

Raízes históricas da proteção jurídica ao patrimônio cultural no Brasil

Thiago Pires Oliveira

Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Bacharel em Direito pela UFBA. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental da UFBA. Advogado. Professor substituto da UFBA (2008-2010). Ex-Chefe da Assessoria Jurídica da Superintendência de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Salvador/Bahia. Membro da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código Ambiental do Município de Salvador/Bahia. Coorganizador da obra: *Meio ambiente, direito e biotecnologia: estudos em homenagem ao prof. Paulo Affonso Leme Machado*. Curitiba: Juruá, 2010.

Resumo: Este artigo pretende fazer uma evolução histórica da proteção do patrimônio cultural na história da humanidade, dividindo esta evolução em quatro fases: abandono, excepcionalidade, historicidade e imaterialidade, além de expor sobre o panorama atual da proteção ao patrimônio cultural no direito brasileiro.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Direito. História do Direito Brasileiro.

Sumário: 1 Considerações iniciais - 2 A fase do abandono - 3 Fase da excepcionalidade: a concepção elitista do patrimônio cultural - 4 Fase da historicidade: a Carta de Veneza - 5 Fase da imaterialidade: redescobrimo a cultura popular - 6 Primeiras iniciativas brasileiras - 7 Considerações finais - Referências

1 Considerações iniciais

No decorrer da evolução histórica da humanidade, observa-se que os diferentes povos que habitaram a face da Terra sempre buscaram, pelos mais distintos caminhos, transmitir seus costumes, tradições ou quaisquer outras manifestações da memória coletiva desses povos.

Desde então, surgiram diversas formas de expressão dessa memória coletiva, seja através das artes plásticas, audiovisuais e literárias, seja por meio de costumes e práticas que se encontram arraigados em uma comunidade.

Contudo, a proteção de um bem valorado como cultural por um ordenamento de normas jurídicas nem sempre foi uma realidade. Na alvorada da história, o homem tentava proteger o seu patrimônio cultural destruindo o dos outros e impondo o seu. Depois, os povos começam a sofisticar essa proteção, ao incentivar sua produção e tutela dentro de seus domínios territoriais, apesar de sempre recorrerem à imposição de sua cultura a outrem por uma questão expansionista, até finalmente chegar à existência de ordenamentos jurídicos nacionais prevendo a proteção do bem cultural e a assinatura de tratados internacionais sobre a matéria como as diversas convenções da UNESCO.

A seguir, será feita uma "anatomia" dessa evolução histórica, em que se analisarão as raízes da proteção dos bens culturais, nitidamente, tendo-se a cautela de avaliar o contexto histórico-social em que um bem cultural era protegido, pois cada época histórica emprega certa noção de

cultura para atender a determinada necessidade ou consideração social.¹

Por fim, visando a fins didáticos, será exposto um painel histórico da tutela jurídica dos bens culturais em quatro fases: a) fase do abandono; b) fase da excepcionalidade; c) fase da historicidade; e d) fase da imaterialidade.

2 A fase do abandono

O homem é um dos seres mais frágeis na natureza, quando comparado com os outros animais. Todavia, visando sobreviver no meio em que vivia, o mesmo buscou criar instrumentos e artefatos para viabilizar sua sobrevivência. Assim surgiu a cultura: da necessidade do homem de se adaptar ao meio ambiente.

Não é de se estranhar que, segundo Gordon Childe, desde o surgimento do *homo sapiens* há mais ou menos 25 mil anos atrás, a evolução do corpo humano estagnou, enquanto o progresso cultural estava começando. Tal estagnação, segundo Childe, ocorreu pois "o progresso na cultura substituiu, realmente, novas evoluções orgânicas na família do homem".² Desde então, o animal humano na luta pela sua sobrevivência buscou não somente perpetuar-se no espaço com a dispersão de indivíduos de sua espécie e seus genes pelos "cinco" cantos do mundo, como também pelo tempo com a transmissão de seus modos de criar, fazer e viver para as gerações futuras.

¹ TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Da protecção do património cultural. Textos - Ambiente e Consumo*, Lisboa, p. 61, 1996.

² CHILDE, Gordon. *A evolução cultural do homem* 5 ed. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1986. p. 47-48.

