ou não do direito à indenização pela declaração de tombamento de um bem. O cerne da questão reside no fato de que, em

269PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 12a. Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2000, página 140.

270PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Obra citada, página 28.

271PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Obra citada, página 28/29.

regra, a indenização não é compatível com a limitação administrativa ao direito de propriedade.

Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷² que as limitações administrativas são inerentes à propriedade e, assim sendo, não são passíveis de indenização que poderá, no entanto, ocorrer na hipótese de o proprietário vê-se privado, em favor do Estado ou do público em geral, de um ou de todos os poderes inerentes ao domínio.

A natureza jurídica do tombamento, no entendimento de Sônia Rabello de Castro²⁷³, é a de uma limitação administrativa ao direito de propriedade.

O pensamento de Sônia Rabello de Castro²⁷⁴ é fundamentado, a princípio, na explicação da característica da generalidade atribuída às limitações administrativas e ao direito de propriedade, quando afirma que esta característica deve ser bem compreendida, uma vez que é em função dela que se justifica a não indenização por parte do poder público.

Miguel Reale²⁷⁵ assevera que a generalidade da lei tem, porém, outra acepção, ligada, não à incidência numérica de seus dispositivos, mas sim à força de sua vigência: aquele critério quer-se significar que a lei deverá ser aplicada, indistintamente, a todas as hipóteses correspondentes aos seus preceitos, ainda mesmo quando o legislador houver tido o propósito de disciplinar um único caso, salvo se a excepcionalidade resultar

272BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Apontamentos sobre o poder de polícia**, RDA 9/64.

273CASTRO, Sônia Rabello. **O Estado na preservação de bens culturais**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1991, página 134/140.

274CASTRO, Sonia Rabello. *Obra citada*, página 134/140.

275REALE, Miguel. **Renovação e Anulamento do ato administrativo**, Editora Forense, 1980, página 15.

expressamente do conteúdo mesmo da norma legal. Além disso, a generalidade possui um sentido deontológico, de fundamental alcance nos planos da exegese, correlacional que é ao imperativo da igualdade (isonomia): quando se proclama que a lei deve ser genérica, estabelece-se uma correlação ideal entre o princípio de que todos devem ser iguais perante a lei, e o de que a lei deve ser igual para todos os que se encontram em idênticas situações.

A generalidade atribuída à limitação administrativa não deve ser compreendida no seu aspecto quantitativo, ou seja, quantidade de bens ou direitos atingidos por determinado ato administrativo específico. A generalidade deve advir da lei. No caso de bens culturais, a generalidade deve ser compreendida como uma classe: todos os que têm as características e os pressupostos legais de se inserirem nesta categoria passam, com a manifestação de vontade da administração expressada no ato administrativo, a constituírem este conjunto genérico. Sob este prisma, a generalidade nada tem a ver com a incidência especial do ato administrativo para caracterizá-la. Os bens culturais podem estar agrupados em um conjunto só, ou em vários conjuntos, ou podem estar isolados; o que interessa é que, ainda que isolados, com o ato administrativo específico para um bem, passa ele a fazer parte de uma classe, um conjunto - a universalidade já mencionada anteriormente.

Por este motivo, o ato que declara de valor cultural um bem isolado insere-o na categoria genérica de bem cultural previsto em lei, conforme ensina Sônia Rabello de Castro²⁷⁶.

²⁷⁶CASTRO, Sônia Rabello. Obra citada, página 136.

Entende, ainda, Sônia Rabello de Castro²⁷⁷ que o tombamento como ato administrativo visa à proteção do interesse público genérico, ou seja, cultura nacional incorporada em bens móveis ou imóveis, que, após identificação e classificação por órgão competente, passam a ser protegidos pelo Estado em virtude do interesse público que os referidos bens possam ter, sem resultar, com isto, interferência na relação dominial entre a coisa e seu proprietário.

Por fim, verifica-se que o entendimento de que a natureza jurídica do tombamento é de uma limitação administrativa ao direito de propriedade encontra resistência no questionamento da necessidade de indenização, bem como no co-exercício de um ou mais dos poderes inerentes à propriedade.

No tocante ao primeiro questionamento - necessidade de indenização - pode-se afirmar que não é da essência da limitação administrativa a indenização ao administrado pela incidência sobre bem de sua propriedade, uma vez que a limitação administrativa é inerente ao poder de polícia.

A respeito do segundo questionamento - o co-exercício de um dos poderes inerentes ao proprietário - pode-se asseverar que a incidência de qualquer limitação administrativa sobre a propriedade não atinge a exclusividade do domínio, podendo o proprietário desfrutar de todo o potencial econômico da propriedade.

A partir desta análise a respeito do tombamento, caso típico de privação ou supressão de determinadas faculdades do domínio²⁷⁸, pode-se

²⁷⁷CASTRO, Sônia Rabello. Obra citada, página 136.

²⁷⁸ MORAES, José Diniz - *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Editora Malheiros, 1999, p. 130.

afirmar que dentre as formas de preservação descritas no artigo 216 da Constituição Federal, excetuando-se, por sua natureza, a desapropriação, impõem-se ao proprietário a obrigação de suportar o sacrifício ao seu direito de propriedade, seja pelo fato de que os atos de proteção, excetuado a expropriação, conforme dito, têm a natureza jurídica compatível com uma limitação ao direito de propriedade, seja pelo fato de se tratar o direito ao patrimônio cultural preservado como um direito e uma garantia fundamental.

A questão da suportabilidade de sacrifícios ao direito de propriedade pelo proprietário de bens de interesse do patrimônio cultural deve, também, ser visto pelo aspecto da prevalência do direito ao patrimônio cultural preservado quando em conflito com o direito de propriedade, ambos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

7 Função social da propriedade privada

7.1- Evolução histórica do conceito de função social

Abordar o tema função social da propriedade exige, sem dúvida, mergulhar no universo do pensamento de Léon Duguit, a quem se atribui a releitura do conceito de propriedade.

Há entendimentos defendendo que o conceito de função social da propriedade não teria sido concepção integral de Léon Duguit.

Moraes²⁷⁹, neste sentido, defende que se atribui o surgimento da teoria da função social da propriedade a duas teses distintas: a doutrina do direito natural defendida pela Igreja Católica e a teoria positivista do século XIX.

Castan Tobenãs²⁸⁰ assevera que a expressão função social da propriedade é relativamente antiga e apresenta similitudes com as teorias de Santo Tomás de Aquino e Santo Ambrósio. Afirma ainda que na obra de Santo Tomás de Aquino há sempre um sentido comum e que, ao abordar a função social da propriedade, utiliza forma mais enérgica para tratar os excessos advindos do capitalismo, do que admitem muitas legislações modernas.

279 MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**, São Paulo, Editora Malheiros, 1999, p. 92/93

280 TOBENÃS, Castan. **La propiedad y sus problemas actuales**, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962, p. 76.

Acerca da influência da Igreja no conceito de função social da propriedade, afirma Maluf²⁸¹ que, desde Santo Ambrósio propugnando por uma sociedade mais justa com a propriedade comum, ou Santo Agostinho, condenando o abuso do homem em relação aos bens dados por Deus e, Santo Tomás de Aquino vendo na propriedade um direito natural que deveria ser exercido com vistas ao *bomum commune*, até os *summus pontífices* que estabelecem as diretrizes do pensamento católico sobre a propriedade, sempre em todas as oportunidades a Igreja apreciou a questão objetivando humanizar o tratamento legislativo e político do problema.

Com amparo nas idéias positivistas de Augusto Comte pode-se afirmar que a expressão função social seria uma contraposição à teoria clássica da propriedade como direito individual e natural.

Léon Duguit²⁸² transcreve, a respeito do comportamento do individuo perante a propriedade, trecho da obra de Augusto Comte denominada na obra “ *Système de politique positive*”, asseverando que em todo estado normal da humanidade, todo cidadão, qualquer que seja, constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam ao mesmo tempo obrigações e pretensões. Este princípio universal deve, certamente, estender-se até à propriedade, na qual o Positivismo vê, sobretudo, uma indispensável função social

281 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 57

282 DUGUIT, Léon – *Les transformations générales du droit privé*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920, pp. 158 e 159. “ Cette idée, c’est encore Auguste Comte qui l’a mise, le premier au XIX siècle, particulièrement en relief. Il écrivait en effet en 1850 dans le *Système de politique positive*: “ Dans tout état normal de l’humanité, chaque citoyen quelconque constitue réellement un fonctionnaire public, dont les attributions plus ou moins définies déterminent à la fois les obligations et les prétentions. Ce principe universel doit certainement s’étendre jusqu’à la propriété, où le positivisme voit surtout une indispensable fonction sociale destinée à former et à administrer les capitaux dans lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante. Sagement conçue, cette appréciation normale anoblit sa possession, sans restreindre sa juste liberté et même en la faisant mieux respecter”.

destinada a formar e administrar os capitais com os quais cada geração prepara os trabalhos da geração seguinte.

No pensamento de Léon Duguit²⁸³ a propriedade é uma instituição jurídica que, atendendo a uma necessidade econômica, transforma a propriedade em função social, deixando, assim, de ser um direito individual para se transformar em uma função.

A profusão das idéias de León Duguit tomou corpo com a inclusão na Constituição de Weimar do princípio dos direitos sociais.

A esse respeito, afirma Rosah Russumano²⁸⁴ que a cultura jurídica ocidental, acatando o direcionamento da Lei Suprema de Weimar de 1919, acolheu os direitos sociais e que este acolhimento não foi a negativa dos direitos individuais. Defende, também, a idéia de que os direitos individuais foram, por vezes, comprimidos e, em contra partida, outros foram alterados, atribuindo-se-lhes, funções sociais. Esse fato, conclui, Russumano, deu-se também com o conceito de direito de propriedade, que se revestiu de novas conotações, vindo a expressar não apenas um direito, mas, antes, um direito dever. Finalizando, afirma que a realidade jurídica, ao evolver do liberalismo até os nossos tempos, amoldou-se, compatibilizando os conceitos de direito subjetivo e função.

Na década de 40, a Constituição Italiana incluiu o princípio da Função Social da propriedade. Esta inserção, afirma Pietro Perlingieri²⁸⁵,

²⁸³ DUGUIT, Léon – *Les transformations générales du droit privé*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920, pp. 147-178.

²⁸⁴ RUSSUMANO, Rosah. *Função Social da Propriedade*, RDA 75 p.263

²⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino/Jovene, 1971, p. 21

resultou numa fecunda contribuição da doutrina italiana para a constitucionalização do conceito de função social.

Contempladas as disposições relativas à propriedade, na Constituição Italiana, no capítulo das relações econômicas e não no dos direitos fundamentais, ficou demonstrado, não uma visão jurisnaturalista, como expressão de direito de personalidade do sujeito, como pessoa, mas sim, o perfil econômico do conceito de direito de propriedade.

O ponto primordial da teoria defendida por Duguit é a negativa dos direitos subjetivos do indivíduo sem que, com isso, se negue a existência da propriedade.

A teoria de Léon Duguit²⁸⁶ pode ser definida por duas proposições, a saber: - o proprietário tem o dever de empregar a coisa que possui para a satisfação das suas necessidades individuais e, especialmente, de empregá-las no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Não se pode esquecer que a intensidade da divisão social do trabalho está em razão direta da intensidade da atividade individual; - o proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a sua coisa para a satisfação de necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias.

²⁸⁶ DUGUIT, Léon – *Les transformations générales du droit privé*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920, pp. 165-166. “ ...1. Le propriétaire a le devoir et partant le pouvoir d’employer la chose qu’il détient à la satisfaction de besoins propres, d’employer la chose au développement de son activité physique, intellectuelle et morale. Qu’on n’oublie pas en effet que l’intensité de la division du travail social est en raison directe de l’intensité de l’activité individuelle. 2. Le propriétaire a le devoir et partant le pouvoir d’employer sa chose à la satisfaction de besoins communs, des besoins d’une collectivité nationale tout entière ou de collectivités secondaires.”

Como foi dito anteriormente, não se vê na teoria de Duguit a negativa da propriedade e sim a sua adequação a um interesse que sobressai aos interesses individuais. Há, sem dúvida, a defesa da prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Vislumbra-se a imposição de nova visão do direito de propriedade, longe do entendimento romano do absolutismo do conceito e fulcrado no exercício livre do direito de propriedade, limitada esta liberdade a um fim de utilidade coletiva.

Ensina Ruiz²⁸⁷ que a vida comunitária faz os homens interdependentes e seus direitos não absolutos, mas sim relativos, resultando na necessidade de se criar limites sociais, sem os quais não seria possível a ordem comunitária, a liberdade, o exercício de direitos e o cumprimento dos deveres sociais. Assim, continua Ruiz, não existe nenhuma inconveniência em se ver a propriedade como um direito subjetivo, dinâmico e funcional. As idéias de propriedade como direito subjetivo e função social não se contrapõem, muito pelo contrário, se completam.

