

Patrimônio histórico-cultural como Direito Fundamental de preservação da memória coletiva

Fabricio Veiga Costa

Doutor em Direito Processual pela PUCMINAS, Professor do Programa de Pós-Graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. E-mail: fvcufu@uol.com.br

Stella de Oliveira Saraiva

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. E-mail: stellasaraiva@hotmail.com

Resumo: O objetivo do trabalho é investigar o patrimônio histórico-cultural como um direito fundamental de preservação da memória coletiva, proteção jurídica assegurada pela Constituição da República de 1988, legislação infraconstitucional e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Iniciando a análise da temática a partir da premissa de que o reconhecimento e a concretização dos direitos fundamentais constituem a base do Estado Democrático de Direito, passa-se à busca das razões de proteção do patrimônio cultural e, neste ponto, da memória coletiva, que é a base de formação da sociedade. A escolha do tema justifica-se em razão da sua relevância prática, teórica e atualidade, além da importância de debate acadêmico como forma de estimular o exercício da cidadania mediante a participação popular na tomada das decisões do Estado. Resultado de uma pesquisa bibliográfica e documental, foi eleito o método de estudo dedutivo, no qual se demonstra que o patrimônio cultural, como um direito com vocação coletiva *latu sensu*, tem aptidão para habitar os mais diversos ramos do direito, exigindo um cuidado transdisciplinar sempre tomado em prol da coletividade.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Memória coletiva. Direito fundamental Coletivo. Cidadania.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Patrimônio histórico-cultural como Direito Fundamental de preservação da memória coletiva

Fabricio Veiga Costa

Stella de Oliveira Saraiva

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo investigar o patrimônio histórico-cultural como um direito fundamental coletivo, demonstrando-se que a implementação do respectivo direito constitui uma forma de preservar a memória coletiva de um povo ou sociedade. A escolha do presente tema justifica-se em razão de sua relevância teórica, prática e atualidade, haja vista que se trata de discussão de grande importância para a sociedade brasileira, além da necessidade de desenvolvimento de estudos transdisciplinares envolvendo direito, história e memória coletiva. Visando a contextualizar a problemática científica proposta, o carnaval é exemplo de patrimônio cultural imaterial, com *status* de direitos metaindividuais diretamente relacionados com memória coletiva do Brasil.

O estudo inicial dos direitos fundamentais como referencial do Estado Democrático de Direito foi essencial para evidenciar a dimensão coletiva e transindividual do patrimônio histórico-cultural, expressamente previsto no texto da constituição brasileira de 1988,

legislações infraconstitucionais, além de tratados e convenções internacionais.

Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, desenvolveu-se um estudo com o condão de compreender, de forma transdisciplinar, o que é memória coletiva, esclarecendo-se que se trata de um desdobramento do direito fundamental coletivo ao patrimônio cultural e, também, um meio de viabilizar a proteção jurídico-constitucional da história da sociedade brasileira. Proteger juridicamente a memória coletiva por meio da preservação do patrimônio cultural material e imaterial são meios hábeis de manter as tradições históricas da sociedade brasileira.

Com o objetivo de estudar, de forma científica, o patrimônio cultural como um direito fundamental, o presente artigo foi desenvolvido, a partir da compreensão de que a memória é a materialização do sentimento de pertença do povo e resultado das influências do homem sobre o ambiente em que vive. Os entraves à preservação do patrimônio cultural são muitos, especialmente, aqueles relacionados ao aspecto econômico das sociedades e ao dispêndio financeiro para a manutenção desse acervo patrimonial. Por outro lado, há políticas e mecanismos jurídicos com aptidão para tornar efetiva a proteção desse direito fundamental coletivo *lato sensu*.

A delimitação do objeto da pesquisa se dá com a apresentação das seguintes perguntas problema: qual é o fundamento constitucional hábil a justificar que o patrimônio cultural é um direito fundamental coletivo imprescindível à proteção da memória histórica da sociedade brasileira? Há exemplos práticos que evidenciam no Brasil a preservação de patrimônio cultural como pressuposto para proteção da memória coletiva?

Utilizando-se do método dedutivo, partiu-se da premissa teórica dos direitos fundamentais, sendo possível perceber o patrimônio cultural como um direito fundamental, essencialmente difuso, intrínseco ao ser humano enquanto ser pertencente a um determinado lugar. E, com uma pesquisa bibliográfica e documental,

buscou-se verificar as bases da proteção jurídica do patrimônio cultural no ordenamento jurídico vigente, identificando-se, ao final, que o patrimônio cultural, assim como sua proteção jurídica, é algo construído ao longo da história e baseado na memória, a partir da certeza de que nada acontece sem ela.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REFERENCIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O estudo da teoria dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito é essencial para o entendimento de que o patrimônio cultural se constitui em direito fundamental, e que sua observância é condição para a preservação da memória coletiva, cuja natureza jurídica é de direito metaindividual, uma vez que sua titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas e deve ser preservado com o objetivo de proteger a história de um país ou sociedade.

Em razão do pluralismo e diversidade da sociedade contemporânea, que se desenharam e reconfiguraram ao longo da história, justifica-se a proteção da memória coletiva mediante a preservação do patrimônio cultural. Os direitos fundamentais foram sistematizados de modo a assegurar aos seus titulares a proteção jurídica de bens de dimensão individual e coletiva, Por isso, “os direitos fundamentais, como resultado da personificação e positivismo constitucional de determinados valores básicos [...], integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, a substância propriamente dita” (SARLET, 2004, p. 70). Ou seja, “o núcleo essencial substancial, formado pelas decisões fundamentais,

de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias” o que se denomina “certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo” (SARLET, 2004, p. 70). É nessa perspectiva teórica que se evidencia o patrimônio cultural material e imaterial, como referenciais hábeis à preservação da memória histórica da sociedade brasileira.

O carnaval é uma manifestação cultural protegida juridicamente como um patrimônio cultural imaterial. A cidade de Caravelas, localizada no extremo Sul do Estado da Bahia, preserva as tradições culturais locais, especialmente no que tange à festa de carnaval. “A cidade não conta com uma lei de tombamento dos bens culturais, porém os mesmos possuem um valor para os residentes da ordem histórica, social, cultural e acima de tudo afetiva” (BATISTA; ÁVILA, 2006, p. 11). Nesse sentido, “faz-se necessária à preservação destes bens materiais e também os imateriais, que constituem na representação dos residentes um bem histórico-cultural e também uma possibilidade de atrativo turístico para a localidade” (BATISTA; ÁVILA, 2006, p. 11).

Nesse contexto propositivo, “os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais” e, em razão disso, são “reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos” (GALUPPO, 2003, p. 233). Pensar os direitos fundamentais como instrumento para a proteção da dignidade humana, seja sob o ponto de vista individual como também coletivo, constitui um meio de justificar a proteção jurídico-constitucional do patrimônio cultural.