Posteriormente, o homem, não satisfeito em transmitir seus caracteres culturais para seus descendentes, resolveu transcender seus hábitos e costumes para os demais indivíduos, por meios pacíficos ou não, pois o ser humano, por uma questão etnocêntrica,³ tende a entender que seu *modus vivendi* é melhor do que o dos outros, pois, conforme já dizia o grego Heródoto: "se oferecêssemos aos homens a escolha de todos os costumes do mundo, (...) acabariam preferindo os seus próprios costumes, tão convencidos estão de que estes são melhores do que todos os outros".⁴

Durante a Pré-História, a cultura somente era preservada em função de sua utilidade para a sobrevivência dos indivíduos do período. Desse modo, desenvolveram-se a linguagem oral, que possibilitou a transmissão desse saber para as gerações futuras, e que originou, também, os mitos, costumes e tradições; a linguagem escrita através das pinturas rupestres, a linguagem audiocorporal, através da música e dança.

No entanto, somente poderemos falar nas primeiras manifestações de preocupação com a proteção do patrimônio cultural na Antiguidade após o surgimento dos primeiros Estados, os quais passaram a incentivar a produção cultural como ocorria na Grécia Antiga, quando Cidades-Estados (*polis*), como Atenas e Tebas, organizavam eventos artístico-culturais como disputas de peças teatrais e poemas,⁵ ou quando Impérios de maior expressão financiavam escultores e arquitetos para a construção de monumentos ou, como aconteceu na Roma Antiga, quando foi instituído mecenato para incentivo às artes romanas, apesar deste se restringir a algumas manifestações culturais.⁶

Assim, a fase do abandono foi caracterizada não por que fosse uma época em que inexistissem manifestações culturais ou qualquer proteção, mas foi uma fase em que não haviam políticas públicas institucionalizadas visando à preservação dos bens culturais existentes e/ou o incentivo das manifestações culturais de uma comunidade.

Nesta fase, não havia normas jurídicas disciplinando a questão da cultura, que somente era preservada ou incentivada por meio de atuações individuais, seja como cidadãos, seja como "agentes públicos" do período. Como não havia regras impondo o dever de proteger o bem cultural, em decorrência desse descaso, eram frequentes as condutas que resultavam na destruição do patrimônio cultural alheio pelos povos colonizadores, os quais, sempre que venciam uma guerra, costumavam apagar a memória cultural dos vencidos, destruindo todo o seu patrimônio cultural, seja vilipendiando obras artísticas, históricas e arquitetônicas, seja vedando as práticas e condutas consagradas na cultura vencida.⁷

E, desde então, quando havia uma disputa bélica entre povos, o conquistador não só se satisfazia em tomar a terra e as riquezas econômicas do outro povo, mas queria que aquele povo assimilasse a sua cultura (a do conquistador) e rejeitasse aquela (a do dominado).

São inúmeros os exemplos que podemos retirar da história: como o episódio relatado na Bíblia, precisamente no Livro de Daniel, que teria ocorrido na Antiguidade, em que alguns indivíduos do Reino de Judá, dentre eles o próprio Daniel, foram levados à Babilônia por ordem do rei Nabucodonosor para "que fossem ensinados nas letras e na língua dos caldeus", além de receberem nomes caldeus;⁸ e o que dizer da invasão dos Europeus, no continente americano a partir do século XV e a subjugação dos povos ameríndios, servindo como paradigma dessa imposição cultural a destruição dos principais símbolos, monumentos e documentos do Império Asteca pelos espanhóis, na campanha militar liderada por Hernán Cortez,

³ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo et al. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 25. Segundo este sociólogo britânico, o etnocentrismo "consiste em julgar as outras culturas tomando como medida de comparação a nossa", o que resulta na não aceitação das ideias e modos de comportamento de outra cultura.

⁴ HERÓDOTO *apud* LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 11.

⁵ TEIXEIRA, Carlos Adérito. *op. cit.*, p. 62-63. Segundo o jurista português Carlos Adérito Teixeira: "Uma vez chegados às civilizações da Antiguidade Clássica, em particular nas do Médio Oriente, a religião, a cultura e a arte revelam-se espaços privilegiados de domínio social, pelo que os seus detentores (monarquia e clero), procuram manter a ligação entre estas componentes da vida social, formando uma unidade cultural complexa, a fim de perpetuar o poder. Desenha-se, por isso, o merecimento de protecção das obras de arte na base da conformidade e pertença ao círculo da autoridade vigente. E daí resultam as primeiras barreiras à expressão artística como sucede v. g. com a interdição de certos motivos (religiosos, morais, etc.)".

⁶ TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 63. Relata Adérito Teixeira que "Em todo o caso, nesta época, e de modo especial na civilização grega, as artes plásticas assumem um papel e consideração social subalternos face às "letras", em particular à literatura da época, esta decididamente imortalizada".

⁷ SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Tem legitimidade *ad causam* o Ministério Público para proteger o patrimônio cultural imaterial das comunidades urbanas tradicionais? In: CONGRESSO NACIONAL DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O MEIO AMBIENTE, 2., 2004. *A efetividade do direito ambiental brasileiro: ações e resultados: caderno de teses*. Araxá: ABRAMPA, 2004. p. 179-183.