Ainda a respeito das idéias de Léon Duguit, Costa²⁸⁸ ressalta que, partindo do pressuposto doutrinário de que a propriedade não é um direito, mas a própria coisa, não seria o proprietário titular de um direito subjetivo de propriedade em relação a terceiro, mas, tão-somente titular de um direito objetivo que o protegeria, fundado numa regra social, das

287 RUIZ, Miguel Angel Nuñez. *Derecho Urbanístico Español*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1967, p. 256. “La vida comunitaria hace a los hombres interdependientes y sus derechos no absolutos, sino relativos, es decir, crea limites sociales, sin los cuales no serian posibles el orden comunitario y la libertad, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes sociales. En consecuencia, no hay inconveniente em ver la propiedad como un derecho subjetivo, dinámico o funcional. Ideas que no contraponem, antes bien se complementan”

288 COSTA, Moacir Lôbo da.- *A propriedade na doutrina de Duguit*, RF 153. Ano 51. Rio de Janeiro, Forense, 1954, p.31.

perturbações realizadas por terceiros que podem por em risco o uso e gozo do bem.

Duguit, coerentemente com os postulados filosóficos do positivismo de Augusto Comte, em que assentou os fundamentos de sua doutrina, passou ao desenvolvimento da conseqüência lógica daquele princípio de que a propriedade não é um direito subjetivo e que há, para todo detentor de riqueza, a obrigação de empregá-la de acordo com sua finalidade, aumentando a interdependência social, visto que a propriedade é uma função social, podendo o detentor da riqueza realizar um certo trabalho no sentido de aumentar a riqueza geral, fazendo valer o capital que possui.

Impossível é desconhecer que a função, aqui compreendida no âmbito do direito, seria o exercício, no interesse de terceiro, de um poder de que se dispõe, exclusivamente para os efeitos de cumprir o dever de atender determinada finalidade legalmente estabelecida, como ensina Bandeira de Mello²⁸⁹.

No caso da atribuição de uma função social à propriedade pela Constituição, mesmo a nível programático, modifica-se a relação do proprietário com a coisa. Este passa a ter ao lado dos direitos de usar, gozar, dispor e reaver a propriedade, a função de atuar, ao lado do Estado, como um gestor da coisa que interessa a toda a coletividade. Com o reconhecimento da função social da propriedade, passa o seu senhor a condicionar o exercício das prerrogativas de proprietário ao atendimento de interesses de toda uma coletividade, da qual é integrante.

289BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1986, p. 21

A função social da propriedade, no entender de Ballarin Marcial²⁹⁰, consiste numa série de obrigações, encargos, limitações, estímulos e ameaças que formam parte da regulamentação do direito de propriedade para serem cumpridos neste princípio. A função social da propriedade não se ajusta a um só recurso de técnica jurídica: é todo um complexo de recursos, mediante os quais, de forma direta ou indireta, o proprietário é levado ao campo da função social.

Assevera Moraes²⁹¹, que a função social da propriedade não é, senão o concreto modo de funcionar da propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposições de obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para a satisfação de uma necessidade social, temporal e espacialmente considerada.

No aspecto da ordem jurídica brasileira, pode-se enfatizar que função social da propriedade na Constituição de 1988, bem como se fez nas outras duas últimas Cartas Constitucionais, erigiu a propriedade a um direito fundamental, incluindo-o em seu catálogo.

Tepedino²⁹² defende que a inclusão da função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais teve como significado a caracterização como direito fundamental, apto a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência,

290 MARCIAL A . Ballarin, " *Função social da terra*". Revista de Direito Agrário No. 12. Edição Especial, ano 10, Brasília, INCRA, 2^o. semestre/94, pp. 34- 46.

291 MORAES, José Dias de. Obra citada, p. 111

292TEPEDINO, Gustavo, *A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)*, Revista Forense, v. 302, 1989, p. 76.

todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico.

É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo, garantindo, desta forma, o direito de propriedade desde que vinculado ao exercício de sua função social.

O conceito de função social aplicado à propriedade pela Constituição está ligado ao respeito à dignidade da pessoa humana, à contribuição para o desenvolvimento nacional, bem como à diminuição da pobreza e das desigualdades sociais, como pensa Gondinho²⁹³

Na mesma linha de pensamento, defende Aronne²⁹⁴ quando traça um paralelo entre a função social da propriedade e o princípio da igualdade, que a Constituição não seria apenas de um Estado Democrático de Direito, mas também de um Estado Social e, assim, o princípio da igualdade alcançaria o sentido de igualdade de oportunidades e condições reais de vida. Neste ponto de vista, o princípio da igualdade traduz princípio impositivo de uma política de justiça social, de acesso à cultura, saúde, erradicação da miséria, e outras, como contraponto jurídico-constitucional impositivo de compensações de desigualdade de oportunidades e como sancionador da violação de igualdade por comportamento omissivo, passível de declaração de inconstitucionalidade.

293GONDINHO, André Osório. *Função Social da Propriedade. Problemas de Direito Civil-Constitucional*, organização Gustavo Tepedino, São Paulo, Editora Renovar, 2000, p. 413.

294ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 199-204.

Aponta, ainda, Aronne que nesse contexto, acima referido, o princípio da função social da propriedade vem a densificar o princípio da igualdade, cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, de par com a inclusão da propriedade privada no rol dos direitos e garantias fundamentais, quando atendida a sua função social, também fixou critérios objetivos para a sua classificação na propriedade urbana e rural.

No tocante à propriedade urbana, a Constituição Federal atrela o preenchimento da função social ao atendimento dos preceitos contidos no plano diretor da cidade. Permite a utilização de mecanismos legais capazes de obrigar o proprietário a adequar a sua propriedade às normas de organização da cidade. Os mecanismos de coerção – parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, desapropriação com pagamento mediante títulos públicos - são poderosos instrumentos para efetivação da função social da propriedade.

Os mecanismos de coerção contidos no artigo 182, parágrafo 4º. da Constituição Federal²⁹⁵ foram regulamentados pela Lei Federal nº

²⁹⁵ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

10.257/01 que, após mais de uma década, vem possibilitar a efetivação do dispositivo constitucional referente a função social da propriedade urbana.

A referida lei 10.257/01, regulamentando o artigo 182, parágrafo 4o. da Constituição Federal, define a subutilização do solo urbano como sendo aquele aproveitamento inferior ao mínimo definido pelo plano diretor ou por legislação municipal dele decorrente.

Aponta, ainda, a citada lei 10.257/01 a necessidade da notificação do proprietário para adequar o uso de sua propriedade urbana às disposições do plano diretor, apontando seu procedimento os prazos e, também a necessidade de averbação da referida notificação no registro de imóveis.

É aspecto a se ressaltar, a disposição contida no artigo 6o. da lei 10.257/01²⁹⁶ que considera uma obrigação *propter rem* a notificação referente a parcelamento, edificação ou utilização de solo urbano, obrigando, assim, o sujeito do direito de propriedade do solo urbano, sendo indiferente, para a sua exigibilidade, as situações de alienação, seja *causa mortis* ou *inter vivos*.

Com relação ao IPTU (imposto sobre a propriedade territorial urbana) progressivo no tempo, aplica-se, na forma do artigo 7o. da lei 10.257/01²⁹⁷, como sanção ao descumprimento das imposições relativas ao

²⁹⁶ Art. 6º A transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei, sem interrupção de quaisquer prazos.

²⁹⁷ Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana

parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano, tendo sido fixado a alíquota máxima de 15% (quinze por cento) e a sua cobrança, decorrido cinco anos do prazo assinalado para edificar, parcelar ou utilizar o imóvel, até a utilização pelo poder público da desapropriação-sanção.

No tocante à hipótese de desapropriação-sanção, deve ser enfatizado o aspecto da forma de pagamento que se dará por títulos da dívida pública, bem como, o relativo ao valor real da indenização. A este respeito, laborou bem o legislador quando fixou que a indenização refletirá o valor da base de cálculo do IPTU (imposto sobre a propriedade territorial urbana), descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo poder público na área aonde se localiza o imóvel a ser desapropriado.

Ainda referente à desapropriação-sanção, verifica-se que a sua ocorrência não retira a obrigatoriedade da adequação do imóvel ao disposto no plano diretor, seja pelo poder público ou pelo particular que o adquire do ente público.

Retomando os critérios de atendimento da função social pela propriedade urbana, verifica-se que eles estão contidos no plano diretor que, sem dúvida, avançou com a lei 10.257/01 que favorecerá ao município exigir do proprietário urbano a adequação de sua propriedade às normas

(IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. § 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento. § 2º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º. § 3º É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

estatuídas pelo plano diretor e, conseqüentemente, o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Por fim, a respeito da função social da propriedade urbana, estabelece o artigo 39 da citada lei 10.257/01²⁹⁸ que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às disposições do plano diretor e assegura o atendimento das necessidades dos cidadãos, da qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.

Os critérios fixados para a propriedade rural estão dispostos no artigo 186 da Constituição Federal²⁹⁹ e se resumem aos seguintes requisitos: - aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

De par com a fixação dos critérios objetivos para o atendimento da função social pela propriedade rural contidos no artigo 186 da Constituição Federal, merece uma análise o conteúdo do artigo 185 da

²⁹⁸ Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei

²⁹⁹ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Constituição Federal³⁰⁰ quando afirma que será insusceptível de desapropriação para fins de reforma agrária a propriedade produtiva sem se referir ao cumprimento da função social na forma do citado artigo 186.

Nesse raciocínio, seria o caso de se perguntar se a propriedade rural que utiliza trabalho escravo, por exemplo, embora classificada como produtiva, estaria imune à desapropriação-sanção com pagamento em títulos da dívida pública, mesmo sem atender aos critérios da função social descritos no artigo 185 da Carta Magna.

A este respeito, entende José Afonso da Silva³⁰¹ que a proibição de desapropriação de propriedade produtiva, para fins de reforma agrária, com pagamento de indenização mediante título da dívida pública seria absoluta, sendo inútil procurar interpretação diferente com base em desejos individuais.

Contrariamente ao entendimento de José Afonso da Silva, é defensável que a Constituição deva ser interpretada de forma sistemática e não de forma estanque, aos pedaços. Assim, é fato incontroverso, que o princípio da função social da propriedade inserido dentre os direitos e garantias fundamentais atua dentro de todo o ordenamento jurídico e não apenas para indicar critérios de classificação das propriedades urbana e rural.

³⁰⁰ Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;II - a propriedade produtiva.

³⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 16a. Edição, São Paulo, Malheiros,1999, p. 794.

No mesmo entendimento, afirma Gondinho³⁰² que a Constituição deve ser interpretada à luz de seus princípios informativos. Qualquer interpretação dissonante representaria uma violação aos fundamentos da República brasileira e aos seus objetivos fundamentais. Continuando, afirma, ainda, que não se constrói uma sociedade justa e solidária, erradicadora da pobreza e promotora do bem comum, com soluções patrimonialistas, desprovidas das garantias existenciais asseguradas pela Constituição Federal em seus princípios básicos.

O atendimento à função social pela propriedade privada é princípio constitucional e, como tal, deve se fazer refletir em todo o tecido constitucional, sendo inaceitável a interpretação estanque que conduz ao entendimento de que a propriedade produtiva, mesmo quando em desacordo com os dispositivos contidos no artigo 186 da Constituição Federal possa ser considerada como atendente da função social e, assim, inatingível pela desapropriação-sanção na forma do artigo 184 da Carta Magna.

Por fim, ressalte-se que ao contrário do entendimento no sentido de que a exigência do cumprimento da função social da propriedade não é a sua negativa, nem, tampouco, uma limitação ao direito de propriedade. Pelo contrário, é a garantia do seu exercício de forma a atender aos anseios coletivos.

Neste sentido, destaque-se o entendimento de Komparato³⁰³ afirmando que quando se fala em função social da propriedade não se

302Obra citada, p. 415.

303KOMPARATO, Fábio. *Função social da propriedade dos bens de produção*, Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1986, v.63, p. 75.

indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas restrições são limites negativos aos direitos do proprietário. A noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objeto. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*: o que não significa a impossibilidade de harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, diante de interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

7.2- natureza jurídica da função social da propriedade

A busca pela definição da natureza jurídica da função social da propriedade se restringe a responder a seguinte questão fundamental: seria a função social um aspecto exterior ou interior do conteúdo da estrutura do direito de propriedade?

