

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
Escola de Direito, Turismo e Museologia  
Departamento de Direito

ÍTALO PACELLI SANTOS PEIXOTO

**AS IMPROPRIEDADES DA ORDEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA NA  
PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL**

Ouro Preto  
2022

ITALO PACHELLI SANTOS PEIXOTO

**AS IMPROPRIEDADES DA ORDEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA NA  
PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Carlos Magno de Souza Paiva

Coorientadora: Rosana Sampaio Pinheiro

Área de concentração: Direito do Patrimônio Cultural

Ouro Preto

2022



## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Ítalo Pacelli Santos Peixoto**

### **As impropriedades da ordem jurídica contemporânea na proteção do Patrimônio Cultural no Brasil**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em 21 de junho de 2022.

#### Membros da banca

Professor Doutor Carlos Magno de Souza Paiva - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)  
Mestranda Rosana Sampaio Pineiro - Coorientadora (Universidade Federal de Ouro Preto)  
Professor Doutor André de Abreu Costa (Universidade Federal de Ouro Preto)  
Mestranda *Yandra* Karolliny Santos de Carvalho (Universidade Federal de Ouro Preto)

Carlos Magno de Souza Paiva, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 29/06/2022



Documento assinado eletronicamente por **Carlos Magno de Souza Paiva, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 29/06/2022, às 11:11, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0354117** e o código CRC **B8E41F5F**.

À Soraia, Washington e João Victor.

## RESUMO

Este trabalho, cujo propósito é viabilizar condições para o adequado tratamento normativo à ordem jurídica do Patrimônio Cultural no Brasil, desenvolve a hipótese de que as impropriedades na ordem jurídica brasileira retardam o desenvolvimento das leis pertinentes ao tema. Para isso, a base metodológica consiste na ciência da legística e na interpretação sistemática do direito, ancorada no exame crítico das principais leis da área. Verificou-se, então, uma precariedade nas disposições normativas do Patrimônio Cultural que interferem na uniformização da matéria regulada, não se esgotando apenas no conceito primário do patrimônio cultural, como em outras interpretações judiciais, que não foram aprimoradas em matéria legislativa. Ademais, os princípios ambientais parecem ser impróprios ao meio ambiental cultural, por manifestarem interpretações dissonantes quando convertidos nas hipóteses situacionais de apreciação ao patrimônio cultural. Portanto, esta pesquisa expôs inúmeras impropriedades nas legislações sobre o Patrimônio Cultural brasileiro, sobretudo, no que diz respeito ao Decreto-Lei 25/1937, o Decreto nº 3.551/2000 e a Lei nº 9.605/1998, o que parece apontar para a necessidade de uma sistematização/codificação das leis patrimonialistas no ordenamento jurídico pátrio.

**Palavras-chave:** Direito do Patrimônio Cultural; Legística; Codificação; Patrimônio Cultural; Patrimônio Cultural Imaterial.

## ABSTRACT

This paper, whose purpose is to enable conditions for the adequate normative treatment of the legal order of Cultural Heritage in Brazil, develops the hypothesis that the improprieties in the Brazilian legal order delay the development of relevant laws to the subject. In this regard, the methodological approach consists of the legislative technique and the systematic interpretation of law, anchored to the critical examination of the main laws in this field. Consequently, it was found a precariousness in the normative provisions of Cultural Heritage that interferes in the regulated matter standardization, which collapsed regarding not only the primary concept of Cultural Heritage, but also other judicial interpretations that were not improved in legislative matters. Furthermore, the environmental principles seem to be inappropriate for the cultural environment, as they manifest dissonant interpretations when converted into situational hypotheses of cultural heritage appreciation. Therefore, this research displays numerous inadequacies concerning the Brazilian Cultural Heritage legislation, especially as to Decree- Law 25/1937, Decree nº 3.551/2000 and Law nº 9.605/1998, which seem to point to the need for a systematization/codification of the heritage laws in the national legal system.

**Keywords:** Cultural Heritage Law; Legislative Technique; Codification; Cultural Heritage; Intangible Cultural Heritage.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2 A CIÊNCIA DA LEGÍSTICA E A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COMO PRESSUPOSTOS PARA ESTRUTURAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA SOBRE O PATRIMÔNIO CULTURAL</b>	<b>10</b>
<b>3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE PATRIMÔNIO CULTURAL À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL</b>	<b>13</b>
<b>3.1 A escalada conceitual na ordem legislativa infraconstitucional</b>	<b>15</b>
<b>4 IMPROPRIEDADES EM OPERAÇÕES LEGISLATIVAS EMBLEMÁTICAS DO PATRIMÔNIO CULTURAL</b>	<b>18</b>
<b>4.1 A ausência de uniformização conceitual e principiológica</b>	<b>18</b>
<b>4.2 O instituto do Tombamento e a desproporção dos demais institutos protetivos</b>	<b>22</b>
<i>4.2.1 Os vícios processuais a partir da Lei de Tombamento</i>	<i>24</i>
<i>4.2.2 O silêncio legislativo acerca do inventário e da vigilância</i>	<i>27</i>
<b>4.3 A abordagem imaterial e os imbróglis decorrentes do Decreto 3551/2000</b>	<b>30</b>
<b>4.4 A tutela penal da lei de Crimes Ambientais e o <i>quantum</i> indenizatório da obrigação de reparar</b>	<b>36</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>40</b>

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNRC	Centro Nacional de Referência Cultural
DL	Decreto-Lei
FUNARTE	Fundação Nacional de Artes
IEPHA	Instituto Estadual de Proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico
IG	Indicação Geográfica
INF	Instituto Nacional do Folclore
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
PCI	Patrimônio Cultural Imaterial
SPHAN	Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de viabilizar condições para o adequado tratamento normativo à ordem jurídica do Patrimônio Cultural no território brasileiro. Para tal, antes de revelar quaisquer defeitos e apontar correções no ordenamento, é necessário compreender a aplicabilidade e a consistência das normas patrimoniais perante os aspectos contemporâneos das relações culturais que são contempladas pela rede normativa brasileira.

É certo que a tutela do patrimônio cultural no Brasil tornou-se constitucionalmente positivada nas inovações constitucionais do século passado. A Constituição de 1934 fixa as primeiras redações de defesa ao patrimônio cultural e, a partir dela, o país passa a se preocupar com maior atenção à gestão e preservação da referida temática nos demais textos legais. Com o fenômeno normativo-constitucional de 1988, foi possível depreender várias confluências socioculturais e jurídicas na elaboração da Carta Magna, a ditar a instauração do Estado Democrático de Direito e a influência externa de organismos internacionais, como a recepção da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, a qual serviu de base para a idealização de valores referentes ao patrimônio cultural atuais no Brasil.

No entanto, embora exista uma construção legislativa de décadas, ainda se percebe um número limitado de leis regulamentadoras do tema, além de uma correspondência jurídica insuficiente às demandas socioculturais contemporâneas. Poucas leis assumem protagonismo na órbita legislativa, como a Lei de Tombamento (Decreto-Lei 25 de 1937) ou o Decreto nº 3.551 de 2000. Mesmo assim, não é possível extrair a percepção de um sistema jurídico plenamente comunicativo e, igualmente, capaz de se desenvolver diante das imprecisões de sua estrutura normativa, em matéria de Patrimônio Cultural.

Com isso, tornou-se pertinente contestar as implicações tanto materiais quanto formais das leis patrimonialistas, visto que operam em um cenário de inconstitucionalidades e dissonâncias legislativas, além de poucas contribuições da ciência jurídica relacionada ao tema.

Nessa ótica, questiona-se: diante da reduzida capacidade de leis e institutos voltados ao desenvolvimento da ordem jurídica ao Patrimônio Cultural, é possível identificar uma plena adequação legislativa na tutela dos seus respectivos bens jurídicos? Pode a ordem jurídica do Patrimônio Cultural sobreviver apenas da legislação estanque, esparsa e isolada? Tais questionamentos implantam a necessidade de uma análise de verdadeiras impropriedades que insurgem no plano jurídico do Patrimônio Cultural.

Por esse motivo, o escopo do presente trabalho será o exame crítico das principais leis da área, bem como da comunicação entre normas de feição cultural, identificando impropriedades qualitativas em sua estrutura e consequentes reflexos no sistema normativo do Patrimônio Cultural, que acarretam a interferência de um ordenamento jurídico consistente em termos de eficácia.

Para a consecução dos objetivos desta monografia, ela se subdividirá substancialmente em quatro capítulos. O Capítulo 2 irá fixar as bases metodológicas, compreendidas na ciência da legística e na interpretação sistemática do Direito, para sustento argumentativo dos elementos necessários para possibilitar a elaboração, qualificação e estruturação de leis jurídicas no ordenamento referente ao patrimônio cultural brasileiro.

O Capítulo 3 irá apresentar a natureza jurídica e as rupturas de paradigma na evolução conceitual do Patrimônio Cultural no Brasil, tendo como base e pressuposto a disposição hierárquica nas Constituições e legislação infraconstitucional, para identificar as anomalias e inconsistências emergidas no desenvolvimento dos valores jurídicos ao longo das décadas.

Em seguida, o Capítulo 4 irá atribuir foco na avaliação crítica de normativas exemplificativas que originam os problemas sistêmicos no conjunto de leis do Patrimônio Cultural, em paralelo com reflexões acerca de suas possíveis falhas sistêmicas, não se esgotando na escala legislativa, mas, ao contrário, expandindo as aplicações jurídicas na teoria geral do Direito e na atuação judiciária e executiva, ilustrando como ocorre tais aplicações no plano fático.

O objeto de estudo do capítulo se dará na análise da redação de três leis: a Lei de Tombamento (Decreto-Lei 25 de 1937), o Decreto regulador de bens imateriais (Decreto 3551/2000) e a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9605/1998). O Decreto-Lei 25 de 1937, principal exemplo, será examinado com o intuito de demonstrar os equívocos do processo de tombamento, além dos desgastes advindos da imutabilidade da norma, oriunda da década de 30. O Decreto nº 3.551 de 2000 abordará a abrangência da classificação de bens jurídicos tutelados, demonstrando a extensão da intangibilidade e a evolução do bem imaterial no ordenamento brasileiro. Por fim, a Lei nº 9.605 de 1998 terá foco na decomposição dos artigos sancionatórios, a fim de desenvolver o aspecto punitivo dos bens tutelados pelo Direito do Patrimônio Cultural.

Desta feita, o trabalho compreenderá a hipótese de que as impropriedades na ordem jurídica brasileira retardam o desenvolvimento das leis pertinentes ao tema. A investigação se dedica ao diagnóstico de problemáticas que possam ser reformadas em virtude de uma possível codificação na área do Patrimônio Cultural. Destinar-se-á, portanto, à exposição de

equivocos que possam contribuir para a sistematização do Direito do Patrimônio Cultural e viabilizar a construção lógica de um código ou uma unificação de leis patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 A CIÊNCIA DA LEGÍSTICA E A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COMO PRESSUPOSTOS PARA ESTRUTURAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA SOBRE O PATRIMÔNIO CULTURAL**

A Constituição Federal de 1988 determinou, por meio do art. 59, parágrafo único, parâmetros para elaboração, redação, alteração e consolidação das leis brasileiras, mediante lei complementar. Com essa abertura, o dispositivo ensejou o passo inicial na ordem jurídica vigente para a busca do aperfeiçoamento da legislação brasileira como um todo.

Destaca-se que, até então, a ordem jurídica pátria havia proliferado diversos atos normativos com pouco ou quase nenhum planejamento quanto à sua estrutura e comunicação, o que resultou em um ordenamento confuso e pouco pragmático no seu funcionamento. A área do Patrimônio Cultural, incorporada nos direitos culturais, pouco se articulou em favor de uma legislação mais precisa e unificada, a citar a abreviada recepção de alguns textos legais, como o Decreto-Lei 25/37, a Lei nº 3.924/61, o Decreto Legislativo nº 74 de 1977, leis e decretos referentes ao controle interno e externo de obras artísticas e literárias, entre outros, sem a devida recomposição na ordem jurídica atual.

Em âmbito constitucional, o comando do parágrafo único do art. 59 foi finalmente contemplado com a publicação da Lei Complementar 95, em 1998, por meio da qual se consolidou a dinâmica legislativa, densificando procedimentos formais mais coerentes para as leis vigentes. O texto de 1998 ainda foi complementado pelo Decreto 4.176 de 2002, a fim de melhorar a qualidade dos atos normativos e aprofundar a análise dos impactos da lei na realidade social.