Torna-se importante esclarecer que “direitos fundamentais, ou direitos fundamentais em sentido estrito, seriam apenas aqueles que tivessem uma determinada estrutura, qual seja, a dos direitos fundamentais de liberdade” (ALEXY, 2006, p. 67). Por um lado, “os direitos fundamentais são constituídos pela democracia; porém, uma vez criados, eles convertem-se em instrumentos de garantia da

legitimidade moral do regime democrático” (MELLO, 2004, p. 151). Preservar a memória histórica de um povo constitui um meio de protegê-lo, além de democratizar o acesso público às tradições culturais para as próximas gerações.

A natureza normativa e principiológica que regem os direitos fundamentais institucionaliza a obrigação de o Estado implementar políticas públicas no sentido de preservar o patrimônio cultural, além da responsabilidade assumida por cada cidadão de ser protagonista na proteção da cultura e na ressignificação de outras formas de manifestações culturais.

O texto da constituição brasileira vigente estabelece um rol exemplificativo de direitos fundamentais, haja vista que, por meio de uma interpretação sistemático-extensiva, é possível compreender que o patrimônio cultural é um dos direitos fundamentais coletivos, e dentre seus principais objetivos está a proteção e preservação da memória coletiva. Assim, “é a pauta dos direitos fundamentais em um sistema político que noticia o seu caráter autoritário ou democrático, liberal ou social” (GONÇALVES, 1997, p. 35), já que, “Estado de Direito requer exercício permanente de cidadania [...] e de democracia como parceria”, ou, em outras palavras, “o Estado de Direito exige a afirmação, defesa e realização dos direitos fundamentais” (OMMATI, 2018, p. 15).

O pensamento democrático é genuinamente marcado pela diversidade cultural, pelo dissenso e pelas plurais formas de promover a cultura. O exercício da cidadania passa diretamente pela oportunidade que a coletividade tem poder preservar juridicamente sua memória histórica, de formular e reformular sua identidade enquanto povo, de exigir que o Estado e a sociedade civil adotem posturas comissivas e omissivas no que atine à preservação do respectivo direito fundamental.

O Estado Democrático de Direito, eleito pelo artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, parte da concepção de que os direitos fundamentais não podem ser uma mera promessa para o povo, mas sim uma realidade experimentada no seu

dia a dia. Nesse sentido, o planejamento, execução e efetividade de políticas públicas voltadas à proteção e preservação do patrimônio cultural constituem um meio de democratizar o acesso à cultura, além da demonstração do interesse estatal em privilegiar a identidade cultural como direito fundamental expressamente previsto no plano constituinte e instituinte.

Assim, para além de uma política de concretização dos direitos fundamentais, é necessário que existam também os instrumentos aptos ao controle dos poderes pelo povo, haja vista que “os instrumentos protetores dos direitos humanos adquirem particular importância no Estado Constitucional Democrático que deve promover, através de um sistema de princípios e regras processuais, o aperfeiçoamento da ordem jurídica, com o limite e controle do poder estatal” (BARACHO, 1984, p. 4).

Em Ferrajoli, a Democracia apenas adquire características verdadeiras quando o princípio da soberania popular estiver na base do Estado, sendo necessárias muitas outras condições além do direito de votar e ser votado (FERRAJOLI, 2016, p. 15). Dessa forma, pode-se dizer que se o Estado de Direito é definido como aquele em que se vive sobre o império das leis, e o Estado Democrático de Direito acrescenta um grau nesta definição, determinando que o direito, estabelecido por meio da Lei, se faça concreto no contexto do Estado em todas as suas formas. É a partir dessas colocações que deve ficar clara a afirmação do dever legal do Estado e da sociedade civil efetivarem o direito fundamental ao patrimônio cultural material e imaterial, corolários da implementação democrática das premissas trazidas pelo texto da constituição brasileira de 1988.

Nas palavras de Tomaz, o que transforma uma sociedade em Estado é a existência de um ordenamento jurídico efetivo incidindo sobre a vida do grupo, que elegerá valores a serem buscados como seu objetivo final; “haverá ‘Estado de direito’ quando a ordem for justa (...), mas se, por outro lado, a ordem deixa de realizar um daqueles valores, deixaria de ser ‘Estado de Direito’” (TOMAZ, 2011, p. 65-66).

O Estado Democrático de Direito exige, portanto, que os direitos não apenas estejam previstos no ordenamento jurídico de um Estado, mas que eles, de fato, sejam entregues aos cidadãos, os quais possuirão também, à sua disposição, mecanismos de garantia desses mesmos direitos. O desafio da sociedade contemporânea é efetivar democraticamente aqueles direitos fundamentais previstos no plano constituinte, bem como construir um pensamento coletivo que seja hábil a ultrapassar as premissas individualistas propostas pelo liberalismo. Ou seja, debater a proteção jurídico-constitucional do patrimônio cultural, visto como um direito Fundamental é uma forma de ressemantizar a concepção privada de direitos fundamentais, evidenciando que seu papel é proteger amplamente tanto as esferas privadas quanto coletivas.

Se a Constituição é o veículo através do qual se expressam as preocupações e prioridades do Estado, “para assegurar que serão os próprios jogadores os titulares da ação de jogar” (MORAIS, 2011, p. 93), os direitos humanos devem-se constituir no ponto de partida de todas as ações, sejam elas legislativas ou judiciais, políticas ou administrativas, de todo aquele que opera no mundo do dever-ser.

Nesse contexto, de Estado Democrático de Direito em construção, é possível dizer que a cidadania suporta vários níveis: civil, política e social. E, o Brasil, até pela sua história de colonização, mostra-se um país onde a cidadania ainda é raramente verificada. Tal afirmação se justifica em razão do pensamento tipicamente individual que caracteriza o cidadão comprometendo-se, assim, a efetividade daqueles direitos categorizados como sendo metaindividuais. Nesse cenário, é importante esclarecer que a noção de cidadania se encontra diretamente vinculada à alteridade, solidariedade, inclusão e pluralismo.

A participação popular é elemento essencial para a construção do pensamento coletivo, pois o pensar coletivo e a ruptura com a visão essencialmente individual do cidadão permite que o olhar da sociedade e da ciência do direito volte-se para os direitos coletivos. Ou seja, o texto da constituição brasileira de 1988 foi construído a

partir de proposições que visam a instituir direitos fundamentais de natureza individual e coletiva. Um dos principais objetivos da presente pesquisa é demonstrar, ao longo de toda exposição, que o patrimônio cultural é uma espécie de direito fundamental de dimensão coletiva, metaindividual e que sua proteção se justifica em razão da importância que se tem de preservar a memória coletiva para a história de um país.

3 A COMPREENSÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Definido na Constituição da República como bem material e imaterial do povo, o patrimônio cultural é formado pelo conjunto de bens, dentro do território nacional, que possuem em si um especial valor e, por isso, necessita ser preservado, seja por suas características históricas, paisagísticas, artísticas, arqueológicas, paleontológicas, ecológicas ou científicas. “Patrimônio é o que identifica grupos humanos, o que distingue indivíduos pertencentes a diferentes grupos étnicos, e inclui aspectos tão díspares quanto arquitetura, lendas [...], bem como o conhecimento que temos sobre os modos de produzir” (ALFONSO, 2003). Pode-se definir “o patrimônio cultural como um todo de manifestações ou objetos nascidos da produção humana, que uma sociedade recebeu como patrimônio histórico, e que eles constituem elementos significativos de sua identidade como povo” (PEÑALBA, 2005, p. 181).