A escolha dentre as duas correntes que definem a natureza jurídica da função social da propriedade tem especial interesse para a preservação do patrimônio cultural, especialmente, no que se refere à possibilidade de indenização em virtude da incidência de normas que limitem o exercício de prerrogativas do proprietário de bens de interesse cultural, na exata proporção em que, optando por entender a função social como elemento interno do conteúdo do direito de propriedade, as normas que limitam o direito de propriedade em face do interesse do patrimônio cultural seriam encaradas como um aspecto conformador ou aclarador, na afirmação de Fernandez³⁰⁴, dos limites contidos no artigo 216 da Constituição Federal referente a proteção do patrimônio cultural, ou, então, ao contrário, optando pelo entendimento de que a função social seria elemento externo ao conteúdo do direito de propriedade, as normas que determinem limitações às prerrogativas do proprietário seriam encaradas como restritivas de um direito, possibilitando, assim, a indenização ao proprietário de bem de interesse cultural em vista da violação do conteúdo do seu direito de propriedade, igualmente ao que sucede nos casos de desapropriação.

³⁰⁴ Obra citada, p. 189.

Não há dúvida de que o direito de propriedade é um direito fundamental nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, nem muito menos, se pode questionar o evidente *estreitamento dos poderes, faculdades e competências que lhes eram tradicionalmente afiançados*³⁰⁵ e que devem ser exercidos de acordo com a Constituição Federal e as leis ordinárias que conformam o direito de propriedade influenciados pelas idéias de um Estado Social.

No entanto, resta saber se este estreitamento dos poderes, faculdades e competências relativa ao direito de propriedade, advém da Constituição Federal, quando afirma que a *propriedade atenderá a sua função social*³⁰⁶ ou da lei ordinária a quem o constituinte teria outorgado a tarefa de promover, ao conformar o direito, as restrições ao seu exercício.

Afirma Fernandez³⁰⁷, referindo-se ao direito português, que a questão da natureza jurídica da função social restringe-se a averiguar se a função social que o direito de propriedade privada desempenha na ordem jurídica constitucional *e da qual decorrem seus vínculos constitui uma peça estrutura dos direitos em causa* (no caso, o direito de propriedade), *ou, se pelo contrário, se trata antes de um elemento externo de natureza finalística, manifestado pela lei.*

Há uma corrente doutrinária que defende a função social como um elemento inerente ao próprio direito de propriedade na proporção em que lhe impunha limites que encontra sua fonte na Constituição Federal, ou seja, a propriedade reconhecida pela ordem jurídico-constitucional seria

³⁰⁵ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira – *Direito ao ambiente e propriedade privada) aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 188.

³⁰⁶ Artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

³⁰⁷ Obra citada, p. 188-189.

aquela que atendesse a função social e, assim, no que se refere aos bens culturais, o cumprimento da função social pelo proprietário se daria por ocasião do exercício das prerrogativas em atendimento às normas constitucionais que garantem o direito ao patrimônio cultural preservado como uma garantia fundamental.

Assim, a imposição de limites ao direito de propriedade, no entendimento de Perlingieri³⁰⁸ seria algo que estaria dentro da estrutura do conteúdo do direito de propriedade e que a inclusão destes limites seria algo compatível com qualquer direito subjetivo, vez que outras situações jurídicas, além da propriedade privada, têm limites, vínculos e ônus os quais fazem parte daquela situação jurídica subjetiva complexa, incidindo sobre o interior do conteúdo e não no exterior.

A idéia de que, por força da ordem constitucional, a propriedade nasce limitada é assente na doutrina italiana, como se pode ver nas palavras de Rodotà³⁰⁹ quando afirma que o conceito de função social é um conceito válvula ou um conceito elástico, tradutor de uma utilidade social, e não uma norma “ *in bianco* ”, pelo fato de conter, nela mesmo, critérios e momentos de ação que necessitam ser tornados mais explícitos.

³⁰⁸ “*La teoria dei limiti non è qualcosa che sta al fuori della struttura della proprietà, non è un profilo esterno alla proprietà, ma costituisce uno dei più pregnanti contenuti del diritto di proprietà. Questo stesso discordo può esser fatto, del resto, per qualsiasi diritto soggettivo: anche altre situazioni giuridiche hanno limiti, vincoli, oneri, i quali fanno parte di quella situazione giuridica soggettiva complessa, incidendo sul contenuto dall'interno e non dall'esterno*” PERLINGIERI, Pietro – **Introduzione alla Problematica della “Proprietà”**. Nápoles, Scuola di Perfeizoamento in Diritto Civile, Università degli studi di Camerino, E.S.I, 1982, p. 121.

³⁰⁹ “*Tra questi concetti valvola o concetti elastici riteniamo debba trovar posto quello di utilità sociale: il margine di indeterminatezza che, nonostante l'analisi sopra condotta, esso continua a mantenere, dipende proprio da questa sua natura. Così intesa, la formula sociale non può essere degradata a mera “ norma in bianco”. Essa contiene già in sé criteri e momenti dell'azione, che bisognerà soltanto rendere espliciti: in ciò differenziandosi anche dai casi di delega alla discrezionalità, nei quali è possibile scegliere tra più soluzioni, a seconda dell'opportunità dettata dal caso singolo. Evidentemente, l'esistenza di tale concetto elastico ao livello costituzionale può importare delle differenze dalla operatività consueta di questi concetti nell'ambito privatistico, non esaurendosi nel profilo interpretativo, ma comprendendo anche l'eventuale svolgimento di attività legislativa*” - RODOTÀ, Stefano – **Note critiche in tema di proprietà**, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano XIV, Milano, Dott. A. Giuffrè- Editore, 1960, pp. 1285-1287.

Igualmente a Rodotá, sustenta Correia³¹⁰, que a função social, no tocante a sua natureza, deve ser encarada como um elemento interno do conteúdo, ou ainda como *elemento da própria estrutura do direito*, contrapondo ao entendimento de que a função social seria um elemento externo ao direito.

A doutrina alemã, afirma Brünneck³¹¹ defende, mais recentemente, um alargamento da vinculação social, nome, também, utilizado para traduzir a função social, motivado pela mudança do contexto econômico, social e político da garantia do direito de propriedade, fundamentando, tal afirmação, no fato de que somente com este esforço (alargamento da vinculação ou função social) se poderá garantir a “*capacidade funcional do sistema econômico e ter protegida a liberdade do particular e mantida a paz sócia l*”. Conclui, ainda, Brünneck asseverando que “*a extensão da vinculação social apresentar-se-ia como parte de um processo de modificação a longo prazo na relação entre o Estado e a sociedade*”.

A respeito da idéia da função social como elemento interno do conteúdo do direito de propriedade vale ressaltar a lição de Miranda³¹² quando defende a desnecessidade da alusão expressa do termo “função social” ao tratar do direito de propriedade, baseado no fato de que tal direito estaria, na ordem constitucional portuguesa, inserido num contexto mais amplo constituído pelos princípios que fundamentam o Estado Democrático português³¹³, nomeadamente, o referido a realização

³¹⁰ Correia, Fernando Alves – *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 319.

³¹¹ BRÜNNECK, Alexander V. – *Die eigentums-garantie des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 336 (tradução de Correia, Fernando Alves, in *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, página 321)

³¹² MIRANDA, Jorge - *Manual de direito Constitucional*, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 443.

³¹³ Constituição da República Portuguesa - Artigo 2.º(Estado de direito democrático) A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de

econômica, social e cultural e, ainda, o princípio disposto no artigo 9º. da Constituição portuguesa³¹⁴ que estabelece a igualdade real entre os portugueses.

Ainda com referência a doutrina portuguesa, é pacífico que mesmo na ausência de norma constituição expressa que vincule o direito fundamental da propriedade provada ao atendimento da função social, existiria, no dizer de Fernandez³¹⁵, “*a obrigação jurídica do proprietário exercer o seu direito em conformidade com a função social da propriedade, pois o mesmo só é constitucionalmente garantido enquanto ainda puder ser reconduzido a uma forma legítima de utilização da propriedade, isto é, a uma forma que ainda revele de algum modo, a função social da mesma. O exercício de tal direito em manifesta contrariedade do fim constitucionalmente incluído em tal direito fundamental revestiria a qualidade de abuso de direito. Paralelamente às leis que de alguma forma procedem a intervenções no âmbito e no conteúdo do direito de propriedade privada, não pode, prima facie, ser atribuído um sentido restritivo, mas, antes um sentido meramente conformador ou aclarador das limitações constitucionalmente introduzidas*”.

Retomando a questão inicial sobre a busca da natureza jurídica da função social da propriedade, pode-se afirmar que seu papel diante do direito de propriedade, na forma preceituada na Constituição Federal, seria compatível com o caráter estrutural, condição de elemento interno, do direito fundamental à propriedade privada.

expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. Fonte: www.presidencia-republica.pt. Acesso em 28.08.2003.

³¹⁴ Constituição da República Portuguesa -Artigo 9.º(Tarefas fundamentais do Estado) São tarefas fundamentais do Estado:..... **d)** Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação/modernização das estruturas económicas e sociais; Fonte: www.presidencia-republica.pt. Acesso em 28.08.2003.

³¹⁵ Obra citada, p. 199.

Por fim, pode-se afirmar que por força do princípio republicano e democrático que fundamenta o Estado brasileiro, seria a propriedade privada submetida, quanto ao exercício de suas prerrogativas pelo proprietário, a obrigação de atender a função social como condição de seu reconhecimento pelo Estado e, ainda, ser exercida em atendimento aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, especialmente, quando o direito de propriedade privada tiver de ser exercido sobre objetos que tenham valor cultural e, por este fato, interessem a coletividade como forma de manutenção da sua identidade cultural.

Conclusões:

1. O conceito de patrimônio cultural abrange aspectos privatistas fundamentais, como o conceito de propriedade, e exige atuação do Estado na preservação da memória coletiva, importando em incursões a matérias afeitas ao direito privado, no caso o direito civil, bem como ao direito constitucional e ao administrativo, ao direito público, portanto.
2. O problema central do direito do patrimônio cultural é a construção de um conceito unindo o direito, a teoria do patrimônio e a filosofia da cultura, que não se perca em definições jurídicas longas, não se abstraia dos aspectos relacionadas a cultura, e que envolva a questão do patrimônio e do conceito de propriedade.
3. A ausência de um conceito constitucional de patrimônio cultural, apesar da indicação dos elementos que o compõem, tais como, identidade cultural, memória, dentre outros, fortalece o entendimento de que sua construção é uma atividade interdisciplinar e não é tarefa exclusiva e autônoma da lei.
4. À definição de bens culturais é prescindível o *valor* da coisa, como forma de traduzir a memória de um povo, aspectos que os diferenciam dos demais bens.
5. O valor da coisa, para efeitos culturais, é o elemento que caracteriza o objeto como bem cultural, sendo a sua material ou imaterial elemento utilizado para a sua subclassificação dentro os bens culturais e para imposição de providências para a sua preservação.

6. Os bens culturais, quanto a natureza jurídica, são considerados uma categoria homogênea, unitária, reunindo o valor cultural, objeto de tutela estatal, a ser exercido sobre bens, sejam públicos ou privados, sem com eles se confrontar, favorecendo ao cidadão o desfrute dos valores culturais tutelados.

8. Nos bens culturais o elemento material – a coisa ou bem - tem o papel de suporte ou de base sobre o qual podem incidir outros direitos, além do direito relativo aos bens culturais, considerado como bem imaterial sendo marcado, também, pelo fato de estarem à disposição do público para usufruto, marca de sua publicidade.

9. A evolução do conceito de patrimônio cultural no Brasil é marcada por vários fatos políticos e culturais da história do país, especialmente, a Semana de Arte Moderna de 1922 e o Estado-Novo, confundindo-se e entrelaçando-se com a história do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- SPHAN, com especial relevo, durante determinado período, com a trajetória de vida de intelectuais como Rodrigo Melo Franco de Andrade, Gustavo Capanema e Aloísio Magalhães.

10. O Decreto-Lei No. 25/37 deixa transparecer, de forma clara, a visão da época a respeito do patrimônio cultural restrito aos bens móveis e imóveis que traduzissem interesse público por sua vinculação com fatos memoráveis da história do Brasil ou pelo excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, excluindo os bens imateriais.

11. Foi determinante, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei 25/37 produzido por Rodrigo Melo Franco de Andrade, a colaboração de Mário

de Andrade na elaboração de um anteprojeto de lei para criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, encomendado pelo Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema, por uma concepção de patrimônio extremamente avançada para o seu tempo, antecipando a importância da preservação dos bens culturais imateriais.

12. O anteprojeto de Mário de Andrade foi marcado pelo perfeccionismo na elaboração do texto, chegando a particularidade de apontar soluções para dúvidas que pudessem surgir a partir de suas sugestões contidas no texto, além de traçar um plano quinquenal de montagem e funcionamento do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional.