Ocorre que ambas normativas não cumpriram o objetivo de reduzir a quantidade expressiva de atos normativos, nem concorreram para a melhoria da qualidade de leis. Ao contrário, foram ignorados pelos próprios parlamentares, diante da dificuldade de articular uma boa técnica legislativa. Conforme indica Fabiana Menezes Soares,

Entre outros fatores, o problema está no fato de que os regimentos parlamentares sequer introduziram modificações importantes, em decorrência da LC/98, que propiciassem algum avanço expressivo na qualidade dos textos e na otimização da publicidade ou da coerência do sistema, sem mencionar o desconhecimento de práticas de avaliação legislativa (SOARES, 2007, p. 30).

Nessa esfera, o vácuo causado pela inobservância qualitativa das leis tornou o sistema normativo suscetível a fragilidades, como “o ativismo judicial intenso, a falta de confiança na eficácia das leis (o que responde em parte pela fuga de investimentos do Brasil), a descrença nas instituições, o sentimento de injustiça” (SOARES, 2007, p. 29), figuras por meio das quais potencializam o atraso no desenvolvimento das regulamentações e comandos no direito do Patrimônio Cultural.

A evidência dessa desorganização torna necessária a implementação de políticas e leis para a devida correção no ordenamento jurídico como um todo; aliás, faz-se indispensável um planejamento acerca da disciplina do Patrimônio Cultural, objetivando atualizar as leis recebidas pelos ordenamentos anteriores e codificar o conteúdo residual, além de institutos pendentes de tratativas jurídicas, como a vigilância e o inventário.

Tendo em vista a emancipação do Direito do Patrimônio Cultural e o conseqüente desenvolvimento de seus atributos, implementam-se teorias jurídicas para o embasamento de uma estrutura legislativa sólida, com a mínima interferência de antinomias e lacunas, especialmente, sob a orientação das diretrizes da Constituição de 1988.

Para atingir tal feito, destaca-se, primeiramente, a ciência da Legística. Tal saber jurídico tem como finalidade a qualificação da legislação presente em um ordenamento jurídico, objetivando reformas na realidade social, além da democratização no acesso de textos legais (SOARES, 2007). Sua aplicação tem como escopo a melhoria da construção legislativa através da fundamentação de premissas como a problematização das dimensões político-jurídicas, a adequação ao grau de facticidade das leis, o estudo dos órgãos e procedimentos de produção legislativa, a categorização da técnica legislativa e demais características.

Substancialmente, é imperioso assinalar que a ciência da Legística se ajusta às dimensões materiais e formais do direito. Nas palavras de Soares (2007), existe a divisa da Legística Material, que

[...] reforça a faticidade (ou rea-lizabilidade) e a efetividade da legislação; seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado por meio da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico ou com a utilização de técnicas como *check list*, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes, que permitem tanto realizar diagnósticos e prognósticos como verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e os resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor (SOARES, 2007, p. 8).

Por outro lado, tem-se a Legística formal, que complementa os estudos legísticos, procurando otimizar a comunicação legislativa, de modo a compatibilizar mecanismos para a compreensão e acessibilidade das normativas do ordenamento.

O patrimônio cultural aqui se insere como um direito fundamental afirmado na Constituição com ampla potência para o desenvolvimento de sua rede legislativa complementar, apesar de carecer de tal codificação. A inserção do método da Legística pode fornecer elementos para a recomposição de noções gerais conceituais e principiológicas do Direito ao Patrimônio Cultural, além de possibilitar o trabalho dos institutos protetivos ausentes para tutela dos bens jurídicos do patrimônio cultural.

Da mesma maneira, vale salientar que a Legística se preocupa fundamentalmente com a interlocução realizada com o destinatário (bem como nas camadas do legislador/emissor, do administrador e do juiz), adotando estratégias de efetividade da lei que não se esgotam no seu poder coercitivo. Nesse sentido,

[...] em vez de se configurar tão-somente no súdito submisso ao poder estatal, que, por força da coerção, altera o sinal da conduta por medo da sanção, a proposta persuasiva da Legística coloca em evidência não só a possibilidade de constrangimento da vontade, mas também a possibilidade de uma escolha que ocorra por meio do convencimento e não pela força (SOARES, 2007. p. 10).

A proposta persuasiva se baseia na inclusão dos interessados nas etapas da legislação, em uma participação mais direta e próxima da população, no intuito de permitir uma maior comunicação da linguagem jurídica perante a sociedade e os valores sociais conjuntamente determinados. Nesta ótica, o patrimônio cultural – em íntima relação com os anseios da sociedade – constitui uma área do Direito de extrema compatibilidade para a interseção de estudos legísticos.

Noutra escala, teorizando a interpretação sistemática do direito de Freitas (2010), é possível interpor notáveis considerações sistêmicas para a materialização do Direito do Patrimônio Cultural em face do ordenamento jurídico.

A teoria aborda uma reconceituação justificada do sistema jurídico, sendo introduzida por Juarez Freitas da seguinte maneira:

Uma rede axiológica e hierárquica topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição (FREITAS, 2010, p. 56).

A definição, neste caso, não modifica a essência do sistema jurídico, mas o reveste

com a interpretação sistemática do Direito em suas situações jurídicas. Aqui, os conflitos jurídicos se sujeitam a uma interpretação hermenêutica do contexto sistêmico, buscando, no próprio ordenamento, um critério sistemático-axiológico para justificar a solução de antinomias e o preenchimento de lacunas.

Para o Direito do Patrimônio Cultural, essa interpretação se respalda na construção jurisprudencial e material dos valores jurídicos patrimoniais, os quais não possuem axiomas formados na prática e na legislação.

Noutro segmento, a interpretação sistemática permite implementar uma distinção mais clara dos valores constitucionais, o que favorece o diálogo da tutela de bens do patrimônio cultural.

Por conseguinte, justifica-se a interposição das teorias citadas para a melhoria das inconsistências normativas em âmbito do Direito do Patrimônio Cultural, enquanto ramo autônomo das Ciências Jurídicas, atribuindo expressividade à área diante das classificações do Direito Cultural e do Direito Ambiental.

### **3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE PATRIMÔNIO CULTURAL À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL**

A previsão constitucional do patrimônio cultural (artigos. 5º, LXXIII, 23, 24, 30, 129, III, 215, 216, 216-A e 225) reflete uma complexidade de fatores envolvidos na evolução histórica das cartas constitucionais antecedentes e da legislação derivada. Neste âmbito, a CF/88 projeta o degrau mais elevado na composição de elementos normativos da natureza jurídica do Patrimônio Cultural, tendo em vista a supralegalidade vinculante aos valores jurídicos necessários para o tema.

Com a leitura do art. 216 – artigo sede do patrimônio cultural – pode-se depreender inovações quanto à forma de bem tutelado (material ou imaterial, individual ou em conjunto), bem como o desenvolvimento dos critérios jurídicos para a validação da tutela sobre o patrimônio. Conforme prediz a redação do artigo:

Art. 216 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988)

Mesmo sob a prova de uma definição ampla e sólida, tal marco normativo ainda se encontra passível de discordâncias quanto às demais legislações da ordem jurídica, dado que diversos atos normativos anteriores à 1988 – e que foram recepcionados pela ordem vigente – são manifestações diretas das diretrizes axiológicas de Constituições ultrapassadas.

Nestes termos, é de extrema necessidade a investigação da dinâmica comunicativa dos textos legais passados, a fim de delimitar a consistência e aplicabilidade do conceito jurídico do Patrimônio Cultural presente na CF/88.

Inicialmente, a seção constitucional destinada à temática dos direitos culturais pressupõe esforços na Assembleia Nacional Constituinte em observância com a denominada “Constituição Cidadã”, com elementos de renovação da democracia e de implantação do Estado Democrático de Direito. Conforme analisa Fernandes (2017),

É uma Constituição aberta, eclética, plural e alinhada ao processo de redemocratização do Brasil, sendo, nesse sentido, típica de um Estado Democrático de Direito (inclusive consagrado em seu texto). Embora ela seja de viés dirigente, em algumas de suas normatividades, estabelecendo em seu bojo uma série de normas programáticas (que explicitam uma plêiade de tarefas e programas para o Estado e a sociedade) (FERNANDES, 2017, p. 282).

Na topografia do tema, Meneses (2009) lembra que os valores jurídicos do do Direito do Patrimônio Cultural foram credenciados com uma participação ativa da democracia, garantindo direitos e acesso à comunidade para usufruto e preservação do bem. Em outro prisma, também ensinou ao Estado a posição de responsabilidade e gerenciamento do bem.

Dentre as inovações, destaca-se, primariamente, a consolidação da prerrogativa popular para o ajuizamento de medidas judiciais em face de lesões ao patrimônio público. O art. 5º, LXXIII, atribuiu direito ao cidadão para promover ação popular em situações de lesão ao patrimônio público. Já o art. 129, III, conferiu ao órgão do Ministério Público, sob a figura representativa do cidadão, a legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública em face da proteção do Patrimônio Público e dos interesses coletivos de caráter cultural.

Noutra figura, também foi possível denotar uma consolidação da competência dos entes para regulamentação do tema. Os entes federativos foram contemplados diretamente com a competência de legislação, preservação e conservação do patrimônio cultural brasileiro em menção expressa na Organização do Estado, a citar os arts. 23, IV, V, art. 24, VII, VIII, e 30, IX.

Desta feita, o texto legal constitucional se concretizou como referência normativa supralegal, o que, no entanto, não se compatibilizou com o impacto do desenvolvimento

técnico do direito ao patrimônio cultural. As novas diretrizes patrimonialistas demandam a readequação da legislação já positivada em razão do contexto jurídico contemporâneo, voltado para a afirmação do direito intergeracional e da operacionalização de seus institutos de proteção e preservação.

Para tanto, na próxima etapa, abordar-se-á a evolução dos contextos jurídicos do Patrimônio Cultural, elucidando os juízos de valor e as características jurídicas conceituais inseridas pelo legislador, observando a articulação das ordens jurídicas antecedentes.

### **3.1 A escalada conceitual na ordem legislativa infraconstitucional**

O exercício do direito ao patrimônio cultural alcança *status* supralegal na Constituição de 1934, em meio à valorização do produto artístico nacional, impulsionado pelo movimento modernista do início do século e a conjuntura sociocultural da época (SOARES, 2009).

Substancialmente, os arts. 10, III, e 148 da Carta Magna de 1934 revestiram as primeiras regras protetivas de apelo supralegal, com incentivo, pelos órgãos federados, à proteção e desenvolvimento das belezas naturais e monumentos artísticos, bem como das áreas de conhecimento das artes.

Com isso, o Estado implementou uma perspectiva reducionista à proteção dos bens patrimoniais no plano constitucional, proporcionando apenas atribuições de mera preservação, pautadas na ampliação do rol de direitos de segunda geração (direito à saúde, educação, segurança, cultura, dentre outros), de forte tendência pelo Estado de Bem-Estar Social, presente na primeira metade do século XX.

Vale destacar, no entanto, que o Brasil ainda não havia concretizado nenhum marco normativo em escala federal na época, se atendo apenas ao Decreto nº 22.928 de 1933, que erigia a cidade de Ouro Preto a Monumento Nacional. O contexto jurídico até então se desdobrava nos antigos modelos jurídicos liberais, de defesa à propriedade privada e proteção de bens de caráter monumental e excepcional, em favor dos interesses particulares da elite produtora de arte e cultura. Reforça-se que a maior parte da trajetória da política de preservação no Brasil esteve relacionada à manutenção de bens culturais pertencentes a uma elite cultural e social, que construíram, por meio dos discursos intelectual e técnico, um retrato da nação, a partir de um conjunto específico de bens culturais (LIMA, 2012).

Nessa conjuntura, a década de 1930 irrompeu em políticas mais agudas na proteção de bens patrimoniais e culminou na edição do Decreto-Lei nº 25 e da criação do SPHAN, em 1937.

Ocorre que o Decreto-Lei nº 25 de 1937 trouxe, na letra seca, concepções da natureza



jurídica do Patrimônio Cultural pertinentes à época, caracterizadas pela monumentalidade e excepcionalidade. Tais critérios não desvalidam o texto legal, mas atrapalham a aplicabilidade dos aspectos valorativos na contemporaneidade, dada a incompatibilidade com a CF/88. Sob a ótica da ordem atual, o quesito material da monumentalidade foi substituído pelos critérios de referência à identidade, à ação e à memória, adotados pela CF/88.

Vale destacar que a normativa de 1937 obteve um viés pautado no tombamento de bens materiais em detrimento da inclusão efetiva de outros bens, especialmente, os de relevância imaterial, como as práticas de saber e fazer cultural.

Nesse sentido, podem-se notar ruídos na comunicação de ambas as leis, visto que não se alinham à mesma ideia em prol da validação do bem cultural, além de retardarem a codificação do sistema normativo do patrimônio cultural no tocante ao equilíbrio de outros institutos protetivos.

Com a escalada gradual do Patrimônio Cultural, a Constituição de 1946 passa a considerar o poder público como agente responsável pela proteção das “[...] obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza” (BRASIL, 1946). Como se vê, a principal inovação constitucional desta fase se dá na vinculação do Estado no dever de preservação do acervo patrimonial.