A palavra patrimônio, derivada do latim *patrimonium*, significa o que pertence ao pai ou à família, podendo ser considerado, dessa forma, como herança familiar. (BRUSADIN; SILVA, 2015, p. 43). Já o adjetivo cultural, diz respeito ao artístico, arquitetônico e histórico de uma sociedade, abrangendo tudo aquilo que possa admitir uma acepção cultural como expressão simbólica da memória

coletiva e “constitutivas da identidade de um lugar”. (BRUSADIN, 2015, 47). “O que une estes bens em um conjunto, formando-os patrimônio, é o seu reconhecimento como reveladores de uma cultura determinada integrante da cultura nacional” (SOUZA FILHO, 2005, p. 47).

No âmbito internacional, desde a Convenção de Paris de 1972, já vem o patrimônio cultural constituído por bens materiais e imateriais. Posteriormente, dada a necessidade de se aclarar o conceito de patrimônio cultural e, ainda, de nele se fazer incluir também os aspectos imateriais, reunidos em Assembleia Geral da Unesco, em 2003, os Estados-partes aprovaram a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, a qual foi ratificada pelo Brasil, em 2006, através do Decreto Legislativo 5.753/2.006. Até a primeira metade do século XX, o patrimônio cultural era sinônimo de obras monumentais, obras de arte consagradas, propriedades luxuosas associadas sempre às classes dominantes, vez que os prédios que eram tidos como merecedores de conservação eram aqueles onde residiam nobres ou pessoas de grande relevância política local e relacionadas a grandes fatos da história (BRUSADIN; SILVA, 2015, p. 45). Essa visão, entretanto, tem-se modificado, tanto por influência dos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, quanto pela própria Constituição de 1988, que no âmbito da legislação interna contribuiu muito para a ampliação desse conceito.

Atualmente, tem-se um conceito de patrimônio cultural alargado, compatível com o entendimento disposto no art. 216 da Constituição Federal, incluindo tanto os bens corpóreos, como incorpóreos, vistos de forma individual ou coletiva e que, de alguma maneira, tenham vinculação com a identidade nacional, nesta inseridas todas as manifestações das diferentes etnias formadoras da sociedade brasileira, dada a existência de vários instrumentos legais de proteção, desde o tombamento, disciplinado pelo Decreto-Lei nº 25/37, passando pelas formas de registro, inventários, vigilância e, até mesmo, pelo instituto da desapropriação (BRUSADIN; SILVA, 2015, p. 46-47).

Patrimônio cultural quer dizer, portanto, algo dotado de valor, mesmo que não economicamente aferível, que se transmite às futuras gerações, de titularidade coletiva. Na ciência do direito, o tema tem recebido especial atenção dentro da disciplina de direito ambiental. Isso porque, a expressão ‘meio ambiente’ não diz respeito apenas ao meio ambiente natural ou à natureza, mas a tudo aquilo que cerca o ser humano e possibilita um determinado modo de vida. Nesse sentido, “as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno” (BRANDÃO, 2014, p. 100-101).

Nesse sentido é o posicionamento de José Rubens Morato Leite, para quem o meio ambiente abrange também o meio ambiente cultural: “a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, que envolve a vida em todas as suas formas. O meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais; [...]” (BRANDÃO, 2014, p. 101). Aliás, essa classificação do patrimônio cultural como aspecto do meio ambiente vem desde a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura (UNESCO), em 1976, em Nairóbi, quando se definiu:

[...] que os conjuntos históricos ou tradicionais fazem parte do ambiente cotidiano dos seres humanos em todos os países, constituem a presença viva do passado que lhes deu forma, asseguram ao quadro da vida a variedade necessária para responder à diversidade da sociedade e, por isso, adquirem um valor e uma dimensão humana suplementares (UNESCO, 1979).

O meio ambiente pode, desta maneira, ser definido como tudo aquilo que cerca o homem e não só o meio ambiente natural, mas, incluindo, o ambiente artificial e construído. Assim, encontra-se o patrimônio cultural, como o resultado da ação e construção pelo ser humano, ao longo da história, em determinado lugar.

Com efeito, hodiernamente torna-se cada vez mais difícil separar o natural do cultural, até mesmo porque é sabido que são pouquíssimos os lugares da Terra que têm

escapado ao impacto da atividade humana. Desde os tempos pré-históricos até a época moderna, pouco resta da superfície da Terra que não tenha sido afetado pelas atividades humanas, razão pela qual a identificação de áreas absolutamente naturais está cada vez mais rara. Por isso, para os fins protecionais, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, espeleológico, paleontológico além das disciplinas urbanísticas contemporâneas (MIRANDA, 2006, p. 13).

O patrimônio cultural, portanto, é um dos aspectos do meio ambiente, podendo ser entendido como um dos braços jurídicos deste. Prova disso é que todo o sistema protetivo nacional foi construído em conjunto com o sistema protetivo ambiental. Note-se que a Lei de Crimes Ambientais, nº 9.605/98, tipifica criminalmente conduta de atentado ao bem cultural, chegando a reservar a tal matéria uma seção específica, denominada “Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural”. O próprio art. 216 da Constituição da República englobou em sua listagem tanto bens relativos ao meio ambiente natural, quanto ao meio ambiente artificial, definindo, no inciso V, como integrante do patrimônio cultural brasileiro, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, em seu artigo 3º, também adota um conceito abrangente de meio ambiente, que abarca em si, o aspecto cultural do mesmo: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; [...]”. (BRASIL. Lei 6.938/81, art. 3º). Souza Filho (2005, p. 15), diz que o meio ambiente:

[...] é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras-de-arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais

ou da passagem de seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo. Alguns destes elementos existem independentes da ação do homem e os chamados de meio ambiente natural; outros são frutos da sua intervenção e os chamados de meio ambiente cultural.

É nesse sentido também a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello, na MC em ADI nº 3540, a seguir ementada:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - [...] - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (BRASIL. STF, ADI 3540 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006).

Tornando à história, verifica-se que o patrimônio cultural brasileiro teve como primeiro ato protetivo, aquele em que a cidade de Ouro Preto foi elevada a monumento nacional, em 1933, pelo Decreto nº 22.928, e, assim, como nos lembra Marchesan (2006, p.

47), pela primeira vez, na legislação brasileira, apareceu a palavra patrimônio, significando o conjunto de bens culturais. Mas, foi somente com a atual Constituição da República de 1988 que o Brasil ingressou no atual nível protetivo, a partir do estabelecimento de competências e responsabilidades, inclusive, com o tombamento constitucional de determinados bens nacionais e definição de um ampliado conceito de patrimônio cultural e rol de instrumentos e políticas de proteção, conforme exposto no artigo 216 da constituição brasileira de 1988.