⁸ Dn, 1: 3-7.

a qual foi a responsável pela destruição dessa cultura tão antiga quanto a espanhola.

Até mesmo na pátria do mecenato, verificou-se tal prática de destruição do patrimônio cultural de outros povos, como se observa na preleção do jurista lusitano Adérito Teixeira:

A pilhagem e a destruição generalizada operada com a conquista pelos romanos das cidades de Cartago ou Corinto, particularmente ricas em bens culturais, são reveladoras, em todo o caso, da consideração em matéria de obras de arte dos institutos "*jus praedae*" e "*jus postliminii*", conferindo-se ao conquistador título equivalente à doação ou à compra, como transparece da regra latina "*si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit*" (Labeo, Dig. XLIX, XV, 28).

Cícero, no segundo discurso contra Verres em que dedica um capítulo a pilhagens de obras de arte, condena de forma incisiva a conduta deste sob a óptica da moral, mas reconhece a falta de apoio jurídico que sustente uma tutela sancionatória para tal conduta.⁹

Desse modo pode ser resumida a fase do abandono: gotas de iniciativas casuísticas de proteção dos bens culturais imersas em um oceano de descaso e destruição.

2.1 O mecenato

Atribui-se ao romano Caio Clínio Mecenas, ministro do Império Romano entre 74 a.C. e 8 d.C., como criador do mecenato, ou seja, o ato de financiar um artista para produzir criações artísticas. Caio Mecenas realizou ações pioneiras de acolhimento e incentivo à cultura durante o império de Otávio Augusto (63 a.C.-14 d.C.).

Naquela época, o imperador romano, por inspiração de Mecenas, protegeu criadores como Virgílio, criador do épico *Eneida*, e o poeta Ovídio, autor dos poemas *Heroides* e *A Arte de Amar*, além de estimular a arquitetura clássica romana, fortemente influenciada pela grega. Todo este apoio à cultura pautava-se, segundo o professor da Faculdade de Comunicação da UFBA, Albino Canelas Rubim, "por um nítido interesse político: glorificar o governo e o imperador Augusto".¹⁰

Percebe-se, então, que desde a Antiguidade Clássica já havia a "preocupação" de se apoiar a produção de diversas manifestações culturais, apesar de tais iniciativas partirem de indivíduos

integrantes de uma estrutura política, como era o caso de Mecenas, ministro de um imperador romano, ou que fossem abastados financeiramente; contudo, tais ações ainda não constituíam uma política governamental propriamente dita, seja de incentivo, seja de preservação do patrimônio cultural.

Além do mais, esta iniciativa era muito precária e descontínua, em virtude de sua natureza eminentemente privada, mesmo nos casos em que se utilizavam recursos financeiros do Estado, como ocorreu no Império Romano, estando tais ações suscetíveis a serem interrompidas por qualquer percalço de natureza interpessoal.

Desse modo, bastava um desentendimento pessoal qualquer entre o artista e seu patrocinador, ou simplesmente que este patrocinador não se satisfizesse com o resultado de determinada obra cultural, que se findava o incentivo à cultura, como ocorreu com o poeta latino Ovídio, que era apoiado pelo mecenato da época de Augusto, mas quando escreveu o poema *Ars Amatoria* (*A Arte de Amar*), teve sua obra repudiada pelo próprio imperador romano Otávio Augusto, que passou a não mais apoiar, desde então, suas criações artístico-literárias.

Ademais, cumpre salientar que o uso da arte como instrumento de exaltação do povo foi uma das ferramentas que ajudaram na consolidação da ideologia imperialista de Roma, pois os romanos se consideravam o único povo dotado de uma *cultura animi* (os valores culturais greco-romanos), e que habitava uma *civitas* (a cidade de Roma). E para viabilizar o uso da cultura era necessário que se criasse um sistema de manutenção de um corpo de indivíduos dedicados à criação artística, o que ocorreu com o mecenato.

Com a queda do Império Romano, a prática do mecenato só será "abraçada" pela burguesia europeia e pelo alto clero da Igreja Católica, principalmente, no final da Baixa Idade Média e durante o Renascimento, entre os séculos XIV e XVI, quando a prática da promoção do patrimônio cultural, através do mecenato, "realizou-se através das mais variadas instituições e personalidades: a Igreja Católica, os reis, a aristocracia e a burguesia ascendente",¹¹ conforme as ações de importantes famílias burguesas italianas como os Sforza de Milão, os Médicis de Florença, os Borghese de Roma e os Doria de Gênova, ou de papas como

⁹ TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰ RUBIM, Antonio Albino Canelas. Dos sentidos do marketing cultural. Disponível em: <<http://www.facom.ufba.br/pretextos/albino.html>>. Acesso em: 02 jan. 2006.