13. As idéias de Mário de Andrade a respeito do patrimônio cultural diferenciava-se do produzido por Rodrigo Melo Franco de Andrade expostas no Decreto-Lei 25/37 em vários aspectos, dentre eles, pelo fato do primeiro contemplar dentre os objetos de preservação a arte popular, incluindo o folclore, contos, danças, histórias populares, lendas, superstições, medicina, provérbios, ditos, danças dramáticas, dentre outros.

14. A fase inicial de funcionamento do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional foi marcada pelo tombamento de bens em que considerava muito mais o valor estético e se chegava quase a desprezar o valor histórico.

15. Os movimentos políticos dos anos 60 do século XX, nomeadamente, a criação dos Centros de Populares de Cultura (CPCs), a aplicação do método de educação de Paulo Freire, o papel político de certos segmentos da Igreja Católica, denominados de progressistas, a organização operária, bem como as ligas camponesas, que tinham como objetivo a difusão do conceito de

cidadania, marcaram o início da construção do atual conceito de patrimônio cultural.

16. A fusão do SPHAN com o Programa de Reconstrução das Cidades Históricas (PCH) e o Centro Nacional de Referência Nacional(CNRC), ocorrida no ano de 1979 foi decisiva para redirecionar o trabalho do IPHAN e contribuir para a construção do atual conceito de patrimônio cultural.

17. As circunstâncias políticas da época da criação do SPHAN, sua condução durante várias décadas sob a influência da marca pessoal de seu primeiro dirigente, a coincidência entre a consagração de obras e monumentos e a história que interessavam à elite intelectual da época e os movimentos sociais e políticos a partir da década de 70 de século passado, foram propícias a novas reflexões sobre o conceito de patrimônio cultural.

18. A participação das forças dos partidos de esquerda, dos grupos intelectuais, dos órgãos de cultura, durante a Assembléia Constituinte, contribuiu para um tratamento do patrimônio cultural pela atual Constituição Federal, marcado por conteúdo mais dinâmico, mais vivo, mais popular e, acima de tudo, favorecendo ao exercício da cidadania, processo que vinha sendo construído a partir dos anos 70.

19. As mudanças conceituais sofridas pelo patrimônio cultural, não foram suficientes para torná-lo um conceito acabado, uma vez que a sua utilização, principalmente, pelos operadores do direito, não pode se reduzir a mera aplicação de disposição da letra constitucional, olvidando que a preservação do patrimônio cultural é uma forma de exercício da cidadania e uma expressão da democracia.

20. Pelo disposição do artigo 216 da Constituição Federal, verifica-se ter o constituinte optado pela inclusão no contexto do patrimônio cultural os bens de natureza material e imaterial, colocando o texto constitucional brasileiro em sintonia com a teoria moderna de patrimônio cultural.

21. A exigência enumeradas nos incisos I a VI do artigo 216 da Constituição Federal no sentido de que as manifestações a serem tuteladas pelo Estado brasileiro tenham referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira se conforma com os princípios constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o princípio republicano, traduzido pela prevalência da vontade do povo na condução da nação e também com o princípio da dignidade da pessoa humana que garante ao cidadão a preservação da sua identidade cultural.

22. Partindo do disposto no inciso IV do artigo 216 da Constituição Federal que aponta como objetos formadores do patrimônio cultural as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, é possível incluir o tombamento de uso, dentre as formas de preservação adotada pela Constituição, por preservar os espaços destinados às manifestações artístico-culturais, apesar de ausentes características arquitetônicas que mereçam preservação, mas, por serem espaços públicos que marcaram a história da sociedade brasileira, como local de profusão de espetáculos artístico-culturais.

23. O tombamento de uso seria constitucionalidade, na medida em que estariam presentes os seguintes fatores: o exercício do direito à propriedade, bem como a integralidade dos elementos constitutivos do

domínio estão submetidos ao princípio constitucional da função social da propriedade; a proteção do patrimônio cultural pode-se dar por várias formas, incluindo o tombamento, sendo opção do poder público a forma mais adequada, desde o simples registro até a aquisição da propriedade do bem de interesse cultural; o tombamento é uma limitação ao direito de propriedade e não retira do proprietário qualquer dos poderes inerentes ao domínio, ao contrário da proteção ao patrimônio cultural na forma de desapropriação em que o Estado retira, mediante indenização, todos os poderes inerentes a propriedade assumindo o domínio da coisa; e, por último, o tombamento de uso não ofende ao princípio constitucional da propriedade, pois não retira o direito do proprietário de usar a coisa, apenas, atendendo a uma vontade coletiva, impõe certa conduta ao proprietário para o exercício do seu direito.

24. A distribuição de competências pela Constituição Federal em matéria de patrimônio cultural se refere somente a competência comum e competência concorrente, respectivamente, nos artigos 23 e 24.

25. É possível ao município legislar sobre matéria de patrimônio cultural, desde que exista um patrimônio cultural localizado no município e que diga respeito a história política e social daquela coletividade.

26. Pela evolução conceitual dos direitos fundamentais pode-se constatar a preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana contra os perigos que resultam das estruturas de poder na sociedade.

27. A interpretação sistemática do texto constitucional unindo o disposto no parágrafo segundo do artigo 5º ao inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, possibilita concluir que o direito ao patrimônio cultural

brasileiro, definido pelo artigo 216 da Carta Constitucional, é direito análogo aos direitos e garantias fundamentais, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, base da República Federativa do Brasil, que garante o direito à preservação da identidade cultural do indivíduo, bem como, dos valores materiais e imateriais relacionados às ações e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

28. A origem da propriedade como instituição é justificada por meio de teorias que atribuem sua criação desde a vontade divina, passando pela valorização econômica até uma concepção materialista.

29. Procede a idéia de que a relação entre o direito de propriedade e a proteção do bem como valor cultural, ante a nova perspectiva de uma teoria do Direito Civil, possui como fundamento tanto a base objetiva – a bipolaridade da relação – como a subjetiva, caracterizada no sentimento do outro pólo – a sociedade – em direção ao bem sobre o qual recai inexoravelmente um direito de propriedade concreto.

30. É preceito constitucional explícito o direito de propriedade como um direito e garantia fundamental, na forma contida no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, qualidade que se espalha por todo o tecido constitucional e infraconstitucional.

31. Na interpretação do artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal – direito de propriedade como direito fundamental – constata-se, com relação a este direito, a existência de uma garantia institucional e individual da propriedade privada.

32. O aspecto da garantia institucional ou dimensão objetivo-institucional diz respeito exclusivamente ao legislador, impondo-o a proibição de abolir o direito de propriedade e o dever de produzir normas que permitam caracterizar como um direito individual a “propriedade privada”, possibilitando a sua existência, o acesso à todos e a capacidade funcional, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual.

33. É fato que tanto a proibição, quanto o dever atribuído ao legislador no que se refere a garantia institucional, não se restringe aos atos do poder legislativo, ao contrário, além destes, também inclui os atos regulamentares que, de qualquer forma, conformam o direito de propriedade.

34. A dimensão objetivo-institucional da propriedade que proíbe a expedição de normas legais tendentes a abolir a “*propriedade privada*” não tem o condão de submeter toda e qualquer propriedade a um domínio privado, vez que a proibição do legislador em exarar normas atinentes a eliminação da propriedade privada e a garantia da propriedade como instituto jurídico não impede a existência de certos tipos ou classes de bens insusceptíveis de apropriação privada.

35. A dimensão subjetiva-individual o direito de propriedade pretende assegurar ao titular dos bens o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade – usar, gozar, dispor e reaver, favorecendo ao proprietário o direito de exercer suas prerrogativas inerentes a propriedade, de forma plena, de acordo com a conformação estipulada pela legislação ou, ao contrário, na impossibilidade de exercê-los, ter ao seu alcance as garantias processuais e patrimoniais para garantir o exercício de suas prerrogativas ou, no caso extremo, a garantia da justa indenização.

36. O legislador deve respeitar o conteúdo fundamental da garantia da propriedade, nas suas vertentes – institucional e individual e, ainda, os princípios da igualdade, da proporcionalidade na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade que possam ocasionar o conflito entre o direito fundamental à propriedade privada e, especialmente, o que garante o patrimônio cultural preservado.

37. O direito do patrimônio cultural é um direito análogo aos direitos e garantias fundamentais, sendo possível delinear o conteúdo e os limites do direito de propriedade com o estabelecimento de condicionamentos e limitações atinentes a preservação dos bens de interesses do patrimônio cultural.

38. A delimitação do conteúdo do direito de propriedade por meio de condicionamentos e limitações favorece, no tocante aos bens de interesse do patrimônio cultural, a uma compatibilização entre os dois direitos fundamentais – o de propriedade e do patrimônio cultural resultando na imposição de restrições ao exercício das faculdade inerentes à propriedade em nome da proteção dos bens de interesse cultural.

38. Considerando, como referência o tombamento, é possível afirmar-se que, dentre as formas de preservação descritas no artigo 216 da Constituição Federal, excetuando-se, por sua natureza, a desapropriação, impõem-se ao proprietário a obrigação de suportar o sacrifício ao seu direito de propriedade por se tratar o direito ao patrimônio cultural preservado de um direito e uma garantia fundamental que, ao conflitar com o direito à propriedade privada, deve prevalecer.

38. A suportabilidade de sacrifícios ao direito de propriedade pelo proprietário de bens de interesse do patrimônio cultural encontra fundamento na prevalência do direito ao patrimônio cultural preservado quando em conflito com o direito de propriedade, ambos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

38. A exigência do cumprimento da função social da propriedade não é a sua negativa, nem, tampouco, uma limitação ao direito de propriedade, mas, sim, uma garantia do seu exercício de forma a atender aos anseios coletivos.

39. Pode-se afirmar que por força do princípio republicano e democrático que fundamenta o Estado brasileiro, seria a propriedade privada submetida, quanto ao exercício de suas prerrogativas pelo proprietário, a obrigação de atender a função social como condição de seu reconhecimento pelo Estado e, ainda, ser exercida em atendimento aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, especialmente, quando o tal direito for exercido sobre objetos que tenham valor cultural e, por este fato, interessem a coletividade como forma de manutenção da sua identidade cultural.

ANEXO I

Decreto-Lei No. 25, de 30 de novembro de 1937 que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

DECRETO-LEI Nº 25, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1937.

Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição,

DECRETA:

CAPÍTULO I

DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL

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.

Art. 2º A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

Art. 3º Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira:

1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;

2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;

3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário;

4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;

5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;

6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

Parágrafo único. As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

CAPÍTULO II

DO TOMBAMENTO

Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.

2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;

3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;

4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

§ 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.

§ 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.

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

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

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado. que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo

iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

Parágrafo único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.

CAPÍTULO III

DOS EFEITOS DO TOMBAMENTO

Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades.

Parágrafo único. Feita a transferência, dela deve o adquirente dar imediato conhecimento ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 12. A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado sofrerá as restrições constantes da presente lei.

Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis.

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.

§ 3º A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.

Art. 14. A coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

§ 1º Apurada a responsabilidade do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de cinquenta por cento do valor da coisa, que permanecerá sequestrada em garantia do pagamento, e até que êste se faça.

§ 2º No caso de reincidência, a multa será elevada ao dôbro.

§ 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.

Art. 16. No caso de extravio ou furto de qualquer objeto tombado, o respectivo proprietário deverá dar conhecimento do fato ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o valor da coisa.

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará

executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude êste artigo, por parte do proprietário.

Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que fôr julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dôbro em caso de reincidência.

Art. 21. Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

CAPÍTULO IV

DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.

§ 1º Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo.

§ 2º É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impôr a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias.

§ 3º O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 4º Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação.

§ 5º Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir.

§ 6º O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar êste prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 23. O Poder Executivo providenciará a realização de acôrdos entre a União e os Estados, para melhor coordenação e desenvolvimento das atividades relativas à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e para a uniformização da legislação estadual complementar sôbre o mesmo assunto.

Art. 24. A União manterá, para a conservação e a exposição de obras históricas e artísticas de sua propriedade, além do Museu Histórico Nacional e do Museu Nacional de Belas Artes, tantos outros museus nacionais quantos se tornarem necessários, devendo outrossim providenciar no sentido de favorecer a instituição de museus estaduais e municipais, com finalidades similares.

Art. 25. O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional procurará entendimentos com as autoridades eclesiásticas, instituições científicas, históricas ou artísticas e pessoas naturais o jurídicas, com o objetivo de obter a cooperação das mesmas em benefício do patrimônio histórico e artístico nacional.

Art. 26. Os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um

registro especial no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes outrossim apresentar semestralmente ao mesmo relações completas das coisas históricas e artísticas que possuem.

Art. 27. Sempre que os agentes de leilões tiverem de vender objetos de natureza idêntica à dos mencionados no artigo anterior, deverão apresentar a respectiva relação ao órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de incidirem na multa de cinquenta por cento sobre o valor dos objetos vendidos.