O conceito de patrimônio cultural não se limita aos bens materiais de valor histórico-cultural. Há no Brasil exemplos de patrimônio cultural de natureza imaterial, como é o caso do samba de roda, que “é um tipo de música e dança praticado sobretudo por afro-brasileiros no Estado da Bahia” (SANDRONI, 2010, p. 373). Sua regulamentação legal é recente, com o advento do Decreto-lei 3551, de 04 de agosto de 2000, assinado por Fernando Henrique Cardoso, instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial, criando o programa nacional do patrimônio imaterial (BRASIL, Decreto-lei 3.551). Enfim, partindo-se do pressuposto de que os direitos dispostos no texto constitucional não excluem outros que deles sejam decorrentes ou para os quais o Brasil firmou compromisso internacional, tem-se que a proteção ao patrimônio cultural está garantida no âmbito constitucional nacional, mas também por todo o arcabouço normativo ao qual esteja sujeito o Brasil, seja no âmbito interno ou externo. Esclarecer jurídico-legalmente a dimensão teórica do conceito de patrimônio cultural constitui elemento essencial para o debate do objeto proposto, especialmente com o condão de demonstrar que se trata de direito fundamental de natureza metaindividual voltado à proteção ampla e integral da memória coletiva.

4 O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA

O ser humano necessita pertencer a determinado lugar e, sob esse aspecto, patrimônio cultural é a expressão designativa de “um fundo destinado ao usufruto de uma comunidade alargada a dimensões planetárias e constituído pela acumulação contínua de uma diversidade de objetos que congregam a sua pertença comum ao passado” (CHOAY, 2000, p. 11). O vínculo criado pelo ser humano com o seu lugar de seu nascimento e/ou de sua formação enquanto pessoa é a tal ponto relevante que, ao se observar a questão da apatridia, nota-se um dano psicológico, muito além das questões jurídicas ou políticas acerca da nacionalidade: a pessoa considerada “sem pátria” acaba suportando o estigma de não pertencer a lugar algum¹.

A identidade cultural brasileira tem relação direta com a tradição histórica de manifestações artísticas que foram desenhadas e construídas para individualizar a forma de pensar, agir, ser e se reconhecer como brasileiro.

Todo ser humano desenvolve uma relação de pertencimento com o ambiente onde vive e esta relação molda sua forma de ver do mundo, de interpretar seu modo de vida. A história de vida de cada indivíduo influencia os sentidos que ele dá para cada parte de sua existência e a isso se chama identidade. A identidade, portanto, é moldada de acordo com as influências que o indivíduo recebe ao longo de sua vida, nelas incluindo-se a cultura e a história de determinado lugar, povo ou grupo de pessoas. Seja familiar ou socialmente, a cultura é passada ao integrante do grupo de forma contínua, em pílulas diárias, ou seja, a assimilação da cultura é um processo que se desenvolve ao longo do tempo, de modo que o

¹ Sobre o assunto da apatridia: ACNUR. Protegendo o Direito dos Apátridas. ONU/ACNUR, Genebra, 2011, 20p. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737eb2>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

indivíduo em determinado momento não mais se vê separado do grupo, mas como parte integrante daquele saber cultural e daquela história.

Desse modo, a memória torna-se muito mais que um recordar-se de algo, ela é o saber de onde se vem, que possibilita o projeto do ir. Nada, nenhum saber, científico ou não, parte do nada. Tudo faz parte de um processo no qual o passo anterior é tomado como ponto de partida para o passo seguinte. A memória, portanto, é ponto de partida que possibilita os novos estágios do ser humano e da sociedade.

Nas palavras de Brusadin (2015, p. 61), “a memória é para os homens uma forma de identificar-se com sua concepção de passado e, nesse sentido, devemos compreender os aspectos biológicos que tangem o seu funcionamento”. A memória coletiva de um determinado grupo consiste em “uma memória estruturada com suas hierarquias e classificações, uma memória também que, ao definir o que é comum a um grupo e o que diferencia dos outros, fundamenta e reforça os sentimentos de pertencimento e as fronteiras socioculturais” (POLLAK, 1989, p. 3). No que tange à memória de uma coletividade não é distinto, funcionando como uma espécie de diretriz para o futuro da comunidade. Aliás, “a cultura de um grupo social [...] não é compreensível sem a análise da trajetória histórica e da posição desse grupo no sistema mundial” (SANTOS, 2003, p. 148).

A partir do *Homo sapiens*, a constituição de um aparato da memória social domina todos os problemas da evolução humana [...]. A tradição é biologicamente tão indispensável à espécie humana como o condicionamento genético o é às sociedades de insetos: a sobrevivência étnica funda-se na rotina, o diálogo que se estabelece suscita o equilíbrio entre rotina e progresso, simbolizando a rotina o capital necessário à sobrevivência do grupo, o progresso, a intervenção das inovações individuais para uma sobrevivência melhorada (SANTOS, 2003, p. 148).

A memória, contudo, necessita de auxílios, sustentáculos, que permitam o exercício do recordar, do reviver e rememorar. O ser

humano, tanto na esfera individual, quanto na esfera coletiva, escolhe o que quer lembrar e o que quer esquecer, seja esse processo decorrente de uma operação biológica, psíquica, cultural ou política. E, é nesse ponto, que o patrimônio cultural, enquanto seu aspecto físico/edificado, ingressa como artefato da memória. Tanto a memória individual quanto a coletiva vive de suportes materiais. O patrimônio cultural edificado tem esse papel: funcionar como suporte material da memória coletiva². O patrimônio edificado, portanto, enquanto suporte da memória coletiva, é ponto a partir do qual se constrói a memória social. É estímulo de reavivamento de traços da memória social e deleite da arte que nele se possa encontrar.

Diferentemente da memória individual, a memória social se constrói ao longo de muitas gerações de indivíduos mergulhados em relações determinadas por estruturas sociais. A construção da memória social implica na referência ao que não foi presenciado. Trata-se de uma memória que representa processos e estruturas sociais que já se transformam. A memória social é transgeracional e os suportes da memória contribuem para o transporte da memória social de uma geração a outra. Se a sociedade atual traz as marcas das estruturas sociais que lhe antecederam e se estas marcas são potencialmente suportes da memória, então é também pela seleção, pela análise e pela interpretação destes suportes que serão construídas a memória e o esquecimento social (MESENTIER, 2005, p. 168).

A construção da memória social ou coletiva se dá também a partir da preservação do patrimônio edificado, como suportes materiais que funcionam como marcos do percurso daquela sociedade. Não constituem, pois, a memória, mas, nas palavras de Mesentier (2005, p. 169), são “mediadores e instrumentos” da memória.