No entanto, pontua-se que o período governamental instaurado a partir de 1946 ficou inerte na mobilização de políticas e normativas em favor do patrimônio cultural, não havendo qualquer dispositivo normativo ou ferramenta jurídica que favorecesse a delimitação da natureza jurídica do bem ou melhorasse a institucionalização das classificações protetivas patrimoniais.

A ausência de medidas legislativas unificadoras pelo Estado despontou em consequências como a produção legislativa saturada, alcançando apenas produções individuais, sem a devida abordagem sistemática e/ou técnica do ordenamento jurídico. Como exemplo, a Lei nº 3.924 de 1961, que dispõe do Patrimônio Arqueológico, acaba sendo uma das poucas normativas com relevância até o período da Ditadura Militar. O poder público apenas nutriu a concepção material já determinada na primeira metade do século no exercício do tombamento, além de contemplar poucas regras protetivas em face de bens culturais específicos, propícios à valorização da cultura brasileira.

Em face da produção legislativa pouco proveitosa, o Brasil logrou êxito na época ditatorial militar (Constituições de 1967 e 1969) ao se tornar signatário da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, em 1972, trazendo novos focos de

reconhecimento cultural nas manifestações identitárias dos povos. Com essa singularidade legislativa, o país havia alcançado a maior evolução da natureza jurídica Patrimônio Cultural, especialmente na perspectiva imaterial deste marco normativo.

Com efeito, o país passa a considerar a relevância do aspecto imaterial, especialmente, tendo em vista a crescente ramificação das manifestações culturais no Brasil, os quais se desdobram na ruptura da hegemonia sobre o bem físico, para acolhimento da pluralidade cultural.

Na seara executiva, entende-se que, em meio às décadas de 60 e 70, o país desenvolveu internamente duas frentes para a formação da política nacional cultural. Enquanto o IPHAN monopolizava a restauração e valorização de bens arquitetônicos, alguns órgãos públicos executivos (como a FUNARTE e o INF) deram voz à cultura popular, empregando novas perspectivas à projeção cultural de bens. Nessa heterogeneidade, outra frente também tomou força: a criação do CNRC, com autoria de Aloísio Magalhães (que passaria a se tornar o presidente do IPHAN), cuja proposta atrelou a ideia de bens culturais à cultura popular, inclusive, agindo em descentralização dos pólos culturais da região centro-sul do Brasil para o Norte e Nordeste (CHUVA, 2012).

Tais reformulações do poder público, em conjunto com a recepção da Convenção Internacional para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, deram alento à cultura brasileira ao ampliar o aspecto imaterial, alinhando uma perspectiva que só haveria de se concretizar, em âmbito legislativo, na Constituição de 1988. Destaca-se que apenas na década de 1980 há a aceção ampliada do conceito de patrimônio, não abrangendo somente obras de artistas ou triviais, mas o popular como maneira de reafirmação da identidade cultural (FUNARI; PELEGRINI, 2006).

A partir dessa abordagem, percebe-se, em teoria, que a legislação pátria ainda demonstra incoerência na adequação do conceito jurídico de Patrimônio Cultural frente à CF/88. O diagnóstico não se perfaz necessariamente nas inovações dadas pela Carta Constitucional, mas na observância da interlocução de demais institutos e valores jurídicos antiquados quando funcionalizados na ordem jurídica, tornando a adequação normativa no plano fático obsoleta.

Logo, entende-se que a falta de comunicação e adequação legislativa favorece a imposição de critérios arcaicos, bem como acarreta no envelhecimento da legislação pontualmente desenvolvida. Passa-se à observação de leis e institutos jurídicos do Direito do Patrimônio Cultural.

## **4 IMPROPRIEDADES EM OPERAÇÕES LEGISLATIVAS EMBLEMÁTICAS DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

O impacto de algumas leis foram cruciais para o desenvolvimento do Patrimônio Cultural, tendo em vista o amadurecimento deste direito fundamental para a dinâmica normativa de sua área. O Direito do Patrimônio Cultural expressa um conjunto de normativas cada vez mais extenso e aberto, cabendo ao operador do Direito e ao legislador, em representação da comunidade, a tarefa de interpretá-la, tornando-a acessível aos beneficiários e produtores da cultura como um produto identitário e memorativo.

Assim sendo, a finalidade aqui repousa sobre a interpretação da atual estrutura do ordenamento, dissecando as hipóteses jurídicas que permeiam no âmbito do patrimônio cultural. Para tanto, aponta-se que

É certo que uma qualificada interpretação sistemática não resolve todas as perplexidades, porém se evidencia como o melhor modo de enfrentá-las. O intérprete estrutura, convém reiterar, uma cena de normas estritas, princípios e valores como que disputando a primazia ou a prevalência. Tal deve fazê-lo reconhecer nitidamente quanto há de inovador e ativo (sem cair em protagonismo abusivo) na hierarquização pertinente, não raro silenciosa, mas nem por isso menos perceptível. [...] O sistema em sua abertura, não prospera senão no intérprete em sua idêntica abertura e vocação para positivar, em definitivo, o Direito (FREITAS, 2010, p. 174-175).

Logo, convém examinar pontualmente algumas incompletudes do patrimônio cultural, invocadas nas vicissitudes materiais e processuais na proteção dos bens materiais.

### **4.1 A ausência de uniformização conceitual e principiológica**

As noções gerais conceituais do patrimônio cultural figuram entre as primeiras e mais contundentes impropriedades do Direito do Patrimônio Cultural. Afinal, em decorrência do conceito de patrimônio cultural é que se suscita os pilares de qualificação jurídica e torna unificado o entendimento acerca do que é o tema.

Em verdade, é preciso salientar que existem normas que conceituam o objeto de estudo em questão; porém, não há uma concepção unívoca que estabeleça um consenso acerca de uma definição legal e técnica do Patrimônio Cultural. Como se vê, o Direito do Patrimônio Cultural é fruto de uma legislação esparsa e, por muitas vezes, desatualizada, o que provoca, consequentemente, diversas concepções distintas no desenrolar de sua legislação.

Conforme ensina Ana Paula Alcoforado (2021), a multiplicidade de conceitos acarreta a vulnerabilidade da eficácia do sistema jurídico como um todo:

A dificuldade de aplicação das leis protetivas na prática também é resultado do emaranhado de normas sobre o tema, com dispositivos contraditórios. Não existe, por exemplo, uma definição unívoca do que seria o patrimônio cultural passível de proteção. Há uma definição no art. 1º, caput, da Lei do Tombamento; no art. 2º, inciso I, do Decreto nº 8.124/2013; e na Lei dos Crimes Ambientais. Não é incomum o judiciário perdurar em questões conceituais do que deve ou não ser protegido pelas leis que abordam o tema (ALCOFORADO, 2021, p. 88).

Sob o ponto de vista de todo ordenamento do Patrimônio Cultural, tal equívoco conceitual também atinge outras seções, como a delimitação conceitual dos institutos protetivos (tombamento, inventário, registro, vigilância, dentre outros). A autora complementa um julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, retratando a profundidade da confusão conceitual entre institutos protetivos, dada a diferença de seus efeitos jurídicos:

PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL. ART. 63 DA LEI Nº 9.605/98. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO DO BEM. DESNECESSIDADE. BEM INVENTARIADO PELO IPHAN. FORMA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 216, §1º, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I – O art. 63 da Lei nº 9.605/98 optou pela proteção do patrimônio cultural de forma genérica, por lei, por ato administrativo ou por decisão judicial. Sem mencionar expressamente o tombamento ou o inventário, que, indiscutivelmente, encontram-se compreendidos nas formas ali previstas, à luz do art. 216, §1º, da CF/88. **II. Com efeito, por ser o inventário forma de proteção do patrimônio cultural brasileiro, prevista no art. 216, § 1º, da CF/88, desnecessário é o tombamento prévio, para que o bem seja considerado protegido pela união.** III. Inventariada a edificação pelo instituto do patrimônio histórico e artístico nacional. Iphan, com fins de preservação, a competência para processar e julgar ação penal, para apuração do crime previsto no art. 63 da Lei nº 9.605/98, é da justiça federal. IV. Recurso provido. (TRF 1ª R.; RecCr 2006.39.00.008274-1; PA; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães; Julg. 29/09/2008; DJF1 31/10/2008; Pág. 76) (ALCOFORADO, 2021, p. 88) (grifo nosso).

Com efeito, nota-se uma precariedade nas disposições normativas do Patrimônio Cultural que interferem na uniformização da matéria regulada, não se esgotando apenas no conceito primário de patrimônio cultural, como também em outras interpretações judiciais, que não foram aprimoradas em matéria legislativa.

Em direito comparado,

A lei unificada do patrimônio cultural português traz consigo um conceito restrito de patrimônio cultural, em relação à exclusão dos bens naturais, bem como extrai de sua noção ampla, similar à Constituição da República de 1988, quais são especificamente os bens culturais materiais e imateriais no decorrer de seu texto (NABAIS, 2004, p. 19).

A Lei nº 107/2001 organiza-se em torno dos princípios basilares da atuação estatal, o objeto e âmbito de proteção jurídica do patrimônio, direitos, deveres e garantias dos cidadãos na matéria, estruturas administrativas em associação com a comunidade para a preservação do patrimônio cultural, tipologia dos bens culturais e sua

caracterização, além das formas de proteção e sua pormenorização procedimental, sua tutela penal, incentivos fiscais aos bens culturais e alguns regimes jurídicos autônomos (COSTA, 2008, p. 7).

Nesse ímpeto, é válido pontuar que uma positivação uniformizada do Direito do Patrimônio Cultural favorece no desdobramento de seus elementos característicos, tais quais a demarcação das diretrizes e bens a serem protegidos. Segundo Carvalho e Pinheiro (2022), um bom exemplo dessa ausência de iniciativa conceitual se refere ao Patrimônio Cultural Agroalimentar, cujos bens culturais contemplam práticas agropecuárias e culinárias indissociáveis no processo de registro. Essa visão, consoante as autoras, dialoga com a compreensão de patrimônio cultural adotada pela política do IPHAN, que, apesar de utilizar a expressão em eventos<sup>1</sup>, nunca registrou um bem com tal terminologia.

Sendo assim, uma definição fixa não apenas facilita a abrangência científica e jurídica do tema<sup>2</sup>, como também favorece o asseguramento da garantia constitucional do direito à cultura, atribuída na estirpe do patrimônio cultural, como direito fundamental da CF/88.

A par disso, os princípios jurídicos – invisíveis no campo do Patrimônio Cultural brasileiro – emergem como alternativas para contribuir na consolidação do próprio direito ao patrimônio cultural, conforme se percebe no exemplo da Lei 107/2001, de Portugal.

Na ótica brasileira, os princípios jurídicos são tratados como fontes normativas equivalentes às regras jurídicas, conforme a conjuntura pós positivista e neoliberal do ordenamento jurídico. O Estado Democrático de Direito instaurado na CF/88 gerou o desenvolvimento das proposições normativas dos princípios, tornando-se valorosas na construção de valores constitucionais e na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico (BARROSO, 2005).

Nesses termos, a veiculação sistematizada de princípios jurídicos do Direito do Patrimônio Cultural poderia incentivar uma postura construtiva ao judiciário e reformista na vertente legislativa do ramo cultural, dando impulso nas afirmações dos valores constitucionais culturais e na formulação das soluções nos casos concretos.

Vale salientar, nesse ponto, que o sistema jurídico patrimonial tem como principal alicerce os valores constitucionais ambientais. A doutrina e jurisprudência brasileira tem forte tendência em ajustar princípios do Direito Ambiental para a proteção dos bens culturais, haja vista a sua integralização no plano macro do bem constituído pelo meio ambiente natural.

---

<sup>1</sup> "Patrimônio agroalimentar: promovendo saberes e práticas" (IPHAN, 2019); "Quitandeiras de Minas Gerais e o Patrimônio Agroalimentar" (IPHAN, 2020).

<sup>2</sup> O que abre margem para a distinção de sua natureza jurídica frente às classificações da Administração Pública, no Direito Administrativo, além de singularizar sua concepção nas espécies de intervenção restritiva da propriedade.

Com isso, pode-se citar o princípio do direito fundamental ao meio ambiente, além de princípios constitucionais norteadores do art. 225 da CF/88, como o princípio do direito à sadia qualidade de vida, o princípio da obrigatoriedade, da intervenção do Poder Público, o princípio da precaução, o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador, o princípio da informação, o princípio da participação, o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da responsabilidade objetiva e o princípio da equidade geracional (SOARES, 2009), que se associam na dinâmica judicial da preservação do patrimônio cultural.