Art. 28. Nenhum objeto de natureza idêntica à dos referidos no art. 26 desta lei poderá ser posto à venda pelos comerciantes ou agentes de leilões, sem que tenha sido previamente autenticado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou por perito em que o mesmo se louvar, sob pena de multa de cinquenta por cento sobre o valor atribuído ao objeto.

Parágrafo único. A. autenticação do mencionado objeto será feita mediante o pagamento de uma taxa de peritagem de cinco por cento sobre o valor da coisa, se este for inferior ou equivalente a um conto de réis, e de mais cinco mil réis por conto de réis ou fração, que exceder.

Art. 29. O titular do direito de preferência goza de privilégio especial sobre o valor produzido em praça por bens tombados, quanto ao pagamento de multas impostas em virtude de infrações da presente lei.

Parágrafo único. Só terão prioridade sobre o privilégio a que se refere este artigo os créditos inscritos no registro competente, antes do tombamento da coisa pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 30. Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1937, 116º da Independência e 49º da República.

GETULIO
Gustavo Capanema.

VARGAS.

ANEXO II

Anteprojeto do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, encomendado pelo Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema, ao escritor Mário de Andrade

SERVIÇO DO PATRIMÔNIO ARTÍSTICO NACIONAL

CAPÍTULO I –

Finalidade: O serviço do Patrimônio Artístico Nacional tem por objetivo determinar, organizar, defender e propagar o patrimônio artístico nacional.

Ao SPAN, compete:

- I- determinar e organizar o tombamento geral do patrimônio artístico nacional;
- II – sugerir a quem de direito as medidas necessárias para conservação, defesa e enriquecimento do patrimônio artístico nacional;
- III- determinar e superintender o serviço de conservação e de restauração de obras pertencentes ao patrimônio artístico nacional;
- IV – sugerir a quem de direito, bem como, determinar, dentro de sua alçada, a aquisição de obras para o enriquecimento do patrimônio artístico nacional;
- V- fazer os serviços de publicidade necessários para a propagação e conhecimento do patrimônio artístico nacional.

CAPÍTULO II

Determinações preliminares

Patrimônio Artístico Nacional

Definição: Entende-se por Patrimônio Artístico Nacional todas as obras de arte pura ou arte aplicada, popular ou erudita, nacional ou estrangeira, pertencentes aos poderes públicos, a organizações sociais, a particulares nacionais e a particulares estrangeiros, residentes no Brasil.

Ao patrimônio Nacional pertencem:

- I – Exclusivamente as obras de arte que estiverem inscritas, individualmente ou agrupadamente, nos quatro livros de tombamento adiante designados. Estão excluídos do Patrimônio Artístico Nacional:
 - a) as obras pertencentes às representações diplomáticas estrangeiras aqui acreditadas e as que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no Brasil;
 - b) as obras de arte estrangeiras, pertencentes a casas de comércio de objetos de arte;

- c) as obras de arte estrangeiras, vindas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
- d) as obras de arte estrangeiras, importadas expressamente por empresas estrangeiras para adorno de suas repartições.

Distinções:

I – As obras de arte nacionais pertencentes a casas de comércio de objetos de arte sujeitam-se a tombamento, não podendo sair mais do país as que forem tombadas;

II- as obras de arte tombadas, pertencentes a particulares, poderão, por qualquer processo de transação, mudar de proprietário, desde que esta mudança não implique possibilidade de saírem do país;

a) em quaisquer casos de venda de obras de arte tombadas, o SPAN, pelo Governo Federal, e os poderes públicos do Estado em que a obra de arte residir terão direito de opção na compra, pelo mesmo preço;

III- as obras de arte nacionais ou estrangeiras vindas para exposições terão alvará de licença para livre trânsito, fornecido pelo Conselho Fiscal do SPAN;

IV- estão no mesmo caso do número anterior as obras de arte importadas para adorno de suas repartições por empresas estrangeiras, mediante declaração expressa destas.

Obra de arte patrimonial

Definição: Entende-se por obra de arte patrimonial, pertencente ao Patrimônio Artístico Nacional, todas e exclusivamente as obras que estiverem inscritas, individual ou agrupadamente, nos quatro livros de tombamento. Essas obras de arte deverão pertencer pelo menos a uma das oito categorias seguintes:

1. arte arqueológica;
2. arte ameríndia;
3. arte popular;
4. arte histórica;
5. arte erudita nacional;
6. arte erudita estrangeira;
7. artes aplicadas nacionais;
8. artes aplicadas estrangeiras.

Das artes arqueológica e ameríndia(1 e 2). Incluem-se nestas duas categorias todas as manifestações que de alguma forma interessem à Arqueologia em geral e particularmente à arqueologia e etnografia ameríndia. Essas manifestações se especificam em:

- a) Objetos: fetiches; instrumentos de caça, de pesca, de agricultura; objetos de uso doméstico; veículos, indumentária, etc;
- b) Monumentos: jazidas funerárias; agenciamento de pedras; sambaquis, litógrafos de qualquer espécie de gravação, etc;
- c) Paisagens: determinados lugares da natureza, cuja expansão florística, hidrográfica ou qualquer outra foi determinada definitivamente pela indústria humana dos Brasis, como cidades lacustres, canais, aldeamentos, caminhos, grutas trabalhadas, etc;
- d) Folclore ameríndio: vocábulos, cantos, lendas, magias, medicina, culinária ameríndia, etc..

Da arte popular(3). Incluem-se nesta terceira categoria todas as manifestações de arte pura ou aplicada, tanto nacional como estrangeira, que de alguma forma interessem à etnografia, com exclusão da ameríndia. Essas manifestações podem ser:

- a) Objetos: fetiches, cerâmica em geral, indumentária, etc.;
- b) Monumentos: arquitetura popular, cruzeiros, capelas e cruzeiros mortuários de beira de estrada, jardins, etc.;
- c) Paisagens: determinados lugares agenciados de forma definitiva pela indústria popular, como vilarejos lacustres vivos da Amazônia, tal morro do Rio de Janeiro, tal agrupamento de mocambos no Recife, etc.,
- d) Folclore: música popular, contos, histórias, lendas, superstições, medicina, receitas culinárias, provérbios, ditos, danças dramáticas, etc.;

Da arte histórica(4). Incluem-se nesta categoria todas as manifestações de arte pura ou aplicada, tanto nacional como estrangeira, que de alguma forma refletem, contam, comemoram o Brasil e a sua evolução nacional. Essas manifestações podem ser:

- a) Monumentos (há certas obras de arte arquitetônica, escultória, pictórica que, sob o ponto de vista de arte pura, não são dignas de admiração, não orgulham a um país nem celebrizam o autor delas. Mas, ou porque fossem criadas para um determinado fim que se tornou histórico – o Forte de Óbidos, o dos Reis Magos – ou porque se passaram nelas fatos significativos da nossa história – a Ilha Fiscal, o Palácio dos Governadores em Ouro Preto – ou ainda porque viveram nelas figuras ilustres da nacionalidade – a casa de Tiradentes em São João del Rey, a casa de Rui Barbosa – devem ser conservadas tais como estão, ou recompostas na sua imagem “histórica”): ruínas, igrejas, fortes, solares, etc.. Devem pela mesma qualidade “histórica” ser conservados exemplares tópicos das diversas escolas e estilos arquitetônicos que refletiram no Brasil. A data

pode ser fixada: de 1900 para trás, por exemplo, ou de cinquenta anos para trás;

b) Iconografia nacional: todo e qualquer objeto que tenha valor histórico, tanto um espadim de Caxias, como um lenço celebrando o 13 de maio. Pode ser considerado “histórico”, para fins de tombamento, o objeto que conservou seu valor evocativo depois de 30 anos;

c) Iconografia estrangeira referente ao Brasil: gravuras, mapas, porcelanas, etc., referentes à entidade nacional em qualquer dos seus aspectos, história, política, costumes, Brasil, natureza, etc.;

d) Brasiliana: todo e qualquer impresso que se refira ao Brasil, de 1850 para trás. Todo e qualquer manuscrito referente ao Brasil, velho de mais de 30 anos, se inédito, e de 100 anos, se estrangeiro e já publicado por meios tipográficos;

e) Iconografia estrangeira referente a países estrangeiros: incluem-se nesta categoria objetos que tenham conservado seu valor histórico universal de 50 anos para trás.

Da arte erudita nacional(5). Incluem-se nesta categoria todas e quaisquer manifestações de arte, de artistas vivos, de artistas nacionais já mortos, e também, dos artistas vivos, as obras de arte que sejam propriedade de poderes públicos, ou sejam reputadas “de mérito nacional”. São condições para que uma obra de arte de artista nacional vivo seja reputada “de mérito nacional”:

- 1) ter a obra conquistado qualquer primeiro ou segundo prêmio no ano final de curso em escolas oficiais de Belas-Artes;
- 2) ter a obra conquistado ao artista qualquer espécie de primeiro prêmio em exposições coletivas organizadas pelos poderes públicos;
- 3) ter a obra conquistado o título acima referido por quatro quintos de votação completa do Conselho consultivo do S.P.N..

Da obra de arte estrangeira(6). Incluem-se nesta categoria todas e quaisquer obras de arte pura de artista estrangeiros que pertençam aos poderes públicos ou sejam reputados “de mérito”. São condições para que um artista estrangeiro seja reputado “de mérito”:

- 1) figurar o artista em histórias da Arte Universais;
- 2) figurar o artista em museus oficiais de qualquer país;
- 3) no caso de o artista estar vivo e não pertencer a nenhuma das duas condições anteriores, conquistar o título por quatro quintos de votação completa do Conselho Consultivo do S.P.A.N..

Das artes aplicadas nacionais(7). Incluem-se nesta categoria todas as manifestações de arte aplicada (móveis, torêutica, tapeçaria, joalheria, decorações, murais, etc) feitas por artista nacional já morto, ou de importação nacional do Segundo Império para trás. Inclui-se ainda, dos artistas nacionais vivos, toda e qualquer obra de arte aplicada que pertença aos poderes públicos.

Das artes aplicadas estrangeiras(8). Inclui-se nesta categoria toda e qualquer obra de arte aplicada de artista estrangeiro, que figure em Histórias da Arte e Museus Universais.

Livros de tombamento e museus,

O S.P.A.N possuirá quatro livros de Tombamento e quatro Museus, que compreenderão as oito categorias de artes acima discriminadas. Os livros de tombamento servirão para neles serem inscritos os nomes dos artistas, as coleções públicas e particulares, e individualmente as obras de arte que ficarão oficialmente pertencendo ao Patrimônio Artístico Nacional. Os Museus servirão para neles estarem expostas as obras de arte colecionadas para a cultura e enriquecimento do povo brasileiro pelo governo federal. Cada museu terá exposta no seu saguão de entrada, bem visível, para estudo e incitamento do público, uma cópia do Livro de Tombamento das artes a que ele corresponde. Eis a discriminação dos quatro livros do tombamento e dos museus correspondentes:

- 1) Livro de Tombo Arqueológico e etnográfico, correspondente às três primeiras categorias de artes, arqueológica, ameríndia e popular;
- 2) Livro do Tombo Histórico, correspondente à quarta categoria, arte histórica;
- 3) Livro de Tombo das Belas-Artes/Galeria Nacional de Belas-Artes, correspondentes às quinta e sexta categorias, arte erudita nacional e estrangeira;
- 4) Livro de Tombo das Artes Aplicadas/Museu de Artes Aplicadas e Técnicas Industrial, correspondentes às sétima e oitava categorias, artes aplicadas nacionais e estrangeiras.

Discussões

Primeira objeção: Objetos há que pertencem a mais de uma categoria: em que livro de tombamento inscrevê-los e, se pertencentes ao Governo Federal, em que museu colocá-los?

Resposta: Estas dúvidas existirão sempre e são próprias exclusivamente das mentalidades sem energia. É um simples caso de adoção de critérios

preliminares. Basta que tais critérios sejam idôneos, razoáveis, não será necessário que eles decidam problemas estéticos insolúveis. Que critérios preliminares poderão ser adotados? Por exemplo:

1. Objeto que seja ao mesmo tempo histórico e de real valor artístico (a Casa dos Contos; o livro de Debret; etc) será tombado pelo valor histórico. Excetuam-se naturalmente quadros ou esculturas que tomaram por tema um assunto histórico, mas são evocativos e não reprodutores do real (O grito do Ipiranga de Pedro Américo; a Partida da monção de Almeida Júnior);

2. Nas manifestações artísticas que ainda e sempre se discutirá se são de arte pura ou de arte aplicada, fixar discricionariamente um critério qualquer, o mais geralmente seguido; colocar, por exemplo, a Arquitetura entre as Belas-Artes; colocar a pintura mural, em qualquer dos seus processos, também entre as Belas-Artes; a Numismática toda entre as artes aplicadas e da mesma forma toda a cerâmica, com exceção única das estátuas possíveis em natural, para jardins.