² A expressão patrimônio edificado foi uma nomenclatura encontrada em várias fontes consultadas e aqui utilizada por acreditar melhor que patrimônio material. Devido, em especial, à dificuldade de distinção conceitual entre patrimônio material e imaterial, até pela contradição em termos que destas expressões parece emanar, devido ao significado originário da palavra patrimônio, acredita-se difícil sua conjugação com o termo imaterial. Contudo, sem desejar enveredar por este caminho, até pelas restritas pretensões da pesquisa ora desenvolvida, que não permitem debruçar-se em longa exposição dos conceitos e teses próprias ao debate, opta-se, simples e sucintamente, pela expressão patrimônio edificado.

Os edifícios acompanham a humanidade desde sua pré-história. [...] A necessidade humana de morar é permanente. A arquitetura jamais deixou de existir. Sua história é mais longa que a de qualquer outra arte, e é importante ter presente a sua influência em qualquer tentativa de compreender a relação entre as massas e a obra de arte (BENJAMIN, 1987, p. 193).

Enquanto marcos concretos, o patrimônio edificado funciona como instrumento de desenvolvimento social, que muito além de desenvolvimento econômico, o que deve ser buscado, na atualidade, é a superação de carências sociais, decorrentes de erros cometidos no passado ou de omissões políticas do presente. E, se desenvolvimento significa evolução e, por assim dizer, aprendizado, não há como supor aprendizado sem pressupor a memória. Tal como experimentado na vida privada, também na vida social, a memória funciona como guia que permite o aprendizado e o aprimoramento de comportamentos. A história experimentada e memorizada permitirá o planejamento das políticas futuras.

O suporte fundamental da identidade é a memória, mecanismo de retenção de informação, conhecimento, experiência, quer em nível individual, quer social e, por isso mesmo, é eixo de atribuições que articula, categoriza os aspectos multiformes de realidade, dando-lhes lógica e inteligibilidade. [...]. Exilar a memória no passado é deixar de entendê-la como força viva do presente. Sem memória, não há presente humano, nem tampouco futuro. Em outras palavras: a memória gira em torno de um dado básico do fenômeno humano, a mudança. Se não houver memória, a mudança será sempre fator de alienação e desagregação, pois inexistiria uma plataforma de referência e cada ato seria uma reação mecânica, uma resposta nova e solitária a cada momento, um mergulho do passado esvaziado para o vazio do futuro. É a memória que funciona como instrumento biológico-cultural de identidade, conservação, desenvolvimento, que torna legível o fluxo dos acontecimentos. A memória me interessa porque estou vivo, aqui e agora (MENESES, 1984, p. 33-34).

“A palavra patrimônio, bem como memória, compõe um léxico contemporâneo de expressões cuja característica principal é a multiplicidade de sentidos e definições que a elas podem ser atribuídos” (FERREIRA, 2006, *apud* COSTA, 2008, p. 125). O desenvolvimento conquistado com base na história, reavivada pela

memória, é um desenvolvimento concreto porque baseado na experiência. Ou seja, parte-se de um referencial concreto, de algo vivido, experimentado, provado, do qual se colheram resultados, consequências. A história é um laboratório social, no qual se coletam fatos que serão a base do projeto futuro da comunidade. O patrimônio cultural edificado é documento³, tomado e firmado enquanto suporte da memória de um lugar, já que esta exige, para se tornar perene, que seja trasladada para o mundo exterior e, assim, por outros possa ser observado.

O patrimônio edificado, enquanto suporte concreto da memória coletiva, é usufruto de coisa alheia, em que a propriedade está nas mãos da geração futura. Usufruto que permite o gozo e a fruição, o deleite, a exploração econômica, o exercício de práticas culturais, mas nos impede da sua livre disposição, ou seja, destruição, mas obriga-nos à conservação e preservação para as gerações vindouras. A preservação, obrigação decorrente desse usufruto, importa na necessidade de garantir que esse patrimônio continuará a existir, mesmo com a passagem do tempo. Isso porque é natural que o tempo exerça sobre a edificação uma deterioração, seja pelo vento, chuva, sol, seja pelo uso natural do bem. O patrimônio cultural edificado permite que o indivíduo, integrante do grupo social, enxergue naquele bem um marco de continuidade entre o presente e o passado e, assim, conforme alerta Gonçalves, por uma experiência sensorial se perceber parte daquele lugar e daquela identidade.

No contexto brasileiro, as igrejas barrocas de Minas Gerais, enquanto “monumentos nacionais”, são vistas em termos de uma suposta relação de continuidade com o passado colonial brasileiro. Da mesma forma, um recente monumento nacional, o terreiro Casa Branca, em Salvador, pode ser visto através de sua relação com o passado dos negros e, por extensão, do Brasil. Nesses e em outros casos similares, pensamos e sentimos, ou mais que isso, temos a experiência sensorial de ver o Brasil ou

³ Sobre documento e monumento, enquanto standards da memória: LE GOFF, Jacques. Documento/Monumento. In: *História e Memória*. Campinas/SP: UNICAMP, 1990, p. 462. Disponível em: <<http://memorial.trt11.jus.br/wp-content/uploads/Hist%C3%B3ria-e-Mem%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

o passado brasileiro nas formas plásticas de igrejas barrocas ou de um terreiro de candomblé. Expressões como “Isto é o Brasil” ou “Isto somos nós, negros brasileiros” revelam o sentimento de identificação entre esses monumentos, aquilo que eles representam, e aqueles que os olham. Em outras palavras, através dessa estratégia retórica da identificação entre Brasil e, no caso, igrejas barrocas em Minas ou um terreiro de candomblé em Salvador, definimos a nação como barroca, religiosa, católica, mineira, ou negra, afro, nagô e baiana. E, como num passe de mágica, nos sentimos todos de algum modo “autênticos” portadores desses mesmos atributos(GONÇALVES, 1988, p. 268).

Na preservação do patrimônio cultural, o que importa, em suma, não é a manutenção da estética pura e simplesmente, mas a capacidade que esse patrimônio tem de se adaptar aos novos tempos e, ainda assim, refletir o espírito do lugar. O que se deseja, em suma, é que o patrimônio cultural reflita a vida que existiu em determinada época, mas que ainda existe, em continuidade e em evolução. O patrimônio cultural ocupa o espaço de referência, mas não se esgota em si mesmo, vez que é necessário que esteja relacionado com o espírito do povo daquele lugar. O patrimônio cultural deve estar vivo.

Se o patrimônio edificado precisa permanecer útil, como forma de possibilitar sua preservação e, ainda, de se integrar na vida da comunidade, é claro que também demandará investimentos. O problema é quando esses investimentos e o retorno buscado a partir deles interferem na própria essência do bem preservado. Tal conduta demanda a imposição de limites para a exploração do patrimônio e acaba sendo, dentro do direito urbanístico, um dos grandes entraves a serem superados pela política urbana.

Enquanto conjuntos representativos dos diversos grupos formadores da sociedade, os patrimônios culturais devem ser tratados de forma prioritária pelas políticas públicas, sejam elas de caráter cultural, urbanístico ou ambiental, vez que apenas o conjunto dos instrumentos disponíveis para a gestão desse acervo patrimonial garantirá para a posteridade a memória que tanto se busca preservar pelo patrimônio cultural edificado.