Nessa toada, embora empreenda um rol de princípios para composição dos conflitos, estes não são suficientes e o Direito do Patrimônio Cultural ainda carece de uma base principiológica própria que alimente a efetiva proteção de bens culturais tutelados pelo ordenamento, adequando e pormenorizando as suas peculiaridades. Cabe dizer que

O arcabouço principiológico ambiental é extremamente importante e influente na tutela dos bens culturais, mas a aplicação desses princípios não abarca todas as situações de dano ou ameaça de dano ao patrimônio cultural, nem garante uma ampla possibilidade de se atingir sua efetiva proteção, em decorrência das especificidades que os bens culturais, especialmente os bens imateriais, possuem. No entanto, vale repetir o esforço para construção de uma base principiológica específica para que a matéria não se afaste da concepção de bens culturais como integrantes do meio ambiente (macrobem) (SOARES, 2009, p. 132).

Cabe ressaltar que os princípios ambientais podem ser necessariamente impróprios ao meio ambiental cultural, por manifestar interpretações dissonantes quando convertidas nas hipóteses situacionais de apreciação ao patrimônio cultural. Como se pode ver no caso do Princípio ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado,

[...] em determinadas situações, é justamente a falta de equilíbrio é que deve ser tutelada.[...] É em nome de um suposto equilíbrio ambiental irreflexivo que se fecham as portas para a evolução cultural de novas contribuições artísticas, e se abre espaço para a elitização da cultura e a exclusão sociocultural (PAIVA, 2015, p. 183-184).

Na mesma reflexão, tem-se a crítica ao exercício dos princípios da Precaução e da Prevenção, aplicados ao meio ambiente em sentido amplo, isto é, tanto aos bens naturais quanto culturais. Tal aplicação irrestrita se mostra inapropriada aos bens culturais, pois os princípios visam a

[...] evitar, na dúvida sobre os possíveis efeitos, as novas leituras e novas apropriações que são tão comuns ao patrimônio cultural. Isso implicaria exatamente a petrificação de sentidos e a inviabilidade de novas contribuições culturais. Não há cabimento pensar que, em razão da impossibilidade científica de se demonstrar os efeitos de uma nova compreensão do patrimônio cultural, deve-se manter a compreensão antiga (PAIVA, 2015, p. 117).

Não obstante, isso não significa que a constituição principiológica deva ser desprovida de estímulos de outras áreas. Tendo em vista a perspectiva de um sistema jurídico aberto e passível de uma interpretação axiológica do ordenamento jurídico e de seus valores constitucionais primordiais, o ramo do Patrimônio Cultural deve ser constituído com uma ampla relação transdisciplinar, isto é, sob um suporte principiológico complementar de outras áreas, nutrindo-se de princípios administrativos (principalmente aqueles relacionados à gestão administrativa), do Direito Urbanístico, do Direito Tributário e muitos outros, em vista de constituir diretrizes para desenvolver sua base principiológica própria.

Ademais, convém sublinhar que a compatibilização de princípios deve ser harmonizada não apenas em favor da regulamentação e trato dos bens materiais e imateriais, mas também em fomento das relações privadas com inferência direta na preservação do patrimônio cultural ou nas implicações do dano ou ameaça deste.

Portanto, a fixação sistematizada de princípios do Direito do Patrimônio Cultural lhe daria autonomia para amplificar as tratativas da relação jurídica de abrangência patrimonial no território brasileiro.

#### **4.2 O instituto do Tombamento e a desproporção dos demais institutos protetivos**

No exercício da tutela dos bens culturais, há diversas possibilidades para o acautelamento do patrimônio. O rol do art. 216 da CF/88 não é taxativo e os instrumentos de proteção dos bens culturais se tornam cada vez mais especializados quanto ao tipo de bem cultural, além de serem colaborativos na relação entre o Poder Público e os grupos formadores da sociedade brasileira.

Com o fim de melhorar a aplicabilidade conjunta desses meios de preservação, deve-se arquitetar uma comunicação legislativa harmônica e dialógica, objetivando uma delimitação precisa e livre de incoerências na efetividade da tutela dos bens culturais.

Em ordem cronológica, o Decreto-Lei 25 de 1937 inaugurou a primeira regulamentação de grande valia sobre um instituto protetivo no Brasil, sendo o mais conhecido no sistema normativo do Patrimônio Cultural. Afinal, o Decreto-Lei é longínquo e decorre da década de 30, permanecendo vigente até a atualidade, dada a sua recepção no passar das Constituições e o seu caráter vanguardista frente à tutela do patrimônio cultural brasileiro.

O tombamento é apenas um dos demais institutos que o § 1º do art. 216 da CF/88 classifica em virtude da proteção de bens com elevada importância cultural. Baseia-se em um

procedimento administrativo de caráter estatal na propriedade, vez que o Poder Público o institui e regulamenta. Também se caracteriza pela intervenção de um regime jurídico protetivo sobre o bem, móvel ou imóvel, a fim de conservar e preservar seus elementos culturais.

Nesse compasso, percebe-se que o Decreto-Lei resulta de pressões intelectuais, na iminência do período ditatorial, em 1937, sendo uma potência normativa quanto a sua concentração de esforços:

Esse decreto-lei, conquanto tenha sido fruto e instrumento da Ditadura de Vargas, do autoritarismo estatal, inegavelmente, resultou de aprofundados estudos, da sensibilidade de alguns políticos da época e das pressões dos intelectuais na busca da revalorização da cultura nacional e constitui-se em documento-chave da matéria. É ele verdadeiro somatório das experiências e contribuições das elites, assimiladas ao longo de uma luta em favor da institucionalização da proteção ao patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico, além de ter introduzido a prática da limitação dos direitos patrimoniais em função de interesses sociais sem a consequência necessária de indenizar (PIRES, 1994, p. 37).

A normativa também foi o ponto de partida para produção legislativa no tocante à inserção das noções gerais e diretrizes do Patrimônio Cultural e o instituto do tombamento. Por este motivo, o exame crítico do Decreto-Lei deve ser mais minucioso, uma vez que ela carrega consigo status de marco normativo na afirmação da disciplina. A infraestrutura do texto conta com a instauração de critérios sobre o patrimônio cultural e de valoração do bem (art. 1º a 3ª), além dos procedimentos para o tombamento (art. 4º ao 10º) e seus respectivos efeitos jurídicos (art. 11 a 30), face à qualificação jurídica protetiva.

Apesar de contribuir na efetivação da preservação do patrimônio cultural, observa-se que o Decreto-Lei 25/37 foi fruto de um impulso constitucional precário da Constituição de 1934, perfazendo apenas alguns elementos normativos na elaboração da lei, sem contemplar devidamente todas as características da disciplina, como os bens imateriais e a atribuição imprecisa dos critérios reducionistas (monumentalidade e excepcionalidade) na positivação dos juízos de valor do que se entende por patrimônio cultural. De tal maneira, depreende-se que “o excesso de regulamentação **ou a sua inexistência** concorrem para o baixo nível de eficácia técnica porque comprometem a execução do comando normativo e/ou a implementação de uma nova situação jurídica” (SOARES, 2007, p. 14, grifo nosso).

Vale lembrar que, em caso de obscuridade da lei, embora haja uma oportuna interpretação sistemática na apreciação judiciária - pela qual realoca ou direciona o comando ou entendimento do artigo - tal medida não corrobora a construção do Direito em caráter dialógico com a sociedade, nem incentiva uma mudança legislativa com o fim de qualificar



tecnicamente o Decreto-Lei, conforme entendimento da contemporaneidade. Há, na verdade, a implementação de interpretações judiciais e atos normativos estanques, com pouca tecnicidade, em função do impasse constatado em lei.

O tombamento também levanta divergências em matéria de conceituação do patrimônio cultural, suscitando controvérsias quanto à natureza do ato administrativo (se é ato administrativo vinculado ou discricionário) e à sua própria natureza jurídica (se é servidão administrativa, limitação administrativa ou modalidade autônoma de intervenção na propriedade privada). Ambas discussões geram opiniões distintas na doutrina até a atualidade, uma vez que não foram concretamente definidas na Lei de Tombamento ou pela legislação no desenvolvimento das Constituições.

Tendo em vista tais lacunas, esses impasses obstam a proximidade da norma frente aos princípios contemporâneos do Patrimônio Cultural e impede que a lei seja atualizada em favor da eliminação das incoerências decorrentes da regulamentação da década de 1930.

#### *4.2.1 Os vícios processuais a partir da Lei de Tombamento*

A questão processual emerge inconstitucionalidades na ordem jurídica vigente dada a ausência de iniciativa legislativa e a falta de manutenção no procedimento da tutela dos bens. Não bastasse a ausência de procedimentos para o inventário e a vigilância, o ordenamento apresenta impropriedades no tocante ao tombamento e ao registro.

Nesse sentido, o DL nº 25 de 1937, por exemplo, perpetua atributos em seu processo de tombamento que destoam dos valores pertinentes ao devido processo legal da CF/88. O procedimento apresenta imprecisão no rol de legitimados para o procedimento, suscitando incertezas acerca de qual ente federativo e qual órgão pode tomar o bem<sup>3</sup>.

A redação do § 1º do art. 216 da CF/88 reveste ao Poder Público a prerrogativa para instituir a proteção do bem por meio do tombamento. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em sede de Ação Cível Originária, há uma interpretação amplamente admitida para o termo: “A expressão Poder Público possui como destinatárias todas as esferas de atuação estatal, seja federal, estadual ou municipal, incluindo a divisão tripartite de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)” (STF. ACO 1208 AgR MS. Relator: Min. GILMAR MENDES. DJ 24/11/2017, p. 6).

Acrescente-se, por oportuno, que, na mesma decisão, é tratada a possibilidade de

---

<sup>3</sup> A dúvida também é suscitada quando o proprietário do bem sujeito ao tombamento é um ente federativo, como no caso do tombamento por ofício (art. 5º do Decreto-Lei 25/37), na hipótese em que o ente destinatário da tutela é hierarquicamente superior ao ente que propõe a proteção (como no caso do Município face o Estado ou o Estado face à União). Tal matéria foi objeto da ACO 1208 AGR/MG, pelo STF, que admitiu tal possibilidade.

proceder o tombamento via lei ou mediante ato do executivo. Nesse conflito, amplamente controverso, o relator entendeu pela dupla possibilidade, admitindo, porém, a ressalva que o ato legislativo seja procedido com a continuidade do ato executivo:

[...] no caso de ato declaratório legal, para a consecução do tombamento definitivo, é necessário que haja continuidade do procedimento pelo Poder Executivo, competindo-lhe dar seguimento aos demais trâmites do tombamento, a depender do tipo: de ofício (bem público – art. 5º), voluntário (acordado com o proprietário – art. 7º) ou compulsório (independentemente da aquiescência do proprietário – art. 8º e 9º) (STF. ACO 1208 AgR MS. Relator: Min. GILMAR MENDES. DJ 24/11/2017, p. 19).

Dessa forma, verifica-se que o processo administrativo do tombamento ainda se demonstra inapropriado tecnicamente para harmonizar os sujeitos e as competências responsáveis pela adequação do instituto protetivo na ordem jurídica.

Segundo os arts. 8º e 9º, 3, e 18, também se extrai uma inconstitucionalidade relativa à participação popular dentro do procedimento administrativo do tombamento. Entende-se que o patrimônio cultural corrobora a acessibilidade de grupos formadores da sociedade brasileira na esteira da tutela de bens jurídicos, mas não há colaboração legislativa e/ou executiva que importe na aproximação da sociedade ao processo de tutela dos bens.

Em reflexo aos valores democráticos, o processo de tombamento não possui meios processuais de inclusão à comunidade afetada pelo tombamento, tal como ocorre na composição técnico-administrativa do juízo de valor cultural ou na articulação do regime jurídico da área de entorno. A classificação do tombamento implica intervenções diretas na população que acessa e usufrui do bem patrimonializado, bem como na população do entorno que deve se conformar à paisagem do local ou do bem conjunto.

Nessa perspectiva, tendo em vista a vertente principiológica constitucional de estímulo ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), o Direito do Patrimônio Cultural não atende às demandas populacionais na constituição da tutela de bens patrimoniais.

Noutro aspecto, o instituto do destombamento, que se configura no processo reverso, isto é, na descaracterização do valor sobre o bem tombado, expõe uma clara inconstitucionalidade sobre a natureza de seu ato normativo. Conforme dita o Decreto-Lei nº 3866 de 1941 (normativa sede do destombamento), o ato - exercido de ofício ou em grau de recurso - compete unicamente ao Presidente da República (Chefe do Poder Executivo), que pode conceder o destombamento sob a justificativa do interesse público, em caráter discricionário.

Destaca-se que este Decreto-Lei surgiu no mandato ditatorial de Getúlio Vargas, em 1941, e foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, acompanhado da Lei de

Tombamento. Nesse sentido, tendo em vista o contexto político em que foi colocado, além da ausência de intervenção dos outros poderes, tal mecanismo se configura em um ato unilateral dado ao chefe do poder executivo, violando o equilíbrio do princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88).