Segunda Objeção: Um objeto histórico pertencente à atual Escola Nacional de Belas-Artes, ou um quadro de Taunay, pertencente ao atual Museu Histórico só porque pertenceu a D.João VI, devem então mudar de museu ou pertencer aonde estão?

Resposta: Está claro, a meu ver, que o objeto histórico que está na Escola Nacional de Belas-Artes deverá ir para o Museu Histórico, e acho que o quadro de Taunay deverá ficar onde está. Simplesmente porque D. João VI tem maior valor histórico que Taunay artístico, para nós. Já se o quadro fosse de Rafael, de Rembrandt, Delacroix, gênios universais, o quadro deveria ir para a Galeria de Belas-Artes. Apenas de ajuntaria ao seu título a designação de seu accidental valor histórico.

Terceira Objeção: Como fazer-se um livro de tomo único para reunir várias categorias de artes, como o primeiro, por exemplo, que reúne a Arqueologia desde dos povos pré-históricos, cerâmica marajoara e pedras esculpidas dos astecas, a Etnografia Ameríndia e a Etnografia Nacional e estrangeira?

Resposta: Um livro pode ter vários volumes. Faça-se um volume para a Arqueologia, outro para a Etnografia Ameríndia, outro para a Etnografia Brasileira, outro para a Etnografia Universal. Sou da opinião, ainda, que mesmo a parte arqueológica da Etnografia Ameríndia deverá ser reunida a esta e não à Arqueologia Universal, para obter-se maior unidade.

Quarta objeção: Porque o quarto museu é chamado de Museu de Artes Aplicadas e Técnica Industrial? Então a técnica industrial é uma arte?

Resposta: A arte é uma palavra geral, que neste seu sentido geral significa a habilidade com que o engenho humano se utiliza da ciência, das coisas e dos fatos. Isso foi aproveitado para preencher uma feia lacuna do sistema educativo nacional, a meu ver, que é a pouca preocupação com a educação pela imagem, o sistema talvez mais percuente de educação. Os livros didáticos são horrorosamente ilustrados; os gráficos, mapas, pinturas da paredes das aulas são pobres, pavorosos e melancolicamente pouco incisivos; o teatro não existe no sistema escolar; o cinema está em três artigos duma lei, sem nenhuma ou quase nenhuma aplicação. Aproveitei a ocasião para lembrar que a criação de um desses museus técnicos que estão se espalhando regularmente no mundo verdadeiramente em progresso cultural. Chamam-se hoje mais ou menos universalmente assim os museus que expõem os progressos de construção e execução das grandes indústrias, e as partes de que são feitas, as máquinas inventadas pelo homem. São museus de caráter essencialmente pedagógico. Os modelos mais perfeitos geralmente citados são o Museu Técnico de Munique e o Museu de Ciência e Indústria de Chicago. Imagine-se a “ Sala do Café”, contendo documentalmente desde a replanta nova, a planta da flor, a planta em grão, a apanha da fruta; a lavagem, secagem, os aparelhos de beneficiamento, desmontados, com a explicação de todas as suas partes e funcionamento; o saco, as diversas qualidades de café beneficiado, os processos especiais de exportação, de torrefação e de manufatura mecânica (com máquina igualmente desmontadas e explicadas) da bebida e, enfim, a xícara de café. Grandes álbuns fotográficos com fazendas , cafezais, terreiros, colônias, os portos cafeeiros; gráficos estatísticos, desenhos comparativos, geográficos, etc, etc. Tudo o que a gente criou sobre o café, de científico, de técnico, de industrial, reunido numa só sala. E o mesmo sobre o algodão, açúcar, laranja, extração de ouro, do ferro, da carnaúba, da borracha; o boi e suas indústrias, a lã, o avião, a locomotiva, a imprensa, etc, etc.

Publicidade

O S.P.A.N deverá ter necessariamente, pertencente ao seu próprio organismo, um serviço de publicidade. Em que consistiria essa publicidade?

1º - Na publicação dos quatro livros de tomo, assim que estiverem em dia, e na publicação anual de seus suplementos. Os livros do tomo devem ser publicados. Além de indispensáveis aos estudiosos, têm valor moral de incitamento à cultura e à aquisição de obras de arte.

2º - Na publicação da Revista do S.P.A.N. A revista é indispensável como meio permanente de propaganda, e força cultural. Nela serão gradativamente reproduzidas também as obras de arte pertencentes ao patrimônio artístico nacional. Nela serão publicados os estudos técnicos, as críticas especializadas, as pesquisas estéticas, e todo o material folclórico do país.

3º - Na publicação de livros, de monografias com estudos biográficos, críticos, técnicos, descritivos, comparativos, dos autores, coleções e obras individualmente tombadas; catálogos dos quatro museus federais e outros regionais pertencentes aos poderes públicos, cartazes e folhetos de propaganda turística.

CAPÍTULO III

Organismo do S.P.A.N.

1. Diretoria

Definição: A Diretoria é o órgão gerador de todo o Serviço do Patrimônio Artístico Nacional. A Diretoria compõem-se de um Diretor diretamente subordinado ao Ministro da Educação, e dos quatro chefes dos museus. O diretor terá voto decisório nas votações.

A Diretoria faz também os serviços da Chefia da Secção dos Museus e da Chefia da Secção de Publicidade, serviços que a ela diretamente competem.

O Gabinete da Diretoria compor-se-á dum secretário, dois datilógrafos, um contínuo e um servente, e quatro intérpretes guias (contratados) forem necessários.

2. Conselho Consultivo

A Diretoria é assistida por um Conselho Consultivo composto de cinco membros fixos e 20 membros móveis. O Conselho consultivo é presidido pelo diretor do SPAN, que será um dos cinco membros fixos e terá voto de

desempate. Os outros quatro membros fixos serão os quatro chefes dos museus. Para os vinte membros móveis serão escolhidos: dois historiadores; dois etnógrafos; dois músicos; dois pintores; dois escultores; dois arquitetos; dois arqueólogos; dois gravadores (artistas gráficos, medalhistas, etc); dois artesãos e decoradores, ceramistas; etc); dois escritores (de preferência críticos de arte).

a) Os membros móveis do Conselho Consultivo exercerão seus cargos *pro honore* em reuniões mensais, avisadas com antecedência de três dias e com a presença mínima de 10 conselheiros móveis, três chefes de museus e do Diretor.

b) As reuniões, e dos casos excepcionais que exijam a votação completa dos 25 membros do Conselho Consultivo podem ser realizadas por correspondência, dando os conselheiros seu voto por escrito.

c) O Conselho Consultivo será renovado anualmente de 10 dos seus membros móveis; sendo pois que, de início, um membro (o mais velho) de cada par terá apenas um ano de exercício. A todos os outros membros móveis caberão dois anos de exercício, não podendo nenhum ser reeleito sem o descanso de dois anos.

d) Para cada par móvel do Conselho Consultivo será escolhido de forma a conter um representante com mais de 40 anos de idade e outro com menos de 40 anos, de preferência, um par representando as idéias acadêmicas e outro as idéias renovadoras.

3. Chefia do Tombamento

Definição: O Tombamento é o órgão organizador e catalogador do patrimônio artístico nacional. É dirigido pelo próprio Diretor do SPAN e lhe compete determinar, com exposição de motivos, as obras a serem inscritas nos quatro livros de tombamento. A chefia do Tombamento, além do Diretor, compõem-se de um arqueólogo, de etnógrafo, de um historiador e de um professor de história da arte. Formam o gabinete da chefia do tombamento um secretário, dois contínuos, um servente e tantos datilógrafos quantos forem necessários ao serviço.

a) A Chefia do Tombamento fará diretamente o tombamento do Distrito Federal.

b) A Chefia do Tombamento organizará os quatro livros do tombo, os catálogos gerais e os catálogos particulares.

c) A Chefia do Tombamento é assistida de tantas Comissões Regionais de Tombamento quantos os Estados do Brasil.

d) As Comissões Regionais, residentes nas capitais dos Estados, serão compostas de um chefe com voto de desempate, e mais um arqueólogo, um etnógrafo, um historiador e um professor de História da Arte (alguns destes membros, em último caso, por não existir talvez em certas capitais arqueólogos ou historiadores especialistas de arte, podem ser substituídos por literatos, pintores, músicos, etc).

e) As Comissões Regionais poderão exercer seu cargo *pro honore*.

Nota: Talvez seja preferível fixar-lhes ordenado, que poderá – quem sabe? – ser pago pelos Estados. Neste caso não se deverá fixar o ordenado, deixando esta à decisão dos governos estaduais, pois as condições de pagamento do intelectual diferem enormemente de Estado para Estado. Ou então poderá fixar-lhe um ordenado puramente de honra, pelo Governo Federal.

f) As Comissões Regionais têm por finalidade escolher as obras dos seus Estados respectivos que devam ser atingidas pelo SPAN e propor à Chefia do Tombamento central a inscrição dessas obras num dos quatro livros do Tombo. A função das comissões Regionais (que para alguns Estados será talvez deficiente) não é pois decisória. Só a Chefia do Tombamento central é que decide quais as obras a serem tombadas.

g) Cada obra a ser tombada terá sua proposta feita pela Comissão Regional competente, acompanhada dos seguintes requisitos:

1. Fotografia, com várias fotografias;
2. Explicação dos caracteres gerais da obra, tamanho, condições de conservação, etc,;
3. Quando possível, nome do autor e biografia deste;
4. Datas;
5. Justificação de seu valor arqueológico, etnográfico ou histórico, no caso de pertencerem a uma destas categorias;
6. No caso de ser obra folclórica, a sua reprodução cientificamente exata (quadrinhas, provérbios, receitas culinárias, etc);
7. No caso de ser obra musical folclórica, acompanhará a proposta uma descrição geral de como é executada; se possível, a reprodução da música por meios manuscritos, de descrição das danças e instrumentos que a

acompanham, datas em estas cerimônias se realizam, para a Chefia do Tombamento, de concerto com o Museu Etnográfico e Etnológico, mandar discar ou filmar a obra designada;

8. No caso de ser arte aplicada popular, também deverá propor-se a filmagem científica de sua manufatura (fabricação de rendas, de cuias, de redes, etc):

4. Conselho Fiscal

Definição: O Conselho Fiscal é o órgão policiador e protetor das obras tombadas. A ele compete mandar restaurar as obras estragadas; proibir, coibir, denunciar e castigar a fuga, para fora do país, das obras tombadas; decidir a exportação das obras de arte, cuja saída do país o SPAN permite; dar alvarás de entrada e saída das obras de arte residentes no estrangeiro, vindas para exposições de qualquer gênero ou para comércio.

Nota: A não ser em certos trabalhos facilmente determináveis como restauração, a permissão para a restauração ou modificação das obras, bem como alvarás de licença, que podem ser exercidos pela própria Chefia de Tombamento e pelas Comissões Regionais: o Conselho Fiscal deve ser organismo elástico, articulado com as alfândegas e guardas de fronteiras, sem número determinado de membros nem ordenados.

5. Seção de Museus

Definição: A Seção dos Museus é o órgão conservador, enriquecedor e expositor do patrimônio artístico nacional pertencente ao Governo Federal, competendo-lhe:

a) Como já foi dito, a Chefia da Seção dos Museus é exercida pela própria Diretoria.

Nota: Por este processo, evita-se a criação de mais um organismo, que, independente, teria pouca finalidade; e evita-se mais funcionalismo.

b) Compete à Seção de Museus organizar definitivamente os quatro museus nacionais pertencentes ao SPAN.

c) À Seção dos Museus compete organizar exposições regionais e federais, por meio da veiculação das obras tombadas pertencentes aos poderes públicos federal e estaduais e a coleções particulares.

d) À Seção dos Museus compete finalmente articular-se com os museus regionais pertencentes a poderes públicos, facilitar-lhes a organização, fornecer-lhes documentação fotográfica, discos e filmes; e distribuir-lhes subvenções federais.

6. Seção de Publicidade

Definição: A Seção de Publicidade é o órgão destinado a registrar, reproduzir e publicar todo o Serviço do Patrimônio Artístico Nacional. Compõe-se de uma chefia que é exercida pela própria Diretoria do SPAN e mais de:

1. Repartição foto-fono-cinematográfica;
2. Repartição de desenho e pintura;
3. Repartição distribuidora.

a) À Chefia da Seção de Publicidade, isto é, à própria Diretoria do SPAN compete a direção da “Revista Nacional de Artes” e a superintendência do serviço de tipografia e encadernação;

b) À repartição fono-foto-cinematográfica compete todo o serviço nacional de fotografia, fonografia e filmagem do patrimônio artístico nacional;

I – À repartição foto-fono-cinematográfica compete é mandada pela Chefia de Tombamento, e executará os trabalhos por esta determinados.