Partindo, inicialmente, do recorte produzido pela preocupação com os problemas econômicos das cidades, faz-se necessário lembrar que a expansão dos serviços, das atividades econômicas ligadas à cultura e ao turismo tornou-se um dos objetivos da atual política urbana, na maioria das grandes cidades [...]. No entanto, para atender, plenamente, aos objetivos relacionados ao consumo de produtos culturais e imobiliários, estas áreas, quase sempre, precisam ser objetos de intervenções de “revitalização urbana”, que implicam em atualizações de imagem e em transformações significativas no uso do solo, induzidas a partir de operações formuladas na perspectiva do urbanismo de marketing. Já o tratamento do patrimônio enquanto suporte da memória impõe limites mais definidos às mudanças na forma arquitetônica e urbanística, inibindo mudanças de uso do solo e a instalação, em áreas de valor patrimonial, de grandes equipamentos urbanos ligados ao lazer e ao turismo. O mercado imobiliário encontra, portanto, na relação do patrimônio com a memória social, um constrangimento à sua liberdade de movimentos (MESENTIER, 2005, p.174-175).

Inclusive, há que se observar o desenvolvimento sustentável, vez que a gestão do patrimônio histórico e cultural edificado influenciará a normatividade relativa ao ambiente urbano, seja no planejamento de técnicas e possibilidades construtivas, seja no que tange à mobilidade urbana ou mesmo nos espaços destinados ao lazer. Até porque, a sociedade que se quer formar no futuro depende das ações tomadas no presente e à gestão do patrimônio cultural, enquanto marco e suporte da memória coletiva que determinará a continuidade ou descontinuidade do processo construtivo de uma identidade nacional. Importante ainda ressaltar que essas políticas públicas não podem se restringir apenas ao patrimônio cultural material, já que o patrimônio imaterial, como é o caso do carnaval e outras tradições culturais (como o congado, samba, frevo, folclore), também devem integrar esse modelo de política pública, indispensável para a preservação da memória histórico-cultural do Brasil.

4.1 DIREITO FUNDAMENTAL COLETIVO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA

O patrimônio cultural, considerado um direito fundamental coletivo, ou seja, de cunho metaindividual, é amparado constitucionalmente e também no plano infraconstitucional, além das previsões expressas em tratados e convenções internacionais alhures mencionados. No contexto propositivo do objeto da pesquisa, demonstra-se que através da proteção do patrimônio cultural preserva-se a memória coletiva, a identidade e história de um povo.

As linhas tecidas ao longo desse artigo permitiram perceber que o patrimônio histórico e cultural apenas fará sentido para as gerações futuras se refletir a “aura”, o “espírito” do povo e, assim, funcionará como marco de concretização de direitos fundamentais, desenvolvimento e identidades nacionais.

Para além da previsão do artigo 215 da constituição, que estabelece que o Estado promoverá e garantirá o acesso do cidadão a todas as formas de cultura e manifestações culturais, e demais previsões constitucionais, convencionais e legais já tratadas, o direito ao patrimônio histórico e cultural constitui-se num direito fundamental, visto que pressupõe todos os aspectos inerentes ao indivíduo e sua dignidade, enquanto ser habitante de um lugar.

Os direitos fundamentais, a partir de uma visão moderna, são todos interdependentes e inter-relacionados, de modo que é impossível pensar em direito ao patrimônio cultural sem pressupor o direito à cultura, à educação, ao meio ambiente e ao desenvolvimento. Desse modo, estar o direito ao patrimônio histórico e cultural previsto no art. 216 da constituição, sob o título “Da Ordem Social”, no Capítulo “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, Seção

“Da Cultura”, mostra-se desimportante para sua classificação como direito fundamental (ALMEIDA, 2008, p. 328-329).

O direito ao patrimônio histórico e cultural, assim como os direitos relativos ao meio ambiente, é de titularidade indefinida, ampla, classificado, pois, como difuso, transindividual, como patrimônio de todos, mas de ninguém de maneira individual. Nesse sentido:

A determinação teórica da natureza difusa e indisponível do direito à preservação do patrimônio cultural implica em importantes consequências de ordem prática no dia-a-dia daqueles que militam na área, dentre as quais destacam-se: a) imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos ambientais coletivos; b) a possibilidade de defesa do patrimônio cultural mediante a utilização de instrumentos processuais modernos e eficazes, tais como a ação civil pública (Lei 7.347/85); c) indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custus legis*, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico – quando o *Parquet* não for o próprio autor -, ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 127 – CF/88 e art. 82, III, CPC)(MIRANDA, 2006. p. 19).

O patrimônio cultural - direito coletivo, habitante da cidade, da história e do povo - merece um tratamento diverso, pois ele mesmo possui em si a característica da diversidade, da amplitude, do debate. A indefinição dos titulares, ou a impossibilidade de identificação precisa destes, permite perceber que esse direito não deve estar restrito aos antigos moldes processuais, voltados ao simples encerramento de feitos sem solução de demandas, ou seja, a um processo de cunho individual, manejado entre as partes, estritas partes, ou substitutos processuais, titulares do direito em discussão, disponível e transacionável.

O direito ao patrimônio cultural, diversamente, como disciplina coletiva e inter-relacional, expande-se para um sistema de proteção que extrapola em muito o processo civil tradicional, ingressando em lugares antes relegados à política, economia, administração e gestão da cidade. Nesses locais, o direito processual coletivo e seus princípios o acompanham, incorporando conceitos que funcionam como fiel da balança entre a legalidade e ilegalidade das condutas.

A visão global do direito coletivo ao patrimônio cultural ganha ainda mais relevância quando a análise do estudioso se direciona aos problemas cotidianos enfrentados pelos bens culturais. Seja pela insuficiente legislação, de âmbito federal, estadual e, em especial, municipal, seja pela má vontade dos administradores públicos, o acervo dos bens culturais, materiais e imateriais, vem sofrendo perdas irreparáveis. A omissão do poder público se torna relevante à medida em que o patrimônio não vive de si mesmo, mas necessita de constantes intervenções a fim de garantir sua preservação e utilidade.

O incêndio do Museu Nacional na cidade do Rio de Janeiro, ocorrido no mês de setembro do ano de 2018, tem como consequência a perda de mais de vinte milhões de itens recolhidos ao longo do todo o processo histórico brasileiro. O evento danoso evidencia omissão do poder público e o distanciamento da sociedade civil em compreender o impacto de todo o ocorrido no contexto da memória histórica. Além das perdas materiais, perdeu-se, também, significativo patrimônio imaterial, formado por tradições culturais que foram construídas a partir de objetos que estavam depositados no respectivo museu.