¹¹ RUBIM, *op. cit.*

Nicolau V (1447-1455), Alexandre VI (1492-1503) ou Leão X (1513-1521), estes últimos responsáveis por patrocinar artistas como Rafael Sanzio e Michelangelo.¹²

Sobre o mecenato, são precisas as palavras do professor Albino Rubim:

Apesar de sua origem estatal, o mecenato em sua história foi encampado pela sociedade civil, em sua multiplicidade de instituições, e só residualmente manteve-se como algo dependente do Estado.

As mudanças acontecidas no aparato estatal, em sua configuração moderna de Estado-nação, redefiniram suas relações com o campo cultural, aliás também ele autonomizado e reorganizado na modernidade. Tais mudanças implicaram em uma maior complexidade destas relações, agora não mais apenas circunscritas ao mecenato.¹³

De fato, em virtude do caráter residual com que o Estado "apoiava" as manifestações culturais, o mecenato encontrava-se inserido dentro de um contexto de abandono, denotando a real forma pela qual eram tratados os bens culturais. Naquele período histórico, não havia uma ideia solidificada de patrimônio cultural, tanto que, em regra, os "monumentos históricos e as obras de arte em geral não conhecem, então, qualquer tratamento de exceção ou privilégio, salvo quando apresentam um caráter religioso oficial",¹⁴ conforme se observou, principalmente, durante a Idade Média, em que os principais monumentos preservados eram igrejas ou palácios da nobreza feudal.

Contudo o surgimento da efetiva intervenção estatal na proteção da cultura, como se pode verificar em meados do século XIX, não exauriu o sistema de mecenato. Este passou por algumas reformulações adequando-se ao paradigma do Estado Moderno, portador de um virtual "constitucionalismo" que orientaria suas diretrizes.

Assim, o mecenato, deixou de ser uma iniciativa restrita a um governante e foi incorporada como objeto de interesse do Estado Moderno que, se aproveitando da utilidade do mecenato cultural como meio de criação de "artistas oficiais" que serviam as Administrações que lhes financiavam como instrumento ideológico de exaltação da pátria ou de um determinado regime de governo.¹⁵

2.2 Intervenção do Estado na proteção da cultura

Com o fortalecimento do Estado Nacional, a partir da Idade Moderna, o Poder Público passou a atribuir para si a responsabilidade de regular a vida de seus súditos, ora intervindo nas relações jurídicas privadas, ora prestando serviços à coletividade. Será esta postura, o germen das políticas públicas.

A consolidação da ideia de política pública foi fundamental para a proteção do patrimônio cultural, pois o Estado deixou de aplicar um precário "mecenato público" em favor de "artistas oficiais", para desenvolver autênticas políticas públicas culturais, conforme se infere da observação de Albino Rubim:¹⁶

Ao se tornar também um prestador de serviços educativo-culturais, o Estado contemporâneo deixou de realizar apenas uma intervenção governada por uma lógica utilitária e legitimadora, tão comum ao mecenato e aos criadores oficiais. Simultaneamente e em tensão com este modo de intervenção, o Estado contemporâneo começou também a ser perpassado por uma lógica advinda da sociedade e suas necessidades educativo-culturais. Nesta perspectiva, a atuação estatal adquire um outro caráter, podendo mesmo empreender performances que detêm grande autonomia frente aos interesses particulares dos detentores do poder de governar e até entrar em conflito aberto com suas concepções.

De fato, o marco inicial da atuação estatal em relação à defesa do patrimônio cultural surgiu na França, no início do século XIX, com as ideias do Bispo de Blois, o abade francês Henri Gregoire, que surgiram como resposta à depredação e destruição de importantes bens artísticos e arquitetônicos, realizadas por revolucionários mais radicais do movimento liberal-burguês de 1789, com o objetivo de lançar no limbo da história todos os bens culturais que remetesse ao *Ancien Régime*.¹⁷

Este esboço de preocupação com a preservação ao patrimônio cultural surgiu em 1794, quando o abade Henri Gregoire, então membro do Governo Revolucionário francês, foi perguntado, pelos governantes da época, acerca da destruição de todas as inscrições latinas nos monumentos e demais expressões da arte anterior ao período revolucionário, e respondeu que:

¹² KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000. p. 236.

¹³ RUBIM, *op. cit.*

¹⁴ TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 63-64.

¹⁵ RUBIM, *op. cit.*

¹⁶ RUBIM, *op. cit.*

¹⁷ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Advocacia Pública & Sociedade - Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, ano 2, n. 3, p. 201, 1998.