II- Articula-se diretamente com os quatro museus nacionais, para lhes fornecer toda a documentação de filmes, discos e fotografias.

III- Articula-se ainda com a Seção de Publicidade para fornecimento de discos, filmes e fotografias para a repartição distribuidora.

c) À repartição de desenho e pintura incube realizar toda a documentação que, pelas suas exigências de cor e detalhação, escapa aos processos mecânicos de reprodução.

I- Esta repartição articula-se diretamente com os museus de Arqueologia, Etnografia e Artes Aplicadas, que determinarão os trabalhos a serem desenhados e aquarelados, e conservarão esses trabalhos.

II- A repartição de desenho e pintura articula-se ainda com a seção de publicidade para fornecimento de trabalhos de sua competência, por aquela seção solicitados.

d) À repartição distribuidora compete fazer a distribuição geral, dentro e fora do país, de todos os trabalhos executados pela Seção de Publicidade do SPAN.

I- Revista Nacional de Artes. A “Revista Nacional de Artes”, superintendida pelo Diretor do SPAN e dirigida pelo secretário da Diretoria, destina-se à publicidade dos estudos feitos pelos quatro museus, que com ela se articulam pela Chefia da Seção dos Museus; à publicação dos estudos feitos pela Diretoria do SPAN ou por ela solicitados de personalidades nacionais ou estrangeiras; e finalmente à publicação de estudos e determinações da Chefia do Tombamento e, por meio desta, do Conselho Fiscal e das Comissões Regionais. A Revista só recebe pois material para publicação da Diretoria, da Chefia do Tombamento e da Chefia da Seção de Museus, que são os órgãos selecionadores com direito ao “imprima-se”. A Revista articula-se também diretamente com a tipografia para efeitos de sua publicação e com a Seção de Publicidade para efeitos de sua distribuição.

PLANO QÜINQUÊNAL DE MONTAGEM E FUNCIONAMENTO DO SPAN

1º ano

1. Criação, instalação e início de funcionamento da Diretoria; Serviço de Tombamento Central; Conselho Fiscal; Serviços de Tombamentos Estaduais; Serviço de divisão lógica dos quatro museus.

2. Aquisição, instalação e início de funcionamento dos serviços de filmagem sonora e fonografia.

3. Instalação definitiva e limitada do Museu Arqueológico e Etnográfico.

2º ano

1. Terminação do serviço de tombamento geral, por nomes de artistas, obras agrupadas, coleções completas. Continuação do serviço de tombamento particular por obras destinadas individualmente.

2. Intensificação dos serviços de filmagem e de fonografia, sempre com sentido etnográfico.

3. Continuação dos serviços da Diretoria, do Conselho Fiscal, dos tombamentos estaduais.

4. Instalação definitiva e limitada do Museu Histórico Nacional.

5. Estudos para instalação no ano seguinte do gabinete fotográfico e de repartição de desenho e pintura.

3º ano

1. Continuação, desintensificação por diminuição de funcionários e de serviço, tradicionalização e fixação permanente de todo o serviço de tombamento, tanto central como estadual.

2. Continuação dos serviços da Diretoria e do Conselho Fiscal.

3. Instalação e início de funcionamento dos serviços de fotografia, desenho, aquarelagem e pintura.

4. Terminação do serviço intensivo de filmagem sonora e fonografia etnográficas.

5. Instalação definitiva e limitada da Galeria de Belas-Artes.

4º ano

1. Serviço permanente de tombamento.

2. Serviços permanentes da Diretoria e do Conselho Fiscal.

3. Serviços permanentes de fotografia, desenho, aquarelagem e pintura.

4. Serviço permanente de filmagem sonora e fonografia etnográfica. Início dos serviços de filmagem de artes aplicadas.

5. Estudos para a criação do Museu de Artes Aplicadas.

6. Estudos par a aquisição e instalação de aparelhamento de reprodução tipográfica de fotografias e outras quaisquer imagens.

5º ano

1. Permanência metódica dos serviços:

- a) Diretoria;
- b) Tombamento;
- c) Conselho Fiscal;
- d) Filmagem sonora e fonografia;
- e) Fotografia e reprodução manual de imagens.

2. Instalação do aparelhamento tipográfico de gravação de imagens na Imprensa Nacional.

3. Preparos e instalação (sem início de serviço público) do Museu de Artes Aplicadas e Técnica Industrial.

4. Instalação do Serviço de Publicidade e conseqüente início de publicação da “Revista Nacional de Artes”.

6º ano

1. Permanência de todos os serviços.

2. Inauguração do Museu de Artes Aplicadas e de Técnica Industrial.

3. Publicação das primeiras monografias.

4. Publicação dos quatro livros de tombamento, a que depois seguirão suplementos anuais em opúsculos, denunciando as obras tombadas cada ano.

São Paulo, 24 de março de 1936

Mário de Andrade

ANEXO III

CARTA DE VENEZA
CARTA INTERNACIONAL SOBRE A CONSERVAÇÃO
E O RESTAURO DE MONUMENTOS E SÍTIOS
1964

Anexo I – Carta de Veneza de 1964

CARTA DE VENEZA
CARTA INTERNACIONAL SOBRE A CONSERVAÇÃO
E O RESTAURO DE MONUMENTOS E SÍTIOS
1964

DEFINIÇÕES

Art.1 - O conceito de monumento histórico engloba, não só as criações arquitetônicas isoladamente, mas também os sítios, urbanos ou rurais, nos quais sejam patentes os testemunhos de uma civilização particular, de uma fase significativa da evolução ou do progresso, ou algum acontecimento histórico. Este conceito é aplicável, quer às grandes criações, quer às realizações mais modestas que tenham adquirido significado cultural com o passar do tempo.

Art.2 - A conservação e o restauro dos monumentos devem recorrer à colaboração de todas as ciências e técnicas que possam contribuir para o estudo e a proteção do patrimônio monumental.

Art.3 - A conservação e o restauro dos monumentos têm como objetivo salvaguardar tanto a obra de arte como as respectivas evidências históricas.

CONSERVAÇÃO

Art.4 - Para a conservação dos monumentos é essencial que estes sejam sujeitos a operações regulares de manutenção.

Art.5 - A conservação dos monumentos é sempre facilitada pela sua utilização para fins sociais úteis. Esta utilização, embora desejável, não deve alterar a disposição ou a decoração dos edifícios. É apenas dentro destes limites que as modificações que seja necessário efetuar poderão ser admitidas.

Art.6 - A conservação de um monumento implica a manutenção de um espaço envolvente devidamente proporcionado. Sempre que o espaço envolvente tradicional subsista, deve ser conservado, não devendo ser permitidas quaisquer novas construções, demolições ou modificações que possam alterar as relações volumétricas e cromáticas.

Art.7 - Um monumento é inseparável da história de que é testemunho e do meio em que está inserido. A remoção do todo ou de parte do monumento

não deve ser permitida, exceto quando tal seja exigido para a conservação desse monumento ou por razões de grande interesse nacional ou internacional.

Art.8 - Os elementos de escultura, pintura ou decoração que façam parte integrante de um monumento apenas poderão ser removidos se essa for a única forma de garantir a sua preservação.

RESTAURO

Art.9 - O restauro é um tipo de operação altamente especializado. O seu objetivo é a preservação dos valores estéticos e históricos do monumento, devendo ser baseado no respeito pelos materiais originais e pela documentação autêntica.

Qualquer operação desse tipo deve terminar no ponto em que as conjecturas comecem; qualquer trabalho adicional que seja necessário efetuar deverá ser distinto da composição arquitetônica original e apresentar marcas que o reportem claramente ao tempo presente. O restauro deve ser sempre precedido e acompanhado por um estudo arqueológico e histórico do monumento.

Art.10 - Quando as técnicas tradicionais se revelarem inadequadas, a consolidação de um monumento pode ser efetuada através do recurso a outras técnicas modernas de conservação ou de construção, cuja eficácia tenha sido demonstrada cientificamente e garantida através da experiência de uso.

Art.11 - As contribuições válidas de todas as épocas para a construção de um monumento devem ser respeitadas, dado que a unidade de estilo não é o objetivo que se pretende alcançar nos trabalhos de restauro. Quando um edifício apresente uma sobreposição de trabalhos realizados em épocas diferentes, a eliminação de algum desses trabalhos posteriores apenas poderá ser justificada em circunstâncias excepcionais, quando o que for removido seja de pouco interesse e aquilo que se pretenda pôr a descoberto tenha grande valor histórico, arqueológico ou estético e o seu estado de conservação seja suficientemente bom para justificar uma ação desse tipo.

A avaliação da importância dos elementos envolvidos e a decisão sobre o que pode ser destruído não podem depender apenas do coordenador dos trabalhos.

Art.12 - Os elementos destinados a substituírem as partes que faltam devem integrar-se harmoniosamente no conjunto e, simultaneamente, serem

distinguíveis do original por forma a que o restauro não falsifique o documento artístico ou histórico.

Art.13 - Não é permitida a realização de acrescentos que não respeitem todas as partes importantes do edifício, o equilíbrio da sua composição e a sua relação com o ambiente circundante.

SÍTIOS HISTÓRICOS

Art.14 - Os sítios dos monumentos devem ser objeto de um cuidado especial, por forma a assegurar que sejam tratados e apresentados de uma forma correta. Os trabalhos de conservação e restauro a efetuar nesses locais devem inspirar-se nos princípios enunciados nos artigos precedentes.

ESCAVAÇÕES

Art.15 - Os trabalhos de escavação devem ser efetuados de acordo com as normas científicas e com a "Recomendação definidora dos princípios internacionais a aplicar em matéria de escavações arqueológicas", adotadas pela UNESCO em 1956. Deve ser assegurada a manutenção das ruínas e tomadas as medidas necessárias para garantir a conservação e proteção dos elementos arquitetónicos e dos objetos descobertos. Para além disso, devem tomar-se todas as medidas que permitam facilitar a compreensão do monumento, sem distorcer o seu significado. Todos os trabalhos de reconstrução devem ser rejeitados a priori. Só a anastylosis, isto é, a remontagem das peças soltas que existam num estado de desagregação, pode ser permitida. Os materiais utilizados para reintegração deverão ser sempre reconhecíveis e o seu uso restringido ao mínimo necessário para assegurar as condições de conservação do monumento e restabelecer a continuidade das suas formas.

PUBLICAÇÃO

Art.16 - Os trabalhos de conservação, restauro ou escavação devem ser sempre acompanhados por um registro preciso, sob a forma de relatórios analíticos ou críticos, ilustrados com desenhos e fotografias. Todas as fases dos trabalhos de reparação, consolidação, recomposição e reintegração, assim como os elementos técnicos e formais identificados ao longo dos trabalhos devem ser incluídos. Este registro deverá ser guardado nos arquivos de um organismo público e posto à disposição dos investigadores. Recomenda-se também, que seja publicado.

Texto aprovado no II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos, em Veneza, no período de 25 a 31 de maio de 1964.

Fonte: PRIMO, Judite. *Museologia e Patrimônio: Documentos Fundamentais – Organização e Apresentação*. Cadernos de Sociomuseologia/ nº 15, Págs.90-93; ULHT, 1999; Lisboa, Portugal.

ANEXO IV

**DECRETO Nº 22.928, DE 12 DE JULHO DE 1933, QUE EREGIU OURO
PRETO EM MONUMENTO NACIONAL**

Decreto Nº 22.928, de 12 de julho de 1933, que eregiu Ouro Preto em monumento nacional

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições contidas no Art. 1º do Decreto Nº 19.398, de 11 de Novembro de 1930;

Considerando que é dever do Poder Público defender o patrimônio artístico da Nação e que fazem parte das tradições de um povo os lugares em que se realizam os grandes feitos da sua história; Considerando que a cidade de Ouro Preto, antiga capital do Estado de Minas Gerais, foi teatro de acontecimentos de alto relevo histórico na formação da nossa nacionalidade e que possui velhos monumentos, edifícios e templos de arquitetura colonial, verdadeiras obras d'arte, que merecem defesa e conservação;

RESOLVE:

Art. 1º - Fica erigida em Monumento Nacional a Cidade de Ouro Preto, sem ônus para a União Federal e dentro do que determina a legislação vigente.

Art. 2º - Os monumentos ligados à História Pátria, bem como as obras de arte, que constituem o patrimônio histórico e artístico da Cidade de Ouro Preto, ficam entregues a vigilância e guarda do Governo do Estado de Minas Gerais e da Municipalidade de Ouro Preto, dentro da órbita governamental de cada um.

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

Art. 4º - Em virtude deste decreto nenhuma alteração ou modificação advirá no organismo municipal da cidade de Ouro Preto e, bem assim, em todas as suas relações de dependência administrativa com o Governo do Estado de Minas Gerais.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.