Os desafios quanto à preservação do patrimônio cultural são de ordem jurídica e também econômica. As leis do mercado determinam que sendo o gasto com a preservação elevado, o “lucro” deve ser com ele equivalente. Assim, a pressão financeira exercida pela especulação imobiliária se torna um grande entrave à adoção de políticas preservacionistas e, por este motivo, outros caminhos devem ser abertos no que tange, por exemplo, à preservação de imóveis e móveis tombados. Nesse sentido,

Na hora da implantação de Planos Diretores aqui no Brasil, não é possível o estabelecimento de procedimentos padronizados, porque as condições socioeconômicas nunca se repetem igualmente dentro da indigência de recursos de sempre. Em primeiro lugar, a recuperação ou a conservação desses centros históricos custam muito dinheiro, não só aquele destinado às intervenções em prédio por prédio mas também o que deve ser atribuído aos demais serviços, que vão desde os inquéritos preliminares, em que tanto devem ser ouvidos

os moradores dos imóveis selecionados como a população envoltória que de um modo ou de outro também é partícipe do evento, até a implantação das instalações básicas das redes de águas pluviais, água potável, esgotos, telefone, eletricidade e de iluminação pública, além do calçamento, tudo isso de acordo com as conveniências do projeto (LEMOS, 1981, p. 99).

Vale dizer que, qualquer que seja a ação direcionada ao patrimônio histórico e cultural, seja ela tomada no âmbito político, administrativo, legislativo ou judicial, há que se ter em mente os princípios atinentes à matéria, que funcionarão como norteadores das condutas em prol da preservação ou de imposição de limites quaisquer que sejam. Assim, princípios derivados do direito ambiental como da prevenção, do poluidor-pagador, da função social da propriedade, da equidade ou solidariedade geracional, merecem pronta aplicação na temática. Além de outros princípios específicos da tutela do patrimônio cultural como: princípio da preservação do sítio e seu entorno, princípio do uso compatível com a natureza do bem, princípio pro-monumento, princípio da valorização sustentável e princípio da participação da população (MARCHESAN, 2006, p.109-196).

E, ainda, em que pese sem desejar ingressar pelo viés urbanístico, considera-se digna e relevante a contribuição do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, que regulamentou instrumentos direcionados à gestão adequada da cidade e aptos à preservação do patrimônio cultural (BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001). Tal legislação trouxe proposições que visam compatibilizar sustentabilidade com desenvolvimento econômico, preservação do patrimônio e memória histórico-cultural, além da indispensabilidade da participação dialógica do Estado e da sociedade civil na efetivação do objetivo voltado à proteção integral do direito fundamental e metaindividual ao patrimônio cultural (material e imaterial).

O futuro do patrimônio histórico e cultural está, em suma, a depender de uma política integral voltada à sua preservação, por meio da implementação de instrumentos jurídicos adequados e pelo

estabelecimento de planos de atuação e de metas no âmbito da política das cidades. A cidade histórica de Ouro Preto, localizada no Estado de Minas Gerais e considerada patrimônio da humanidade, é um exemplo prático que evidencia a indispensabilidade de uma política pública que estabeleça planejamento e execução de propostas de manutenção e prevenção de danos ao patrimônio cultural material. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) é o órgão responsável por realizar essa política pública, visando a preservação da memória materializada nas igrejas, ladeiras e demais monumentos que expressam com clareza e objetividade parte da história do Brasil. Dessa forma, prioriza-se a proteção jurídica do patrimônio histórico-cultural, considerado um direito fundamental de natureza transindividual, corolário do exercício efetivo da cidadania coletiva, que se materializa a partir da memória do povo que participou e ainda continua participando do processo histórico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

O patrimônio histórico-cultural é jurídico-constitucionalmente considerado um direito fundamental de dimensão coletiva, ressaltando-se que os fundamentos utilizados para tal afirmação decorrem da interpretação extensivo-sistemática do texto da constituição brasileira vigente, legislação infraconstitucional, convenções e tratados internacionais que regulam especificamente o tema proposto.

Por meio de um estudo bibliográfico-documental dos direitos fundamentais, foi possível demonstrar que tais direitos constituem o sustentáculo e a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito, cuja finalidade precípua é a garantia da participação popular na

tomada de decisões estatais, além da ampla e integral proteção jurídica dos direitos de cunho individual e coletivo.

Nesse cenário, a memória coletiva é vista como um desdobramento da interpretação ampla e sistemática do direito fundamental ao patrimônio histórico-cultural. Preservar a memória coletiva é manter viva a história de um povo, é permitir que os cidadãos compreendam fatos pretéritos com o condão de ler, compreender e enxergar criticamente os fatos presentes. Trata-se de um meio de preservar tradições, proteger patrimônio material e imaterial e exigir do Estado, da sociedade e das demais instituições públicas e privadas posturas no sentido de assumir o dever de implementar políticas públicas voltadas à proteção da memória viva do povo a partir da preservação da história.

O exercício da cidadania na perspectiva democrática passa diretamente pelo direito de participação conferido às pessoas de adotarem uma postura ativa e exigir das instituições a preservação da memória coletiva como meio de manutenção das tradições e história da sociedade brasileira. No Brasil, é possível ressaltar alguns exemplos de políticas públicas de preservação do patrimônio cultural e memória histórica, como é o caso da cidade de Ouro Preto, localizada no Estado de Minas Gerais e considerada patrimônio da humanidade, objeto de preservação diretamente conduzida pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Em contrapartida, o recente incêndio do Museu Nacional evidencia a omissão estatal no que tange à prevenção de significativo dano causado à memória e ao patrimônio cultural material brasileiro.

Iniciou-se o presente artigo com o objetivo de pensar o patrimônio cultural sob a ótica dos direitos fundamentais. Não que tal perspectiva se apresentasse como uma novidade no mundo jurídico, mas devido à ausência de atenção comumente destinada à temática.

Num país em que saúde, segurança e educação ainda parecem uma utopia, permanecendo como direitos presentes apenas no texto frio da lei, quase como uma materialização do pensamento de

Lassalle (1985, p. 49), de uma Constituição que não passa de uma folha de papel, falar de proteção ao patrimônio cultural pode parecer um assunto de segunda importância.

Entretanto, ao se dedicar um pouco mais de tempo à questão, investigar as razões que demandaram o arcabouço normativo correspondente, perceber que toda sociedade, por mais primitiva que possa parecer, possui seus instrumentos culturais, conclui-se que a palavra desenvolvimento, por todos buscada, pressupõe caminhada, e, assim, reconhece-se o caminho já percorrido, pois o resultado é a inequívoca certeza de que o patrimônio cultural é a base de qualquer sociedade e, simplesmente, por isso, merece proteção.

Ao longo desse artigo, ficou bastante claro que a proteção jurídica evoluiu ao longo dos anos de forma que, na atualidade, o patrimônio cultural possui proteção constitucional, com conceituação, delimitação e instrumentos protetivos previstos. O regramento pátrio, com o apoio das convenções internacionais também dele integrantes, não deixa margem a ilações a respeito da obrigação protetiva estatal.

Contudo, mais do que isso se espera que a proteção jurídica possa fomentar a criação de políticas estatais e possibilitar ao titular do direito, o povo, conhecer seu verdadeiro patrimônio cultural e, a partir dele, programar os próximos passos da caminhada. O sentimento de povo só pode ocorrer quando se tem uma memória coletiva e, esta, ser sustentada a partir da preservação de substratos materiais da história construída pela sociedade brasileira. Nesse sentido, é relevante o estreitamento do diálogo que deve ser construído e aprimorado entre sociedade civil, Estado e demais instituições, de modo a viabilizar a construção do sentimento de pertencimento coletivo para, assim, tornar tais políticas públicas mais efetivas no que tange à proteção do patrimônio cultural e memória coletiva.