Noutra seara, no que se refere ao Decreto nº 3.551/2000, pela ótica do registro, o panorama procedimental melhora visivelmente, apesar de ainda carecer de algumas impropriedades oriundas da natureza do bem. Por um lado, percebe-se que o Decreto nº 3.551/2000 inova na atribuição de um rol específico de legitimados ativos para a solicitação do registro (art. 2º do Decreto nº 3.551/2000), bem como torna otimizada a escrituração/administração dos bens registrados, mediante dossiê. Ao mesmo passo, a Resolução 001/2006 do IPHAN viabiliza condições processuais para a consolidação do processo administrativo do Registro. Verifica-se até mesmo uma evolução na autonomia processual popular, pelo art. 3º, § 5º do Decreto nº 3.551/2000 (e art. 12 da Resolução 001/2006 do IPHAN), ao se garantir o direito de manifestação àquele que queira impugnar, ao respectivo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, o parecer técnico do IPHAN acerca do iminente admissibilidade do registro.

Todavia, o processo de registro ocasiona o mesmo conflito do tombamento na competência para a tutela, manifestado na possibilidade de ser concedido por ato executivo ou mediante lei. Ocorre que a consecução do registro se dá por um procedimento unifásico, não se limitando em uma etapa provisória, como é o caso do tombamento, que possibilitasse a atribuição do título por impulso inicial de lei.

Como ilustra Vicente de Paula Ataíde Junior e Giseli Laguardia Cheim:

[...] o registro de um bem como patrimônio cultural imaterial brasileiro não é uma *escolha política*, mas uma atividade vinculada, inerente à Administração Pública federal, constituindo-se em procedimento administrativo técnico de avaliação para a perfeita determinação do que é e do que não é patrimônio cultural imaterial brasileiro, do que deve e do que não deve ser objeto de outras salvaguardas. [...] Por essa razão é que se pode dizer que o *registro* dos bens culturais imateriais se situa dentro das atividades tipicamente administrativas, dado que empreende uma investigação *concreta, específica e casuística* desses bens, o que é incompatível com as características típicas da atividade legislativa (generalidade, abstração e impessoalidade) (ATAÍDE JÚNIOR, CHEIM, 2021, on-line).

Levando em consideração a transgressão do princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), a via legislativa é, portanto, passível de inconstitucionalidade no processo de registro, não devendo ser considerada como hipótese. Salienta-se que o registro, aqui colocado em linha comparativa diante do instituto do tombamento, será analisado de forma mais detida no tópico subsequente, em razão de sua relevância para a proteção do patrimônio cultural

imaterial.

Atente-se também quanto à prática do tombamento de bens naturais. A CF/88 admite a tutela de sítios paisagísticos e ecológicos por meio de seu art. 216, V, e complemento do art. 7º da Convenção Internacional para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972.

Constatando-se o estabelecimento da concorrência entre tutela ambiental e tutela patrimonial, é preciso delimitar a competência e o espaço de atuação dos órgãos oriundos de cada área do Direito, a fim de evitar a interferência nos critérios de fiscalização e regulamentação de cada tutela (natural ou patrimonialista) exercida sobre o bem, evitando a invasão de competências e a negligência sobre a gestão, em face da outra proteção instaurada. Para tanto, afirma-se que

Mesmo sendo o tombamento um ato administrativo voltado à proteção dos bens culturais – competente, em âmbito nacional, ao Ministro da Cultura – e que coloca sob a responsabilidade do IPHAN a tutela do objeto material em causa (portador de valores e significados culturais), não são raras as constatações de casos em que houve ou há o tombamento de áreas ambientais, reservas florestais ou ecossistemas locais em razão das suas propriedades exclusivamente naturais” (PAIVA, 2015, p. 157).

Ilustrativamente, a Serra do Mar, em São Paulo, foi objeto de tombamento por meio da Resolução 40, de 1985. No caso em tela, o tombamento foi firmado sem a projeção de qualquer aparato institucional da Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo frente à tutela do Patrimônio Cultural sobre o bem.

Nesse exemplo, fica evidente a completa impropriedade na forma como foi empregado o tombamento. Ora, um ato promovido pela Secretaria de Cultura, que não possui um corpo técnico especializado em matéria ambiental/ecológica e que busca, especialmente, a preservação da natureza e a manutenção da qualidade ambiental, não tem condições de promover a tutela que se espera, por exemplo, na fiscalização, apuração dos danos e na atribuição de responsabilidades por eventuais danos “ambientais” à Serra do Mar. Ademais, põe em risco o próprio poder/dever de polícia do Estado, abrindo possibilidades para que os diferentes órgãos de gestão ambiental e cultural se esquivem de responsabilidades. (PAIVA, 2015, p. 160-161)

Nesse sentido, para não se configurar em uma impropriedade, é devido a conciliação entre órgãos responsáveis pela manutenção do bem, tanto em âmbito do meio ambiente natural quanto em âmbito do meio ambiente cultural.

#### *4.2.2 O silêncio legislativo acerca do inventário e da vigilância*

Em que pese a inserção dos demais institutos protetivos, quais sejam, a vigilância e o inventário, ambas se projetam como potências para fomentar uma rede normativa

compartilhada e corretamente justaposta diante das situações jurídicas do Direito do Patrimônio Cultural.

Em linhas gerais, a tarefa interpretativa do ordenamento e do legislador, após a CF/88, deve se repousar sobre a coordenação dos institutos protetivos do patrimônio cultural em face do conflito e/ou da conjunção de tais institutos, sobretudo, no âmbito de atuação da dicotomia entre o tombamento e registro.

O inventário, por um lado, viabiliza a sistematização, informatização e acesso de bens com relevância cultural. Aqui não há restrição quanto à natureza do bem, podendo ser, móvel ou imóvel, público ou privado, nacionais ou estrangeiros (desde que fixados no país) (SOARES, 2009), o que multiplica as possibilidades de tutela sobre determinados bens, de difícil compreensão, com um aporte simplificado, mas igualmente próspero na sistematização dos tipos de bem cultural.

Nesse sentido, tendo em vista o caráter metodológico na catalogação de manifestações culturais, esse instrumento amplia a informatização dos bens, favorecendo aos demais institutos protetivos que não possuem aplicação conjunta, a fim de organizar o acervo registral e histórico dos bens individualizados, atingindo uma proteção mais qualificada.

Ilustrativamente, o inventário poderia servir de alicerce no levantamento de elementos de bens registrados para a concepção de uma nova categoria (isto é, a edição de um novo Livro) ao Decreto nº 3.551/2000, relativo ao registro, tendo em vista a prerrogativa do art. 1º, § 3º, do Decreto supracitado, sobretudo, na discussão que aborda a necessidade de aparatos jurídicos para identificar as manifestações culturais sobre o rápido desenvolvimento de novas tecnologias.

Pontualmente, o mecanismo protetivo do inventário não apresenta nenhuma legislação infraconstitucional a nível federal, o que gera eternas discussões quanto aos seus efeitos jurídicos, especialmente na sua comunicação com o tombamento. Apesar disso, ele é mais brando em seus efeitos jurídicos, o que lhe diferencia do tombamento.

Como se vê, o litígio judicial sobre bens inventariados emana precedentes jurisprudenciais em favor e contra à imputação dos mesmos efeitos do inventário ao tombamento, por sua inserção constitucional no art. 216 da CF/88.

O primeiro julgado, do TJMG (7ª Câmara Cível), em sede de apelação cível, demonstra entendimento do relator pela procedência dos mesmos efeitos do tombamento sobre o inventário:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO. MUNICÍPIO DE ARAGUARI. IMÓVEL DA DÉCADA DE VINTE. "RELICÁRIO". ALTERNATIVAS PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO, INVENTÁRIOS, REGISTROS, VIGILÂNCIA, TOMBAMENTO E DESAPROPRIAÇÃO, ART. 216, §1º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TOMBAMENTO NÃO HOMOLOGADO PELO PREFEITO MUNICIPAL DISCRICIONARIEDADE. RESPONSABILIDADE DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DO BEM APÓS O INVENTÁRIO NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL COLETIVO EVIDENCIADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

I. Por analogia ao artigo 19, caput, primeira parte, da Lei da Ação Popular de se proceder ao reexame necessário da sentença proferida na Ação Civil Pública que julgou improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Estadual;

II. O tombamento é apenas um dos institutos que tem por fim a tutela do patrimônio histórico e artístico, mas não o único;

III. A Constituição da República de 1988 alçou o inventário como instrumento jurídico de preservação do patrimônio cultural, ao lado do tombamento, da desapropriação, dos registros, da vigilância e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216 §1º, CR/88).

**IV. O bem de valor cultural inventariado merece a proteção do Estado, de tal sorte que o seu proprietário tem o dever de protegê-lo, pois este instituto de proteção, ao lado dos demais, constitui importante cadastro de bens sociais de inegável valor sócio- cultural, razão porque não pode o Poder Judiciário ignorá-lo sob pena de esvaziar a memória de um povo;**

V. A notificação do proprietário deflagra o tombamento provisório, devendo o proprietário se abster de realizar qualquer intervenção no bem, sob pena de fazê-lo com vontade livre e consciente no sentido de causar ofensa ao sentimento coletivo, ou de valores compartilhados pela coletividade;

VI. As diversas atividades de dilapidação do antigo "Relicário", intensificadas após o inventário e a notificação do tombamento provisório, evidenciam a responsabilidade do proprietário pelos danos causados à coletividade; [...]. (TJMG - Apelação Cível 1.0035.09.161507-6/001, Relator (a): Des.(a) Washington Ferreira, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/12/2012, publicação da sumula em 14/12/2012). (grifo nosso)

Por outro lado, um segundo julgado, também do TJMG (6ª Câmara Cível), deliberou pela insuficiência do instrumento protetivo na concretização de efeitos, haja vista a inexistência de lei correspondente:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. IMÓVEL. INVENTÁRIO. EFEITOS. NORMA DISCIPLINADORA. INEXISTÊNCIA. DEVER DE RESTAURAÇÃO E CONSERVAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA CONFIRMADA NO REEXAME NECESSÁRIO.

A inexistência de norma dispondo sobre os efeitos do inventário para o titular do imóvel inviabiliza a imposição de obrigações em seu desfavor nos autos da presente ação civil pública. Sendo o Município isento do pagamento de custas, bem como ausente qualquer despesa em sentido estrito no presente caso, não há se em condenação do público municipal nos ônus de sucumbência." (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0481.09.093570-3/001, Relator (a): Des.(a) Edilson Fernandes, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/03/2014, publicação da súmula em 25/03/2014).

Nessa disparidade, a regulamentação faz-se necessária, devendo ser legislada a favor da organização substancial do inventário, para ensejar os devidos efeitos e uma possível correlação na conjunção com outros institutos.

A omissão legislativa também se perpetua no caso da vigilância, que se difunde no ordenamento – assim como a desapropriação – em outras áreas. O instituto se caracteriza pelo “puro exercício das atribuições que são inerentes aos órgãos diretamente responsáveis pela proteção dos bens culturais e pelo zelo dos interesses públicos” (SOARES, 2009, p. 290). Está intimamente atrelada ao poder de polícia, enquanto papel do Estado na prevenção e fiscalização de eventual possibilidade de dano ao patrimônio histórico, artístico e cultural, consoante a função de órgãos estatais vinculados ao patrimônio cultural.

A vigilância tem relação direta com a atuação fiscalizadora do Poder Público, sendo exercido no trâmite das obrigações legais da Administração nas atribuições do patrimônio cultural protegido. A ampla utilização desse instituto na prevenção e segurança de situações jurídicas do patrimônio cultural toma frente nos três entes federativos (pelos arts. 23, III e IV, além do art. 30, IX da CF/88).

Para tanto, torna-se fundamental a vigilância sobre a segurança dos bens tombados que necessitam de uma fiscalização mais rigorosa, especialmente, tendo em vista que há menos prejuízo (financeiro e material) na prevenção da degradação ou destruição do patrimônio cultural. A Portaria nº 375, de 17 de agosto de 2018, do IPHAN, por exemplo, disciplina, por meio do art. 42, algumas finalidades que podem ser encorpadas à normatização da vigilância:

Art. 42. O Iphan realizará ações e atividades de Autorização com as seguintes finalidades:

1. Efetivar os princípios da Precaução e da Prevenção;
2. Controlar a circulação de bens culturais protegidos;
3. Participar do combate ao tráfico ilícito de bens culturais; e
4. Disciplinar a pesquisa em bens arqueológicos.” (IPHAN, Portaria nº 375, 17 de agosto de 2018)

O instituto também pode ser fundamental na projeção defensiva de sítios urbanos e bens conjuntamente tombados, como os núcleos históricos tombados de Ouro Preto e Diamantina. Em virtude da competência legislativa municipal, a instituição da vigilância pode ser facilitada pela atuação dos órgãos executivos municipais, com maior efetividade e sob um foco mais localizado.