Bibliografia

ADORNO, Theodor und Max Horkeiheimer – **Dilaetik der Aufklärung, Theodor Adorno gesamlte Schriften** Bd. 3, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1998.

ALPA, Guido e BESSONE, Mario - *Poteri dei privati e statuto della proprietá - I- Oggetti,situazioni soggetive, conformazione dei dirriti*, Padova, CEDAM, 1980.

ALVES CORREIA, Fernando – *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, página 302.

_____ - *Propriedade de bens culturais – restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas*, in *Direito do Patrimônio Cultural*, Jorge Miranda, João Martins Claro e Marta Tavares de Almeida (Orgs), Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996.

ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de – *Rodrigo e o SPHAN*. Rio de Janeiro, Ministério da Cultura- SPHAN-FNPM, 1987.

_____, Patrimônio Histórico e Artístico, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, volume 6,1980.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira - *A atribuição pelos tribunais de indemnizações ainda não satisfeitas*. In: *Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1989.

_____ - *Direito Civil Reais*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

_____ - *Nacionalizações e inconstitucionalidade (anotação ao acórdão 39/88 do TC)*. In: *Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1989.

AUBRY, Charles e RAU, Frédéric- Charles- *Cours de Droit Français-d'après la méthode de Zacarie*, 4ª. Edição, Tomo VI, Paris, Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1873

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - *Tombamento e dever de indenização*. Revista de Direito Público, Nº 81, [198?]

_____, **Curso de Direito Administrativo**, 4ª. edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1993,

_____. **Apontamentos sobre o poder de polícia**, RDA 9/64.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo, RT, 1986.

BARROS, Suzana Toledo - *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª edição, Brasília, Brasília Jurídica, 2000

BENJAMIN, Antônio Hermem V. (Coord). *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª. edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1993.

BOTTOMORE, Tom (Editor) – **Dicionário do Pensamento Marxista**, , Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1983.

BRITO, Miguel Nogueira de – **Sobre a legislação do patrimônio cultural**, in Revista Jurídica, Nova Série, No. 11, Lisboa, 1989.

BRÜNNECK, Alexander V. – *Die Eigentums garantie des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos, 1994

BUENO, Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, [s.n] [1850?].

CABALLERIA, Marcos Vaquer – **Estado y Cultura: La función cultural de los poderes públicos en la constitucion española**, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A, 1998

CAMPELLO, Glauco – **Ações patrimoniais**, in Um olhar sobre a cultura brasileira, página 1. Fonte: www.minc.gov.br/textos/olhar/açõespatrimoniais.htm. Acesso em 07.01.2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MACHADO, Jônatas - *Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa*. In:Revista do Ministério Público, ano 16, Outubro-Novembro 1995, Nº 64, 1986.

CANOTILHO, J.J. Gomes – *Protecção do ambiente e direito de propriedade (Crítica de jurisprudência ambiental)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª. edição, revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CASTRO, Sônia Rabello. **O Estado na preservação de bens culturais**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1991

CHITI, Mario P. – **La nuova nozione di “ beni culturali” nel d. Leg. 112/98: prime note esegetiche**. IN: AEDON – REVISTA DI ARTI I DIRITTO ONLINE, NO. 01, 1998, Issn 1127- 1345. Fonte: www.aedon.mulino.it/archivo/1998/1/chiti.htm. Acesso em 15.01.2003..

CONDESSO, Fernando dos Reis – **Direito do ambiente**, Coimbra, Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo II, Volume I, Lisboa, Almedina, 2000

CORNU, Marie – **Le droit culturel des biens – L'intérêt culturel juridiquement protégé**, Bruxelles, Bruylant, 1996.

COSTA, Moacir Lôbo da.- *A propriedade na doutrina de Duguit*., RF 153. Ano 51. Rio de Janeiro, Forense, 1954.

COULANGES, Numa Demis Fustel. *A Cidade Antiga*, tradução de Jonas Camarco Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, HEMUS, 1975, p.56.

CUNHA, Paulo – *Do património*, Dissertação de Doutoramento – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1934.

DALLARI, Adilson de Abreu .**Temas de Direito Urbanístico**, 2º volume, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987

DUARTE, Paulo – *Mário de Andrade por ele mesmo*, São Paulo, Editora Hucitec, Secretaria da Cultura, Ciência e Tecnologia, 1977.

DUGUIT, Léon – *Les transformations générales du droit privé*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920

FABRE-MAGNAN, Muriel – **Propriété, patrimoine et lien social**. Revue trimestrielle de droit civil, No. 03, juillet-septembre, Paris, Éditions Dalloz, 1997.

FACHIN, Luiz Edson – **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro?São Paulo, Editora Renovar, 200.

FALCÃO, Joaquim Arruda – *Política cultural e democracia: a preservação do patrimônio histórico e artístico nacional*. In: MICELI, Sérgio 1984.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira – *Direito ao ambiente e propriedade privada) aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

FERREIRA, Sérgio Andréia - *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.

FERRI, Giorgio – *Os bens culturais no direito italiano*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Patrimônio Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo, Editora Malheiros, 1994

FONSECA, Maria Cecília Londres - **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**, Rio de Janeiro, UFRJ: IPHAN, 1997.

FURTADO, Celso - *O capitalismo global*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo – *Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural*. In: Revista Española de Derecho Administrativo, No. 39, Octubre-Dicembre, 1983.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 3a. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1993

GENY, François – *Méthode D'interprétation et sources en Droit Privé positif – essai critique*, Paris, Librairie Maresq Ainé, 1899.

GIANINNI, Massimo Severo - **I beni culturali**, in Revista Trimestrale di diritto pubblico, No. 03, Milano, Dott. A. Guiffre Editore, 1976.

_____ – *Basi Costituzionali della proprietà privata*, Política e Diritto, Milano, 1971.

GOMES, Carla Amado – *Património Cultural na Constituição – anotação ao artigo 78º*. In: MIRANDA, Jorge, *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976, volume I, Coimbra, Editora Coimbra, 1996*.

GONDINHO, André Osório. *Função Social da Propriedade. Problemas de Direito Civil- Constitucional, organização Gustavo Tepedino*, São Paulo, Editora Renovar, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago - *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Orgs.)*, São Paulo, Editora Malheiros, 2001

HÄBERLE, Peter – *Teoría de la Constitución como ciência de la cultura*, tradução de Emilio Mikunda, Madrid, Editorial Tecnos, 2000.

IBÁÑEZ, Maria do Rosário Alonso – *Direito do património cultural em Espanha: situação atual e perspectiva*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, 1996.

KOMPARATO, Fábio. *Função social da propriedade dos bens de produção*, Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1986, v.63

LEAL, Victor Nunes - *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, 2ª edição, São Paulo, Alfa-Omega, 1975.

LÉVI-STARUSS, Claude - *L'Identité*, Paris, Ed. Grasset, 1977

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 6a. edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987

MACHADO, Paulo Leme. *Direito Ambiental*, 7ª. edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1999

MAGALHÃES, Aloísio – *E Triunfo?* . Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, Brasília, FNPM, 1985.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*, São Paulo, Saraiva, 1997.

MARCIAL A . Ballarin,” *Função social da terra*”. Revista de Direito Agrário No. 12. Edição Especial, ano 10, Brasília, INCRA, 2º. semestre/94.

MARX, Karl - **Manuscritos Econômicos e Filosóficos**, Edições 70, Lisboa, 1989,

MARX, Karl e Friedrich Engels – **A Ideologia Alemã**, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 1989

MASNARD, André- Hubert - *Política e direito do património cultural em França: situação actual e perspectivas*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras – Portugal, Instituto Nacional de Administração, 1996.

MASNARD, André-Hubert – *Droit et politique de la culture*, Paris, PUF, 1990.

MASNARD, André-Hubert – *La démocratisation de la protection et de la gestion du patrimoine culturel*. In: *Droit du patrimoine culturel immobilier*, Yves Jegouzo (Org), Paris, Economica, 1985

MAZEAUD, Henri et Lèon e MAZEAUD, Jean- *Leçons de Droit Civil*, Tomo I, Volume I, Paris, Éditions Montschrestien, 1972.

MEDEIROS, Rui - *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por ato legislativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

MIRANDA, Jorge - *Manual de direito Constitucional*, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

_____ - *O património cultural e a Constituição - tópicos*. In: MIRANDA, Jorge e outros (Org.), *Direito do património cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração - INA, 1996.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Editora Malheiros, 1999, página 92/93

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 9a. edição, Rio de Janeiro, Editora Forense

MORENO, Alfonso Pérez - *El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico*. In: *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 119, 1990.

MUKAI, Toshio. *Legislação, meio ambiente e autonomia municipal*. Estudos e Comentários RDP, vol. 79.

ORTIZ, Renato - *Cultura brasileira e identidade nacional*, 5ª edição, São Paulo, Editora Brasiliense, 1994.

PARADA, Ramon- *Derecho Administrativo*, volume III (Bienes públicos - Derecho Urbanístico), 4ª. Edição, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Juridicas S.A, 1991.

PENALVA, Ernerto Pedraz - *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990

PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino/Jovene, 1971.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 12a. Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2000

_____. **Servidão Administrativa**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz - **Contributos para uma perspectiva histórica do direito do património cultural em Portugal**, *Direito do Património Cultural*, Instituto nacional de Administração, Lisboa, 1996.

PITRUZZELLA, Giovanni – *La nozione di beni culturale*(artt. 1,2,3 e 4 d.lg.490/1999) In: AEDON – Rivista di arti I diritto on lina, No. 01, 2000, Issn 1127-1345. Fonte: www.aedon.mulino.it/archivo/1998/1/chiti.htm. Acesso em 15.01.2003.

POENER, Aloísio José – *Identidade cultural na era da globalização*, 2ª. Edição, Rio de Janeiro, Renovar Editora, 2000.

PONTES FILHO, Valmir – *Curso Fundamental de Direito Constitucional*, São Paulo, Dialética, 2001.

PRATA, Ana – *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.

PUGLIATTI, Salvatore – *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, [s.n].

QUEIROZ, Cristina M.M – *Direitos Fundamentais (teoria geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

QUINTANILHA, Ellen de Castro. *Ensaio sobre competência do município para legislar sobre meio ambiente*, Boletim de Direito Municipal, São Paulo, jan.1990.

REALE, Miguel. **Renovação e Anulamento do ato administrativo**, Editora Forense, 1980.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima – *Análise jurídico-funcional do tombamento como instrumento de proteção do patrimônio histórico*. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- Ceará, 2000.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Tombamento e patrimônio cultural*.

ROLLA, Giancarlo – *Bienes Culturales y Constitución*, in Revista del Contro de estudios constitucionales, Madrid, No. 02(Enero-Abril 1989)

RUGGIERO, Roberto - *Instituições de direito civil*, 3º volume, tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio, atualizada por Paulo Roberto Benasse, Campinas-SP, Bookseller, 1999

RUIZ, Miguel Angel Nuñez. *Derecho Urbanístico Español*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1967

RUSSUMANO, Rosah. *Função Social da Propriedade*, RDA 75 p.263

SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. *Autonomia dos Municípios*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 24.

SANTORO-PASSARELLI, F. – *Teoria Geral do Direito Civil*, tradução de Manuel de Alarcão, Coimbra, Atlântica Editora, 1967.

SANTOS, António Marques – *A proteção dos bens culturais no ordenamento jurídico português*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Gomes da Silva, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang – *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1998.

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

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, Luís Virgílio Afonso – *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais – ano 91, volume 798, abril de 2002

SOUNDERS, Frances Stonor - **The Cultural Cold War – The CIA and The World of Arts and Letters**, The New York Press, New York, 1999.

SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés – A tutela dos bens culturais e a responsabilidade patrimonial do estado, in Revista da Faculdade de Direito, ano 23, No. 23, Curitiba, 1986,.

SUMMER, Luciano – *Interesse storico o artistico (così di)*. *Codice dell'ambiente*. Piacenza: La Tribuna, 1998.

TEPEDINO, Gustavo, A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), Revista Forense, v. 302, 1989.

TOBEÑAS, Castan. *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962.

VECCHIO, Giorgio Del – *Lições de filosofia do direito*, tradução de António José Brandão, 5ª edição, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979.

VIANA, Marco Aurélio S. *Tutela da Propriedade Imóvel (doutrina, jurisprudência)* Editora Saraiva, São Paulo, 1982
VIDAL, Marina Mariani de. *Curso de Derecho Reales*, tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor.

AUTORIZAÇÃO

Autorizo a reprodução e/ou divulgação total ou parcial da presente obra, por qualquer meio convencional ou eletrônico, desde que citada a fonte.

Autor: FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES

Assinatura: _____

Instituição: Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Local: Fortaleza – Ceará

E-mail: lucianolima@unifor.br