O foco do criador da arte é superior ao de seu patrocinador, ao trazer a sua individualidade para o primeiro plano, demonstrando o quanto seus trabalhos artísticos são a expressão do seu espírito livre — genialidade e talento realizado — triunfante sobre qualquer repressão política, erros ou superstições... Será que as Pirâmides do Egito, por terem sido construídas por uma tirania e para beneficiar essa tirania, devem, estes monumentos da antiguidade, ser destruídos?¹⁸ (tradução nossa)

O abade Gregoire (apesar de integrante do Segundo Estado — o Clero — era um homem extremamente avançado para a época) combateu a retórica revolucionária que pregava a destruição de toda a "arte corrompida", entendida neste rol, toda a manifestação artística que exprimisse um ideário distinto do jargão *liberté, égalité et fraternité*. Gregoire denominava tais atitudes como "os axiomas da ignorância".¹⁹

Todavia, tal proteção aos bens culturais era incipiente e limitada, pois se partia de um pressuposto extremamente restrito do que seria um bem cultural, este limitado a todo bem artístico e arquitetônico que tivesse um valor estético excepcional.²⁰

Isto sucedia, pois uma política cultural é, antes de tudo, uma política pública, ou seja, "um conjunto articulado e fundamental de decisões, programas, metas, recursos e instituições, a partir da iniciativa do Estado".²¹ E, ao representar uma política pública, as ações governamentais no campo cultural passam a estar sujeitas a duas variáveis: a primeira seria o "critério de ação":

toda política cultural opta por uma determinada ideologia cultural; já a segunda seria a "alocação de escassos recursos públicos diante de clientelas concorrentes".²²

A ideologia cultural que nortearia os governos da época era a da monumentalidade ou excepcionalidade, ideologia esta que serviu de critério para que a Administração Pública, ao delimitar o que seria o bem jurídico cultural, definisse quais obras careceriam de proteção estatal, de modo que os escassos recursos orçamentários destinados a proteção cultural eram alocados exclusivamente para a proteção de tais bens culturais.

Assim, pode-se inferir que, com o início da efetiva intervenção estatal no domínio cultural, houve uma "política de marcha lenta" com o Estado avançando (mas nem tanto...) ao consolidar a ideia de proteção ao patrimônio cultural como política pública, contudo, considerando como manifestação cultural, somente os monumentos dotados de excepcional beleza estética.

3 Fase da excepcionalidade: a concepção elitista do patrimônio cultural

O conceito de "excepcionalidade" do bem cultural será a "pedra de toque" das ações estatais em defesa do patrimônio cultural, entre o início das preocupações oficiais com o patrimônio cultural no século XIX até a elaboração da Carta de Veneza em 1964, cujos exemplos clássicos, no dito primeiro mundo civilizado e polo da cultura humana, são a destruição do casario medieval que rodeava a Catedral de Notre Dame, em Paris, ou a demolição de vielas e cortiços parisienses, também medievais, para se criar largas avenidas modernas, ambas ocorridas no final do século XIX.

Segundo o conceito de "excepcionalidade", certo bem somente integraria a categoria de patrimônio cultural se possuísse um elevado valor estético sob a ótica da Arquitetura e da Crítica de Arte,²³ o que levava a uma consideração quase exclusiva do referencial estético eurocêntrico.

A origem desta concepção adveio de uma noção de cultura que já não se diferenciava muito da formulada pelo senso comum da época, a qual seria associada à erudição, ou seja, ao ideal elitista

¹⁸ HOFFMAN, Barbara T. Introduction: Exploring and Establishing Links for a Balanced Art and Cultural Heritage Policy. In: HOFFMAN, Barbara T. *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 1.

¹⁹ HOFFMAN, *op. cit.*, p. 1. Lamentavelmente, apesar da advertência do abade Gregoire, em fins do século XVIII, continuaram os governos, após conquistar o poder de determinado Estado, destruindo toda a expressão artística que "fugisse" de seu padrão ideológico, conforme ocorreu em 2001, no Afeganistão, com a destruição, pelo governo do *Taliban*, de estátuas históricas de Buda localizadas na província afegã de Bamiyan, que remontam ao período do Reino Bactriano, época bem anterior ao surgimento do islamismo. Vale lembrar que, independentemente de que tais obras destoem de determinado preceito da religião majoritária de um povo, não poderia esse governo destruir um bem cultural milenar, pois tais obras eram expressões da História daquele país, remanescente de uma época anterior à existência desse Governo. Ademais, tal bem pode ser considerado como um patrimônio cultural da humanidade e a decisão governamental que ordenou a demolição daquelas estátuas teria violado diversas Convenções internacionais, além de não ter respaldo na religião muçulmana, segundo alguns estudiosos islâmicos, como a principal autoridade muçulmana do Egito, o *mufti* (líder religioso) Nasr Farid Wasel, segundo o qual, a presença das estátuas de Buda "não é proibida pelo Islão. Todas as figuras das épocas que precederam o Islão representam uma parte da história dos povos e não são perniciosas para a crença muçulmana" (Jornal TSF de Portugal em 03.03.2001).