#### **4.3 A abordagem imaterial e os imbróglis decorrentes do Decreto 3.551/2000**

O conceito de patrimônio cultural incluído no art. 216 da CF/88 concebe novos

elementos no dimensionamento do bem cultural passível de tutela. Dentre eles, denota-se a atribuição constitucional da intangibilidade do bem cultural, que se insere na abordagem patrimonial como nova propriedade, pendente de adequação da legislação antecedente e superveniente sobre o tema.

O aspecto imaterial já havia sido projetado na legislação pátria ainda nas proposições do Decreto-Lei 25/37, quando as manifestações culturais modernistas promoveram políticas de valorização de renovadas identidades culturais do país. Como destaca Maria Coeli Simões Pires:

Essa preocupação com os bens imateriais e com os demais elementos de identidade da cultura brasileira não emerge nova em nossos dias. A história registra que, na década de 30, o fortalecimento da nova elite industrial e comercial marcou nova fase em nosso país com repercussão na cultura. O enfraquecimento dos laços de dependência com o exterior, ocasionado pela grave crise mundial, possibilitou a revalorização dos elementos constitutivos da identidade cultural nacional. Foi nesse período que o escritor Mário de Andrade foi convidado pelo então Ministro da Educação, Gustavo Capanema, a elaborar o anteprojeto de lei que visasse a proteção estatal do patrimônio, consoante expusemos em capítulo próprio e, já lia, para Mario de Andrade, as manifestações artísticas não esgotavam nos objetos e monumentos (PIRES, 1994, p. 85).

No entanto, a efetivação da cultura imaterial no Brasil apenas se torna palpável quando o país, em âmbito executivo, no decorrer da segunda metade do século XX, passa a valorizar a cultura tradicional popular, além de se tornar signatário da Convenção da Unesco sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, adotando uma noção de imaterialidade pautado na causa identitária dos povos.

A gradativa evolução da imaterialidade do patrimônio ganha espaço na observância cultural dos povos, através da apreciação dos domínios e modos de fazer e as formas de expressão de seus grupos sociais populares, valorizados pela riqueza de suas peculiaridades (SOARES, 2009, p. 29-30).

Em âmbito jurídico, a Constituição Federal de 1988 rompe com o paradigma materialista até então instaurado ao longo das cartas constitucionais, implementando uma tratativa contemporânea do patrimônio cultural, com relações de aproximação e mútua relação entre o aspecto material e imaterial. Na ótica de Juliana Santilli,

**A concepção abrangente adotada pela Constituição foi a de que não é possível compreender os bens culturais sem considerar os valores neles investidos e o que representam – a sua dimensão imaterial -, e, da mesma forma, não se pode entender a dinâmica do patrimônio imaterial sem o conhecimento da cultura material que lhe dá suporte.** Procurou, assim, abranger as manifestações culturais de caráter processual e dinâmico, em geral transmitidas oralmente. Os bens imateriais abrangem as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças, receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental. Incluem ainda os conhecimentos, inovações e práticas culturais de povos indígenas,



quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedade farmacêuticas, alimentícias e agrícolas. Tal concepção abrange ainda as formas culturais diferenciadas de apropriação do meio ambiente, em seus aspectos materiais e imateriais. (SANTILLI, 2005, p. 47, grifo nosso).

Em que pese a estrutura institucional da tutela ao patrimônio cultural imaterial - centrada na legislação e órgãos competentes à matéria – deve-se fazer um alerta à caracterização dos bens culturais no plano jurídico. A seção imaterial se diferencia da classificação material na medida em que preserva um instituto dinâmico, não se limitando à mera preservação estática e/ou “congelada” dos bens móveis ou imóveis de caráter tangível.

A partir desse pressuposto, verifica-se que a rápida transformação das relações socioculturais no século atual, acompanhada de um desenvolvimento tecnológico acentuado tem o poder de modificar rapidamente os processos constitutivos e conservativos dos espaços e manifestações culturais.

A partir da década de 1990, a maior abrangência legal oferecida pelo art. 216 permitiu que fossem traçadas políticas de conservação mais inclusivas. Contudo, no mesmo passo, aqueles que trabalhavam nesse campo passaram a enfrentar desafios operacionais em lidar com os instrumentos existentes em face de nossa riquíssima diversidade cultural. O único meio de acautelamento até então regulado, o tombamento, tornara-se insuficiente para proteger e promover outros bens culturais que não os que se encaixavam nas disposições do Decreto-Lei nº 25/37 (MAGNO, 2014, p. 14).

O novo desafio, dessa forma, passa a se identificar na adequação instrumental de legislações que consigam conformar as novas manifestações culturais na finalidade protetiva do bem. Nas complementações de Inês Virgínia Prado Soares,

O patrimônio intangível como integrante do patrimônio cultural traz como consequência a necessidade de que o Poder Público desenvolva outras formas para tutela das diversas formas de expressão e produção intelectual. Com o avanço da ciência e da tecnologia, esses elementos surgem e se agregam à vida de modo tão rápido que a percepção e a seleção do que é realmente referência intergeracional - e, portanto, merece tutela jurídica do patrimônio imaterial no modo de criar, fazer e viver - é uma tarefa extremamente delicada, já que as formas e os instrumentos utilizados podem se tornar inócuos e obsoletos rapidamente (SOARES, 2009, p. 118).

Insta ressaltar uma iniciativa institucional em virtude da qualificação da legislação imaterial, manifestada na “Carta da Comissão do Patrimônio Imaterial Brasileiro ao Ministro da Cultura”, de autoria de Marcos Vilaça, Eduardo Portella, Joaquim Falcão e Thomas Farkas (1999), em que propõe a regulamentação do registro (instituto protetivo) ao patrimônio cultural imaterial.

Substancialmente, embora a Carta não vincule qualquer normatividade ao

ordenamento jurídico, tal documento aborda orientações políticas e normativas de extrema importância na tratativa imaterial dos bens culturais de relevância no Brasil. A ideia central do texto remete a cinco diretrizes que fornecem orientações sobre o tipo de proteção (que seria o registro), o modo de instituição da proteção, quem deve tutelar e como tal proteção deve ser procedida.

Nessa conjuntura, inferem-se apontamentos mais aprofundados à segunda e terceira diretriz, fundamentando as impropriedades trazidas até então. Por um lado, a segunda diretriz recomenda a responsabilização ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural na regulamentação do patrimônio cultural imaterial, restringindo a possibilidade de tornar a competência imaterial distinta da característica material.

A opção pela manutenção do mesmo órgão nas diligências do Patrimônio Cultural deduz a unificação da decisão e da regulamentação dos bens culturais materiais e imateriais. O IPHAN, principal órgão executivo do país na disposição e controle dos bens culturais protegidos, também seria incluído nessa função, a fim de reduzir a fragmentação administrativa e a consequente as funções administrativas de caráter burocrático, além de distribuir de maneira mais equitativa a importância material entre os bens materiais e imateriais, claramente desnivelados.

Por outro lado, a terceira diretriz faz-se necessária enquanto estratégia para conceituar o bem imaterial merecedor da tutela, constante na Constituição no art. 216, I, II e III da CF/88. Pela redação da Carta,

Ao invés de tentarmos uma definição a priori, dogmática, optamos por remeter o conceito inicialmente aos parâmetros genéricos definidos no próprio texto constitucional. Em seguida, enumeramos os quatro livros onde serão registrados os bens, definindo-os de maneira indicativa e abrangente. Tudo a permitir e estimular que o próprio Conselho, através de uma jurisprudência conceitual, elabore, no dia a dia, o conceito de patrimônio imaterial. Nossa opção, Senhor Ministro, foi por um saber construído, e não por um saber dado. Foi por um saber, diria o poeta, de experiência feito. (IPHAN, 2006, p.74)

Isso significa que o desenvolvimento da vertente imaterial deve ser observada em seu processo, não se finalizando na percepção do seu resultado, enquanto processo dinâmico e resultante de esforços coletivos de grupos sociais que o país leva em consideração na tutela do bem intrínseco.

Enquanto meio de efetivação da salvaguarda do bem imaterial, o registro também levanta controvérsias na temática da legitimação ativa para acautelamento do bem preservado. Isto porque CF/88 envolveu uma proteção mais democrática, valorizando a intervenção de atores, detentores e produtores culturais na produção artística e cultural tutelada em nosso

país. Ocorre que tal abertura possibilita questionamentos acerca da possibilidade de se atribuir o registro mediante processo legislativo na via parlamentar, enquanto ato declaratório, dado que o setor legislativo é representativo da sociedade como um todo.

Para tanto, existe um dissenso na doutrina e jurisprudência que torna o procedimento legislativo suscetível à invalidade, enquanto inviabiliza o objetivo técnico-jurídico que parte da competência executiva para atribuição do juízo de valor à prática ou manifestação imaterial registrada.

Nessa toada, o que vale emergir desse debate é o limite de atuação do poder legislativo na formulação de políticas públicas para o acautelamento dos bens tutelados. Importa afirmar que não se pode transgredir a atribuição típica e consolidada pelo poder executivo, haja vista que o Decreto-Lei 25/37 e o Decreto nº 3.551/2000 estão amparados pela tecnicidade do poder executivo estatal para atribuição da relevância jurídica ao bem; em tal contexto, deve ser respeitada a abertura democrática em virtude dos mecanismos que viabilizem o aperfeiçoamento da proteção formal e não do ajuizamento de valor do bem como patrimônio cultural (COSTA, 2019).

Como exemplo, pode-se citar o Projeto de Lei 632/2019, de autoria do deputado Coronel Henrique. O texto original pleiteava a declaração do processo de fabricação do Doce de Leite Viçosa como patrimônio imaterial de Minas. Contudo, a Comissão de Cultura adequou a redação, ao argumento de que "a atribuição de declarar determinado bem – material ou imaterial – como patrimônio cultural é privativa do Poder Executivo, já que esse ato demanda uma série de estudos minuciosos e inventários técnicos próprios da esfera administrativa" (BORGES, 2021, on-line). Em que pese a discussão sobre os contornos do cerne do patrimônio cultural, eis que o objeto em linha se refere a um processo de fabricação industrial, o desfecho da questão correspondeu à publicação da Lei nº 24.033/2022, que reconheceu como de relevante interesse cultural do Estado o processo de fabricação do doce de leite Viçosa, produzido no Município de Viçosa.

Substancialmente, entende-se que o processo de Registro foi desenvolvido após a sua positivação em 1988, por meio do Decreto nº 3.551/2000, Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial em 2003 e Resolução 001/2006 no intuito de amplificar o patrimônio cultural imaterial e eliminar o desequilíbrio ensejado pelo monopólio da política do tombamento.

Trata-se, fundamentalmente, de um processo administrativo técnico, instaurado pela Administração Pública Federal, por meio de um ato declaratório e tecnicamente avaliado que salvaguarda os conhecimentos e domínios produzidos coletivamente, em atenção à uma área

historicamente invisibilizada pelo Direito do Patrimônio Cultural.

No entanto, Costa (2020) alerta para a imprecisão acerca dos efeitos jurídico-sociais do registro, que possuiria natureza declaratória no que tange aos direitos intelectuais coletivos dos detentores dos saberes dos bens culturais imateriais.

Cabe evidenciar que o Decreto nº 3.551/2000 e a Resolução 001/2006 oferecem disposições consolidadas na proteção destes bens, a citar as denominações da legitimidade ativa e o procedimento formal mais acessível. No entanto, o registro apresenta impropriedade no efeito jurídico de seu ato, de caráter declaratório, por corroborar situações jurídicas que o aproximam à espécie de ato constitutivo.

Nesse conflito, a imposição de tal instrumento protetivo apresenta fragilidade na interlocução da tutela dos bens imateriais perante os detentores dos bens culturais emanado na instituição do instrumento legal.

Rodrigo Vieira Costa evidencia que

Apesar de o IPHAN, após o início da vigência do Decreto e durante a aplicação do instrumento, ratificar sua posição final de que os efeitos jurídicos do Registro eram apenas declaratórios, de reconhecimento, valorização, com fins de promover apoios e fomentos para a transmissão e continuidade do bem, isso não foi suficiente para demover os detentores de utilizar o Registro como certificador de seus direitos coletivos sobre o PCI. Isso porque interpretam a titulação e a certificação do PCI como limitadores de apropriações indevidas sobre os bens culturais imateriais, isto é, usos e explorações por eles não autorizados, bem como danos, lesões ou ameaças que comprometem a sua continuidade e a transmissão intergeracional. Por outro lado, acreditam que a Constituição Federal de 1988 outorgou-lhes a titularidade coletiva dos bens culturais imateriais reconhecidos formalmente. A visibilidade nacional ocasionada pela salvaguarda do Registro permitiu que criações, expressões, saberes tradicionais desses coletivos fossem apropriadas por terceiros (COSTA, 2020, p. 328).