Data de Submissão: 03/06/2018

Data de Aprovação: 27/09/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Assistente Editorial: Ílina Cordeiro M. Pontes

REFERÊNCIAS

ALVES, C. A.; FERNANDES, M. S.; GOLDIM, J. R. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. In: *Revista HCPA/Hospital de Clínica de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSQUIATRIA. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM 5. Tradução Maria Inês Corrêa Nascimento. 5 ed. Porto Alegre: *Artmed*, 2014.

BRASIL. *Código 3 em 1: Penal, Processo Penal e Constituição Federal*: obra coletiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Cespedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo Saraiva, 2015a.

BRASIL. *Código Civil*: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Senado Federal. *Estatuto da pessoa com deficiência*: lei brasileira de inclusão n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015b.

CAMPBELL LA, KISELY SR. Advance treatment directives for people with severe mental illness. *Cochrane Database Syst Rev*. v.21, 2009.

CARDOSO, L. et al. Grau de adesão e conhecimento sobre tratamento psicofarmacológico entre pacientes egressos de internação psiquiátrica. In: *Revista Latino-Americana Enfermagem*, v. 19, n. 5, 9 telas, set./out. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n5/pt_12.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CFM – Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução n. 1.931/2009. In: FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CFM – Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 06 jul. 2015.

CFM – Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2015.

CNBSB – Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo. *Testamento vital permite ao paciente decidir que tratamento médico terá*. 30 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw=&in=MTEyMDM=&filtro=>>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

CORREGEDORIA GERAL de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Provimento 260/CGJ/2013*. Publicação em 30 out. 2013. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpro2602013.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

DIAS, E.R.; SILVA JUNIOR, G.B. Autonomia das pessoas com transtorno mental, diretivas antecipadas psiquiátricas e contrato de Ulisses. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 519-545, 2019.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999*. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 10 set. 2015.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70042509562/2011*. Associação dos funcionários públicos do ERGS – AFPERGS, apelante, e Gilberto Oliveira Freitas e Guilherme da Silva Benites, apelados. 01 jun. 2011. Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa (Presidente e Relator).

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70054988266 (n. CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000)*. Ministério Público, apelante, e João Carlos Ferreira, apelado. 20 nov. 2013. Desembargador Irineu Mariani (Relator).

GAUW, J.H.; ALBUQUERQUE, A.L.A.; LINS, I.K.F.G.; CHAVES, J.H.B. Diretivas antecipadas de vontade: a necessidade de um maior conhecimento desde a graduação. *Revista Científica da FMC*, Campos, v.12, n.1, 2017.

GOUVEIA, L.R. Diretivas antecipadas de vontade – testamento vital: aplicação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n.2, p. 149-208, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO de Direito de Família. *Após regulamentação cresce 690% o número de testamentos vitais no Brasil*. Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo. 11 ago. 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5717/Ap%C3%B3s+regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C+cresce+690%25++o+n%C3%BAmero+de+testamentos+vital+avivados+no+Brasil>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MAÎTRE E, DEBIEN C, NICAISE P, WYNGAERDEN F, Le GALUDEC M, GENEST P, DUCROCQ F, DELAMIL-LIEURE P, LAVOISY B, WALTER M, DUBOIS V, VAIVA G. Advanced directives in psychiatry: a review of the qualitative literature, a state-of-the-art and view-points. *L'Encéphale*, v. 39, n.4, p. 244-251, 2013.

MANSUR, A.; MARQUES, F. Carcinomatose meníngea: caso Mário Covas. *Revista Época*, 15 abr. 2011. Disponível em: <<http://carcinomatosemeningeas.blogspot.com.br/2011/04/caso-mario-covas.html>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

MILLER, B. Autonomy. In: POST, S. *Encyclopedia of Bioethics*. 3. ed. New York: Macmillan, 2004. p. 246-251.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Ação Civil Pública n. 0001103986.2013.4.01.3500*. Brasília, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.prgo.mpf.gov.br/images/stories/ascom/ACP-CFM-ortotanásia.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

MUSTAFA, A. *Enfim, descanse em paz*. CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 6 dez. 2010, Diário de São Paulo. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Imprensa&acao=crm_midia&id=589>. Acesso em: 12 abr. 2016.

PITTELLI, S. D. Resolução CFM n. 1995/2012: diretivas antecipadas. *Revista Visão Médica*, Hospital Alemão Oswaldo Cruz, ed. 14, p. 1-36, jan./fev./mar. 2013.

PITTELLI, S. D.; OLIVEIRA, R. A. de. Eutanásia e sua relação com casos terminais, doenças incuráveis, estados neurovegetativos, estados sequelares graves ou de sofrimento intenso e irreversível e morte encefálica. *Revista Saúde, Ética & Justiça*, v. 14, n. 1, p. 32-39, 2009.

REVISTA ANOREG/SP. *Cartório hoje: serviços de cartório na internet*, n. 3, p. 24-29, dez. 2012.

SERRANO, S. C. Pesquisa em cuidados paliativos. *Revista Brasileira*

em Cuidados Paliativos, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 7-8, 2012.

SWANSON, J. et al. Superseding psychiatric advance directives: ethical and legal considerations. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 34, n. 3, p. 385-394, 2006.

V JORNADA DE DIREITO CIVIL. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.). Brasília: CJF, 2012.

XEREZ, R.M.; PINTO, H.C. A (in)dignidade nos direitos à vida e à morte em casos de doenças terminais ou pacientes em coma a partir do filme “Bella Addormentata”. *Prim@ Facie*, João Pessoa, v.17, n.36, p. 1-26, 2018.

Historical-cultural heritage as Fundamental Right of preservation of collective memory

Fabricio Veiga Costa

Stella de Oliveira Saraiva

Abstract: The objective of the research was to investigate the historical and cultural heritage as a fundamental right to preserve collective memory, legal protection guaranteed by the Constitution of the Republic of 1988, infraconstitutional legislation and international conventions to which Brazil is a signatory. Starting the analysis of the thematic from the premise that the recognition and the realization of the fundamental rights constitute the base of the Democratic State of Right, the search for the reasons of protection of the cultural patrimony and, in this point, of the collective memory, that is the foundation of society. The choice of theme is justified by its practical, theoretical and current relevance, as well as the importance of academic debate as a way to stimulate the exercise of citizenship through popular participation in the decision-making of the State. As a result of a bibliographical and documentary research, which chose the method of deductive study, this article sought to demonstrate that cultural heritage, as a right with collective vocation *lato sensu*, has the ability to inhabit the most diverse branches of law, requiring a transdisciplinary care always taken for the benefit of the community.

Keywords: Cultural heritage. Collective memory. Collective fundamental right. Citizenship.