²⁰ SANTANA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 187-192.

²¹ FALCÃO, Joaquim. Política de preservação e democracia. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, Brasília, n. 20, p. 45, 1984.

²² FALCÃO, *op. cit.*, p. 45.

²³ SANTANA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 182-190.

de "refinamento de espírito". Logo, como o governante concebia a cultura como erudição, ele fatalmente destinava os esforços estatais para salvar, apenas, os bens portadores de referência a certo conhecimento erudito, como as ciências (as artes aplicadas), as manifestações artísticas (as belas artes) e a Arquitetura, valores que representavam, inevitavelmente, o eurocentrismo colonialista da época.

Diante desse paradigma, tudo que fosse relacionado à cultura popular era reputado por escolas, museus e demais instituições sociais como de mau gosto, rudimentar, anacrônico, deselegante e até mesmo errado.²⁴ Dessa forma, a culinária baiana com seus quitutes de origem africana (exemplo notório: o acarajé), seria considerada uma comida de má qualidade, com sabor nauseante, em contraposição ao sofisticado *scargot*, prato da *civilization française*, o forró seria um anacronismo oriundo da Europa, em oposição ao *ballet*, dança da culta Europa. A arquitetura dos índios Yalapitiwi, do Alto Xingu, não passaria de uma palhoça improvisada no meio do floresta que não diferiria de nenhuma toca de animal selvagem, enquanto os casarios coloniais que remetessem à Arquitetura portuguesa eram dignos de admiração e preservação.

Sob a perspectiva da excepcionalidade, as políticas culturais tendem a excluir a presença de traços culturais não integrantes da concepção oficial que o Estado adota. Assim, uma questão interessante foi a enfatizada por José Luiz dos Santos quanto à exclusão das manifestações culturais de origem africana da concepção oficial de patrimônio cultural brasileiro, pois houve ao longo da História brasileira a tendência de se minimizar a importância das populações de origem africana, apesar de sua presença maciça na população durante séculos, sendo que esta desconsideração estaria relacionada à maneira que as elites do país encaram a sua sociedade.²⁵

A proteção institucional à cultura já "nasceu caolha", com somente um olho enxergando as manifestações culturais que relacionados aos monumentos relacionados com o referencial eurocêntrico, enquanto o outro olho era cego às demais manifestações culturais. Em face disso, as primeiras

ações governamentais de proteção ao patrimônio cultural somente surgiram com a promulgação, no final do século XIX, das primeiras legislações sobre a temática, obviamente, em países portadores de ricos monumentos da "Antiguidade Clássica", como o Egito, a Turquia, a Grécia e a Itália.²⁶

Conforme se observa das primeiras legislações, ao adotarem o paradigma da excepcionalidade, a maioria desses países optou como critério, o estipulado pelos "estudiosos" europeus (artistas e arquitetos), resultando na preservação somente de bens monumentais que agradassem a Arquitetura Europeia,²⁷ e que foi reproduzido pelos demais países, como as primeiras atuações de preservação patrimonial efetuadas pelo Estado brasileiro que investia seus escassos recursos financeiros na proteção dos bens arquitetônicos remanescentes do período colonial português.

Também, pertencerá a esta fase a adoção das primeiras normas internacionais de proteção aos bens culturais, como o Pacto *Roerich*, as quais exerceram o importante papel de espalhar pelo planeta a ideia da preservação do patrimônio cultural, como uma preocupação de interesse dos governos.²⁸ Porém a principal "norma" que influenciou na adoção da excepcionalidade pelos países foi a Carta de Atenas, carta patrimonial que consolidou a ideologia elitista na proteção do patrimônio cultural.

3.1 A Carta de Atenas

A importância da arquitetura era tão forte que documentos produzidos em "badalados" congressos internacionais de arquitetos, como as "cartas patrimoniais" que adquiriram um *status* mais relevante do que muitas normas jurídicas internacionais celebradas na época (e talvez até do que as convencionadas nos dias atuais...).

Segundo Andrea Teichmann Vizzotto, as "cartas patrimoniais são documentos conclusivos e orientadores da ação de preservação do patrimônio histórico e cultural oriundos dos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna".²⁹ É

²⁴ ARANTES, Antonio Augusto. *O que é cultura popular?*. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 12-13.