O autor sustenta a inserção de efeitos constitutivos, de maneira implícita, manifestada na interpretação dos detentores perante o registro, quando estes insurgissem em face de ameaça ou apropriação externa sobre a prática cultural protegida, por terceiros e/ou até mesmo por intervenções estatais.

Nesse sentido, afirma-se que a confusão pode ocasionar a subversão do ato administrativo, o que desencadeia em novas concepções sujeitas à dinâmica da tutela do registro, como o reconhecimento dos direitos intelectuais coletivos<sup>4</sup> (COSTA, 2020).

Um exemplo diz respeito ao modo de fazer Queijo Artesanal do Serro, que foi o primeiro bem registrado como patrimônio imaterial em Minas Gerais (2002). No caso de

---

<sup>4</sup> Na acepção aqui empregada, por direitos intelectuais coletivos compreendem-se aqueles de titularidade coletiva, indivisíveis, imprescritíveis, não embargáveis, impenhoráveis e intransferíveis, dos detentores sobre bens culturais imateriais registrados sob formas de expressão e modos de saber-fazer, conhecimentos tradicionais, associados ou não a bens materiais, produtos e resultados de suas dinâmicas, exercidos de acordo com as regras do seu direito costumeiro, cuja violação representa danos coletivos (SAMBUC, 2003, p. 203).

reprodução revestida de falseabilidade, o instrumento do registro não seria capaz de tutelar o direito intelectual coletivo dos detentores do modo de fazer. Nesse sentido, os detentores pleitearam a Indicação Geográfica (instrumento de propriedade intelectual) para a devida proteção intelectual coletiva da “Região do Serro” (2012). Por sinal, o Decreto nº 3.551/2000 havia sido pensado, originalmente, como um caminho único, absorvendo a função da IG, o que não prosperou na versão oficial (COSTA, 2020). Os imbróglis decorrentes do efeito do registro não escapa ao Judiciário, conforme agravo de instrumento em que o magistrado incorreu em erro de interpretação ao julgar a expressão “do Serro” como marca, não como microrregião produtora de queijo artesanal<sup>5</sup>.

Na hipótese da intervenção estatal, tal conflito (entre detentores e Estado) pode desequilibrar a fluida relação entre a tecnicidade do ato declaratório do Poder Público e a posição da comunidade perante a tutela do bem, ou seja, os critérios rígidos e formais levantados no processo de declaração do registro pode ser tensionado diante das possíveis consequências constitutivas geradas à comunidade, quando esta se demonstrar contrária às disposições sistematizadas no instituto, pela atuação administrativa.

#### **4.4 A tutela penal da lei de Crimes Ambientais e o *quantum* indenizatório da obrigação de reparar**

A tutela penal do patrimônio cultural se configura como uma das formas de proteção aos bens culturais no país. A Carta Constitucional resguarda, pelo art. 24, VII, a competência legislativa concorrente aos entes federativos para a proteção do patrimônio artístico, cultural, histórico, turístico e paisagístico, situando o patrimônio cultural como espécie do meio ambiente protegido, conforme art. 225, § 3º, no capítulo do meio ambiente.

Desta feita, apesar de possibilitar condições para a positivação de sua legislação penal, a responsabilização do dano contra os bens patrimoniais se encontra desprovida de legislação qualificada na ordem específica do Direito do Patrimônio Cultural, uma vez que o ordenamento jurídico infraconstitucional disponibiliza, atualmente, apenas a Lei nº 9.605/1998 em conjunção com as Leis nº 3.924/61 e 4.845/65 para tipificação da conduta ilícita na proteção dos bens culturais. Diretamente, “No Ordenamento jurídico brasileiro não

---

<sup>5</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento no 1.0000.18.050517-4/001. Ação de abstenção de uso de marca. Jarbas Ribeiro de Carvalho EPP. versus Cooperativa dos Produtores Rurais do Serro Ltda. Relator: Claret de Moraes. Belo Horizonte, 16 de julho de 2018. Jus Brasil. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/847408762/5051824320188130000-mg/inteiro-teor-847408842>. Acesso em: 10 jun. 2022.

há absolutamente nenhum dispositivo incriminador das condutas atentatórias ao patrimônio cultural imaterial” (PAIVA, 2015, p. 165).

Partindo-se da problematização da própria Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais):

O principal aspecto a ser ressaltado aqui é a imprecisão dos dispositivos penais no Brasil que, por desconsiderarem o que é e qual a função do patrimônio cultural, confundindo-o com os bens naturais, consideram, em muitas ocasiões, apenas os danos contra o suporte físico dele. E esse ponto torna-se ainda mais preocupante quando se constata que o Ministério Público, principal titular da ação penal pública, adota e torna pública a sua posição de que “[...] o mesmo regime jurídico aplicável constitucionalmente aos bens ambientais naturais será aplicável aos bens culturais (OURO PRETO, 2009)” (PAIVA, 2015, p. 163).

Nesse aspecto, a extensão e vinculação dada ao Direito Ambiental torna, novamente, a compreensão do Direito do Patrimônio Cultural comprometida, assim como em outras deduções, a citar a seção de princípios jurídicos. Depreende-se que o sistema normativo do patrimônio cultural não se confunde com a ordem do Direito Ambiental, o que deve ser reparado para permitir uma adequação própria à seara específica do patrimônio cultural.

Pelas disposições sancionatórias dos arts. 62 a 65 da Lei 9605 de 1998, entende-se que o dano ao patrimônio cultural não se qualifica penalmente na ofensa material, mas na violação do valor cultural ostensivo consolidado em lei, em aliança ao valor incorpóreo que demarca e identifica a comunidade.

A legitimação da tutela penal dos bens que integram o patrimônio cultural não se baseia na defesa de sua propriedade, mas fundamentalmente na função social de tais bens, uma vez que se busca a proteção do patrimônio cultural sob seu aspecto imaterial, que é suprapatrimonial, ou seja, é desvinculado da ideia de titularidade sobre as coisas corpóreas que ostentam o valor protegido (MIRANDA, 2006, p. 206).

Com efeito, nota-se que o bem jurídico ofendido não se repousa na estrutura coisa em si, mas na sua manifestação valorosa de caráter cultural, artístico ou histórico, que é corrompida com o dano praticado pelo agente infrator, em desobediência ao princípio da supremacia do interesse público, manifestamente presente na hipótese. Assim, qualquer lesão que ameaça ou danifica efetivamente o valor coletivo difuso projetado pelo bem torna a conduta suscetível de sanção pelo ordenamento.

Examinando a finalidade da pena, o ordenamento deve operar em favor da aplicação de uma pena com ênfase na finalidade preventiva e de tratamento ao dano com intensidade macrossocial. Para tanto, a acepção ambiental pode, aqui, servir de alicerce para constituição de um sistema penal que não se baseie unicamente na finalidade primordial retributiva (de

justa punição ao agente infrator), como ocorre no Direito Penal.

Com efeito, nas palavras de Inês Virgínia Prado Soares,

A tutela dos bens, no plano penal, depende de normas estruturadas para atender a quatro finalidades primordiais: a) ser uma resposta social, já que a exposição de perigo ou a ofensa ao meio ambiente apresentam-se como danosidade macrossocial; b) ser um instrumento de pressão à solução do conflito; c) ser um meio para se atingir a efetividade das normas gerais protetoras do meio ambiente; e principalmente, d) ser um instrumento de prevenção de dano ou perigo ao meio ambiente (SOARES, 2009, p. 386).

Destaca-se que a conduta reprovável deve ser coibida para evitar o risco de desaparecimento do significado empregado no valor cultural do bem, em especial, o patrimônio arqueológico, que se alia diretamente ao aspecto temporal. Dessa forma, a ideia deve se complementar na responsabilização dos agentes e na composição de medidas restauradoras do bem jurídico ofendido.

No espectro dos agentes envolvidos no ilícito penal, a responsabilização pessoal do dano deve ser associada à dinâmica decorrente do art. 3º da Lei nº 9.605/98. Danos de maior intensidade, que envolvam a atividade de pessoa jurídica, devem ser inferidos em uma conduta de maior potência ofensiva, havendo correlação com as pessoas físicas que cometerem o ilícito, em obediência à dinâmica penal da participação no crime. Na seara do patrimônio cultural, deve ser levado em conta a individualização do dano por pessoa física e por pessoa jurídica, sendo devida a individualização da pena de acordo com circunstâncias subjetivas do caso concreto, como a figura do proprietário de bem tombado.

Já no enfoque da responsabilização civil sobre a reparação do dano, impende observar a aplicabilidade do valor estimado ao patrimônio cultural e histórico enquanto bem de relevante interesse público, sendo que, em situação de lesão, nasce a obrigação de indenização e reparação em face do ato ilícito que degrada o bem protegido. Aqui, deve-se reafirmar que o patrimônio cultural se constitui como direito social, de caráter coletivo ou difuso e que o ilícito viola, portanto, a comunidade como um todo, ensejando o dano macrossocial.

A dificuldade em definir um *quantum* indenizatório reside na incapacidade de se metrificar, pragmaticamente, a amplitude do dano causado, haja vista as múltiplas interações do patrimônio, bem como o seu caráter intergeracional.

Como pressuposto, parte-se da ideia de que o dano prejudica interesses metaindividuais, configurando a responsabilidade objetiva do agente infrator, não havendo controvérsias quanto à sua culpa ou intenção. Logo, basta o liame causal para surgir a obrigação de reparar. A conjugação dos 225, § 3º, e o art. 216, § 4º, da Carta Magna, além do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, afasta a possibilidade da Administração Pública insurgir outras

espécies de responsabilidade (como a responsabilidade subjetiva).

Em âmbito material, em caso de lesão por abandono, demolição ou descaracterização do bem

[...] a medida necessária para se reparar o dano será, via de regra, a restauração, enquanto procedimento técnico que tem por objetivo restabelecer a unidade do bem cultural, respeitando sua concepção original, os valores que justificaram a proteção e seu processo histórico de intervenções. Sempre que possível, o retorno do bem ao status quo ante, volvendo a uma situação o mais próxima possível da sua condição original, é medida prioritária e obrigatória na reparação de bens culturais.<sup>6</sup> Trata-se da *reductio ad pristinum status*, ou seja, o restabelecimento à condição de origem (MIRANDA, 2020, on-line).

Nessa discussão, a divergência desponta na demolição total do bem. Os efeitos da restauração não são pacificados no ordenamento, pois há entendimento em favor da inadmissibilidade da restauração do bem, dado a perda da dimensão valorativa em sua estrutura. Como a omissão legislativa impera, não existe procedimento que assente essa problemática.

A hipótese torna-se ainda mais complicada quando se passa à liquidez da indenização pecuniária. Os elementos valorados no patrimônio cultural não possuem fixação quanto ao valor monetário, devendo sua estimativa partir da divisão patrimonial e extrapatrimonial concebida na sua relevância cultural. Com efeito, pressupõe-se uma valoração sobre a estrutura material que caracteriza o bem (em caráter patrimonial), além da estimativa acerca do impacto social do bem (em caráter extrapatrimonial), tendo em vista a reversibilidade do dano, a magnitude de acessibilidade à sociedade e a intensidade do dano na ruptura de identidade para a comunidade afetada.