²⁵ SANTOS, José Luiz dos. *O que é Cultura?*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 75.

²⁶ SILVA, Fernando Fernandes da. Mário e o patrimônio: um anteprojeto ainda atual. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, Brasília, n. 30, 132, 1999.

²⁷ FALCÃO, op. cit., p. 47-48. Preleciona Joaquim Falcão que o Estado brasileiro atribuiu a preservação patrimonial como tarefa exclusiva de arquitetos, os quais estando diante do processo administrativo de tombamento, teriam "o dom divino de encontrar o 'bem comum', o 'interesse público', o padrão arquitetônico definitivo".

²⁸ SILVA, op. cit., p. 131-132.

²⁹ VIZZOTTO, Andrea Teichmann. A paisagem urbana e a privatização do espaço coletivo. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE

inegável a influência destas cartas na elaboração ou modificação, pelos países, de normas de proteção ao bem cultural.³⁰ São exemplos desses diplomas, a Carta de Atenas, a Carta de Veneza, a Carta de Burra, a Carta de Petrópolis, entre outras.

Assim, para uma observação mais completa da excepcionalidade, cumpre analisar seu principal "esqueleto institucional-documental" que foi a Carta de Atenas, documento que por sua importância para a proteção jurídica do patrimônio cultural, poderia ser enquadrada como uma verdadeira norma de *soft law*. Esta carta patrimonial foi elaborada durante o Congresso Internacional de Arquitetura Moderna de 1933, que apesar de totalmente influenciada pelo elemento "excepcionalidade" na conceituação de um bem cultural, será um dos primeiros documentos que tratarão da importância de se proteger o patrimônio cultural.³¹

4 Fase da historicidade: a Carta de Veneza

Enquanto o Brasil ainda tinha a preservação cultural sobre o parâmetro da excepcionalidade, no plano global, as nações começavam a perceber a importância de se mudar o referencial. Marco dessa mudança de mentalidade governamental foi a Carta de Veneza, elaborada durante o II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos de 1964, cujas diretrizes rompem com antigos conceitos,³² conforme se observa de seu art. 1º.

A alteração de paradigma na proteção dos bens culturais é perceptível com a Carta de Veneza, que passou de uma proteção a um bem em razão de seu valor excepcional para uma tutela com prevalência do valor histórico-documental, não se admitindo quaisquer modificações não só do monumento principal, como também de todo o meio onde está inserido.³³

Desse modo, a destruição das edificações medievais que rodeavam a Catedral de *Notre Dame* de Paris não seria admitida, devendo-se preservar todo o conjunto, visto que o mesmo formava um contexto histórico-urbano peculiar, em que coexistia a monumental *Notre Dame* e as simples, porém antiquíssimas, habitações medievais que presenciaram todos os fatos históricos mais relevantes da França, através de suas fachadas, como o massacre de São Bartolomeu, o reinado de Luís XV, a Revolução Francesa, a ascensão política de Napoleão Bonaparte, entre outros.

5 Fase da imaterialidade: redescobrimo a cultura popular

O estudo das manifestações culturais tradicionais e populares iniciou-se no século XVIII, com o trabalho de Johann Herder, vêm sendo estudadas como expressões da cultura, para tanto, utilizando-se a expressão folclore para se referir a cultura popular.

O patrimônio imaterial custou a ser reconhecido como um bem cultural carecedor de proteção institucional por meio de políticas públicas estatais. A despeito do pioneiro anteprojeto de lei esboçado por Mário de Andrade³⁴ e de alguns estudos e políticas formuladas por alguns países como Cuba,³⁵ verifica-se que somente na década de 70 do século XX, com a pressão de alguns países de terceiro mundo, liderados pela Bolívia, sobre a UNESCO, é que surgem as primeiras reivindicações pelo reconhecimento das manifestações tradicionais e populares como expressão de bens culturais e, portanto, mereceriam uma proteção na qualidade de patrimônio cultural intangível ou imaterial.³⁶

Contudo, oficialmente, a UNESCO somente começará a valorizar os bens imateriais como uma expressão do patrimônio cultural em 1989, com

DIREITO AMBIENTAL, 9., 31 maio a 3 jun. 2005. *Paisagem, natureza e direito*: trabalhos apresentados... Organização de Antonio Herman Benjamin. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005, v. 1, p. 507.

³⁰ Um exemplo disso seria o Decreto-Lei nº 25/37, diploma legal que, desde 1937, vem disciplinando a proteção de bens culturais brasileiros e que sofreu fortes influências da Carta de Atenas de 1933.

³¹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 201-202.