Tal explicitação, entretanto, não exime que tal matéria seja abordada em julgados frequentemente. Conforme apelação cível nº 1.0024.05.813498-2/005, do TJMG, observa-se a disposição do *quantum* indenizatório diante de condutas antijurídicas praticadas pela Igreja Universal do Reino de Deus em desfavor do patrimônio cultural – edificação protegida por tombamento no município de Belo Horizonte/MG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. VÍCIO ULTRA PETITA INEXISTENTE. IMÓVEIS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA TOMBAMENTO HISTÓRICO E CULTURAL. DEMOLIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA ANTIJURÍDICA PATENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS E MATERIAIS. REPARAÇÕES DEVIDAS. VALOR DA REPARAÇÃO PELO DANO PATRIMONIAL. ARBITRAMENTO CORRETO. REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO. EXCESSO DE ARBITRAMENTO. REDUÇÃO. CONSTRUÇÃO DE MEMORIAL ALUSIVO AOS IMÓVEIS DEMOLIDOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER POSSÍVEL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL CORRETO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O cerceamento de defesa



ocorre se o órgão judicial impede a realização de prova necessária. Estando os fatos documentalmente comprovados, está ausente o suposto cerceamento. 2. Ocorre vício ultra petita da sentença quando o julgador concede à parte ativa além do que pretendeu. Respeitado o limite, a sentença é válida. 3. É do proprietário a obrigação de conservar, reparar e restaurar o bem em processo de tombamento histórico e cultural. Portanto, sua demolição, mesmo que parcial e sem a respectiva autorização do Poder Público, revela-se inadmissível. 4. Comprovada a conduta antijurídica, os danos morais coletivos e materiais devem ser reparados. 5. O valor da indenização deve atender os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Confirma-se o arbitramento da reparação pelo dano patrimonial corretamente realizado, porém, há que se reduzir o valor excessivo da indenização pelo dano moral coletivo. 6. Considerando a irreparável perda cultural que as demolições representam aos municípios, a construção de memorial alusivo às construções demonstra-se obrigação de fazer razoável para atenuar o respectivo dano. 7. Em princípio, o devedor no caso de ato ilícito encontra-se em mora desde a data que o mesmo é perpetrado. Assim, os juros moratórios não podem ser contados a partir do trânsito em julgado da sentença. 8. Apelação cível conhecida e parcialmente provida para reduzir o valor da indenização pelo dano moral coletivo, rejeitadas duas preliminares. (grifo nosso) (TJMG - Apelação Cível 1.0024.05.813498-2/005. Relator (a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, julgamento em 23/02/2016, publicação da súmula em 02/03/2016)

No julgado, é possível perceber que há estimativa sobre o valor e parâmetros judiciais para denotar uma quantia líquida; muito embora o patrimônio cultural ainda esteja em observância, unicamente, sob a roupagem do meio ambiente, voltando-se aos preceitos do Direito Ambiental. Novamente, ressalta-se que a idealização do *quantum* sobre a liquidação da indenização deve recair sobre o contexto próprio do patrimônio cultural ou histórico afetado.

Vale dizer que o impulso de legislar acerca desta matéria deve ter um escopo direcionado à prevenção do bem patrimonial. Isto porque é de extrema importância, no Direito do Patrimônio Cultural, a manutenção dos elementos identitários que significam o bem, tendo em vista a transcendência do patrimônio cultural à temporalidade que, em caso de dano, pode se tornar irreversível a depender do caso concreto.

Nessa ótica, a produção legislativa em face da tutela penal deve inculcar regras que não se orientem apenas pela coerção, na relação de medo de sanção do destinatário; mas deve, por outro lado, objetivar o elemento legístico da persuasão (SOARES, 2007), valendo-se do convencimento da lei no constrangimento da vontade do cidadão, a fim de assentar uma concepção social conscientizada na inviolabilidade do bem tutelado, dada a consequência potencialmente irreversível.

## 5 CONCLUSÃO

A ordem legislativa destaca traços de obsolescência e inconstitucionalidade na aplicação de seus dispositivos e comandos, influenciando em uma precária adequação dos

institutos jurídicos do patrimônio cultural. Diante do exposto, reafirma-se a necessidade de expandir o conhecimento técnico-jurídico acerca do Direito do Patrimônio Cultural, tendo como escopo os pressupostos axiológicos e jurídicos afirmados na CF/88.

Como se vê, constata-se que o Direito do Patrimônio Cultural nasce em meio a um processo de renovação da identidade brasileira, na década de 30, porém desfalcado de diretrizes principiológicas e juízos de valores que pudessem abranger uma evolução plena do Direito. Embora tenha ganhado contorno material ao longo das décadas, por meio da lapidação do conceito e da vinculação estatal na sua proteção, o patrimônio cultural não desenvolveu uma tecnicidade e cientificidade sobre as feições conceituais, legislativas, processuais e sancionatórias sobre o Direito.

Impende observar que houve uma tratativa acerca do tema, que resultou no rompimento do paradigma do patrimônio material e possibilitou a inserção de parâmetros excedentes à concepção materialista clássica. Mesmo assim, a Carta Magna de 1988 limitou-se ao estabelecimento de regras programáticas que haveriam de ser complementadas na legislação infraconstitucional, sendo que, ainda na contemporaneidade, não se pode observar coerência na aplicabilidade do tema.

Isto porque há muitas controvérsias que retardam a afirmação do direito ao patrimônio cultural. Não bastasse a concepção primordial, que ainda busca admitir processos mais abrangentes, o aparato institucional peca na delimitação da política e judicialização dos processos protetivos.

As impropriedades já se destacam na ambientação do conceito jurídico positivado na CF/88, inovador quanto à matéria mas inoperante na abrangência da definição na legislação já recepcionada pelos sistemas jurídicos anteriores. Além disso, a base principiológica se encontra ausente e imprópria à abordagem de princípios de natureza ambiental. Destaca-se uma defasagem na ordem patrimonial oriunda da falta de autonomia de suas diretrizes, pela subsidiariedade que estas enfrentam, dado à recepção de outras áreas, como o Direito Ambiental ou o Direito Administrativo.

Também foi abordada a relação entre os institutos que protegem, conservam e preservam o patrimônio cultural, observando o referencial da Lei de Tombamento para elucidar os mecanismos substanciais, processuais e técnicos presentes na tutela dos bens, suscetíveis de imprecisões em sua funcionalização. Essa perspectiva deu suporte jurídico para investigação das demais alternativas institucionalizadas pela CF/88, tais quais o registro, a vigilância e o inventário (pontualmente, em vista que existem outros), os quais foram analisados quanto às operações jurídicas que as tornam incompatíveis e, ademais,

demonstram-se suplementares na produção do direito.

Por fim, foi indagada a coerência e os limites da parte sancionatória, tendo em vista a insuficiência de dispositivos componentes da responsabilização do dano ao patrimônio cultural, observada a interpretação sistêmica constituída, sob omissão legislativa, na concordância de legislações diversas de outras áreas jurídicas transdisciplinares ao tema.

Portanto, a hipótese inicial parece encontrar agasalho, uma vez que esta monografia trouxe à tona inúmeras impropriedades nas legislações sobre o patrimônio cultural no ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, alerta-se para as limitações deste trabalho, que possui o caráter de diagnóstico inicial, sendo, pois, indicada a continuidade dos estudos para maior aprofundamento acerca da fragilidade dos institutos protetivos aqui evidenciados. Assim, ainda que sem a pretensão de esgotar as impropriedades (entendendo ser esse um conceito aberto, que abarca imprecisões, lacunas, antinomias e falhas, no geral), espera-se que este trabalho possa contribuir para os estudos vindouros, envolvendo, quiçá, uma eventual codificação das leis patrimonialistas brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, A. R. P. **A utilidade de um código de bens culturais brasileiro: análise comparativa a partir do paradigma italiano**. p. 77-90, 2021.

ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula; CHEIM, Giseli Laguardia. O reconhecimento do patrimônio cultural imaterial como competência do Iphan. 20 de maio de 2021. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/opinio-patrimonio-cultural-imaterial-brasileiro>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BORGES, Gabriel Ferreira. Fabricação do doce de leite Viçosa é reconhecida como interesse cultural. **O Tempo**. Publicado em 17 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/fabricacao-do-doce-de-leite-vicosa-e-reconhecida-como-interesse-cultural-1.2571017>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil**, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm) . Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto 3.551, de 04 de agosto de 2000**. Institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o programa nacional do patrimônio imaterial e dá outras providências. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto\\_n\\_3.551\\_de\\_04\\_de\\_agosto\\_de\\_2000.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_n_3.551_de_04_de_agosto_de_2000.pdf) f Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. Ag. Reg. na Ação Cível Originária 1208 Mato Grosso do Sul. Estado do Mato Grosso do Sul versus União. Brasília, 24 nov. 2017. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164772>. Acesso em 01 jun. 2022.

BRASIL. **PORTARIA Nº 375, DE 19 DE SETEMBRO DE 2018**. Institui a Política de Patrimônio Cultural Material do Iphan e dá outras providências. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/portaria3752018sei\\_iphan0732090.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/portaria3752018sei_iphan0732090.pdf). Acesso em 10 jun. 2022.

CARVALHO, Yandra Karolliny Santos de; PINHEIRO, Rosana Sampaio. **A Proteção do Patrimônio Cultural Agroalimentar por meio do Direito de Propriedade Intelectual**.

Reunião Aberta do Núcleo de Pesquisa em Direito do Patrimônio Cultural (NEPAC) - UFOP. 30 de maio de 2022. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/11Ni0cFA\\_qaQnhwJXGGADcf87G144U4JS/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/11Ni0cFA_qaQnhwJXGGADcf87G144U4JS/view?usp=sharing). Acesso em: 09 jun. 2022.

CHUVA, Márcia. **Por uma história da noção de patrimônio cultural no Brasil**. 2012. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/CHUVA\\_Marcia\\_Por-uma-historia-da-nocao-de-patrimonio-cultural.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/CHUVA_Marcia_Por-uma-historia-da-nocao-de-patrimonio-cultural.pdf). Acesso em: 19 mai. 2022.

COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. **O Poder Legislativo no Desenho Institucional da Política de Preservação do Patrimônio Cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

COSTA, Rodrigo Vieira. **A ideia do Código de Proteção do Patrimônio Cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais**. V ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. 28 a 30 de maio de 2008. Salvador - Bahia. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-02.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2022.

COSTA, Rodrigo Vieira. **Os Efeitos Jurídico-Sociais do Registro do Patrimônio Cultural Imaterial Brasileiro**. Revista Culturas Jurídicas. v. 7 n. 18, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/46242>. Acesso em: 6 jun. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador, Bahia. 9ª Edição. JusPodivm Ed, 2017.

FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

FUNARI, P. P.; PELEGRINI, S. C. A. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

IPHAN. **O Registro do Patrimônio Imaterial. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial**. Brasília, dezembro de 2006. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv\\_ORegistroPatrimonioImaterial\\_1Edicao\\_m.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv_ORegistroPatrimonioImaterial_1Edicao_m.pdf). Acesso em: 02 jun. 2022.

LIMA, Alessandra Rodrigues. **Patrimônio Cultural Afro-brasileiro: Narrativas produzidas pelo Iphan a partir da ação patrimonial**. 2012. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Disserta%2B%C2%BA%2B%C3%BAo%20Alessandra%20Rodrigues%20Lima.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

MAGNO, Viviane. Uma breve análise do patrimônio cultural imaterial brasileiro na regulamentação do Decreto nº 3.551/2000: novas perspectivas e possibilidades de acautelamento. **Publica Direito**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84b069ebd287d467>. Acesso em: 01 jun. 2022.

MENESES, Ulpiano Toledo Bezerra. **O campo do patrimônio cultural: uma revisão de premissas**. 2009. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/4%20-%20MENESES.pdf>. Acesso em 03 jun. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0000.18.050517-4/001. Ação de abstenção de uso de marca. Jarbas Ribeiro de Carvalho EPP. versus Cooperativa dos Produtores Rurais do Serro Ltda. Relator: Claret de Moraes. Belo Horizonte, 16 de julho de 2018. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/847408762/5051824320188130000-mg/inteiro-teor-847408842>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0024.05.813498-2/005. Relator: Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, 02 de março de 2016. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864015704/apelacao-civel-ac-10024058134982005-mg> . Acesso em: 10 jun. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.0024.05.813498-2/005. Igreja Universal do Reino de Deus versus Ministério Público. Relator: Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, 02 de março de 2016. **TJMG**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=100240581349820052016193183>. Acesso em 10 jun. 2022

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível/Reexame Necessário nº 1.0481.09.093570-3/001. Relator: Edilson Fernandes. Belo Horizonte, 25 de março de 2014.. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://lucasvalladao.jusbrasil.com.br/artigos/204312226/tombamento-versus-inventario-a-eficacia-na-protecao-do-patrimonio-cultural>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.6150.76-412009.8.13.0035. Relator: Washington Ferreira. Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944275303/apelacao-civel-ac-10035091615076001-araguari/inteiro-teor-944275388>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Constituição Federal assegura ampla proteção ao patrimônio cultural do país. **Consultor Jurídico**. 11 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-11/constituicao-assegura-ampla-protecao-patrimonio-cultural-pais>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural. 16 mar. 2020. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-16/ambiente-juridico-responsabilidade-civil-danos-patrimonio-cultural#sdfnote8anc>. Acesso em 12 jun. 2022.

MIRANDA, Marcos Paulo de Sousa. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do patrimônio cultural**. Coimbra: Almedina, 2004.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. **Direito do Patrimônio Cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural: o tombamento como principal instituto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAMBUC, Henri-Phillipe. **La protection internationale des savoirs traditionnels**. Paris: L'Harmattan, 2003.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. Editora Peirópolis, Instituto Socioambiental e Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/SANTILLI\\_Juliana-Socioambientalismo-e-novos-direitos.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/SANTILLI_Juliana-Socioambientalismo-e-novos-direitos.pdf) . Acesso em 31 mai. 2022.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 9, p. 7-34, 2007. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/1278/3/0001278.pdf>. Acesso em 02 dez. 2021.