³² Está previsto no art. 1º da Carta de Veneza: "A noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural."

³³ SANTANA, OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 188-195.

³⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 129. Em 1936, o então Ministro da Educação e Cultura Gustavo Capanema, encarregou o então diretor do Departamento de Cultura do Município de São Paulo, Mário de Andrade, de elaborar um anteprojeto de lei de proteção ao patrimônio cultural; este anteprojeto já reconhecia expressões imateriais da cultura popular como bem cultural, contudo tal proposta soou muito avançada para época, de modo que o anteprojeto de Mário de Andrade foi tão modificado quanto a sua proposta original que resultou no Decreto-Lei nº 25/37, o qual celebrou durante mais de 50 anos o engessamento do patrimônio cultural brasileiro.

³⁵ PEREZ, Jesus Guanche. ¿El patrimonio de la cultura popular tradicional es realmente inmaterial o intangible? *El Catoblepas*, n. 19, set. 2003, p. 10. Disponível em: <<http://www.nodulo.org/ec/2003/n019p10.htm>>. Acesso em: 20 out. 2004.

³⁶ SACRAMENTO, José Antônio de Ávila. Patrimônio imaterial. Disponível em: <<http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.php?cod=40711&cat=Artigos>>. Acesso em: 27 maio 2006.

o advento da Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, instrumento legal que, apesar de não possuir a mesma importância de uma convenção, forneceu elementos para a identificação, a preservação e a continuidade das manifestações patrimoniais imateriais.³⁷ Em seguida, a pressão internacional pela criação de instrumentos jurídicos visando à proteção do patrimônio imaterial, a exemplo da Declaração Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural de 2001 e da Declaração de Istambul de 2002.

E, então, a consagração desta proteção somente verificar-se-á em 17 de outubro de 2003, durante a sessão da UNESCO em Paris que aprovou a Convenção Internacional para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Esta convenção apresenta em seu artigo 2º a seguinte definição de patrimônio cultural imaterial:

Entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas — junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados — que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e de desenvolvimento sustentável.³⁸

Estudando a referida convenção, comenta a jurista Daisy Rafaela da Silva que este tratado foi "o primeiro documento internacional a definir de forma clara e precisa, o patrimônio cultural de natureza imaterial", além de preencher uma lacuna existente, afinal, no que se refere à salvaguarda de bens culturais imateriais, até a aprovação deste diploma inexistia "um instrumento multilateral de caráter vinculante destinado ao patrimônio cultural imaterial, e embora a existência de acordos, recomendações e resoluções internacionais no trato do patrimônio cultural e natural, era mister sua complementação."³⁹

6 Primeiras iniciativas brasileiras

Os primeiros indícios de preocupação governamental com os bens culturais no Brasil foram as poucas e isoladas tentativas de agentes públicos, como foi o caso de Dom André de Melo e Castro, Conde de Galveias, Vice-Rei da Colônia portuguesa do Brasil, que, em meados do século XVIII, preocupado com a destinação que seria dada a alguns monumentos arquitetônicos remanescentes da Invasão Holandesa em Pernambuco, escreveu várias cartas para D. Luis Pereira Freire de Andrade, o governante local, defendendo a proteção daquele patrimônio, sendo, no final, ignoradas pela Capitania de Pernambuco.⁴⁰

Com o século XIX, os países europeus já esboçavam políticas de proteção ao patrimônio cultural; no entanto, no Brasil ainda se desprezava a temática da proteção legal e institucional de um patrimônio cultural. Dois exemplos disto ocorreram durante o Império do Brasil; a primeira, uma frustrada tentativa de suscitar um debate acerca da preservação do patrimônio cultural nacional foi promovida por Araújo Porto Alegre, então Diretor da Academia Imperial de Belas Artes, na Corte do Rio de Janeiro.⁴¹ E a segunda consistiu na isolada iniciativa do Conselheiro Luiz Pedreira Couto Ferraz, ministro do Império do Brasil, de ordenar aos presidentes das Províncias que recolhessem as coleções epigráficas locais para serem preservadas na Biblioteca Nacional e expedindo ordem ao Diretor das Obras Públicas da Corte, para que tivessem cuidado, durante a reparação de monumentos, para não danificar as inscrições e outros dados que neles estivessem gravados.⁴²

Além dessas iniciativas administrativas fortuitas, percebe-se, no Brasil do século XIX e começo do XX, que havia um vácuo normativo sobre a matéria, não obtendo a proteção ao patrimônio cultural o respaldo necessário pelo ordenamento jurídico daquela época para uma efetiva tutela, afinal isto implicaria numa a restrição ao "sagrado"

Juridico, Rio Grande, n. 75, 1º abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7361>. Acesso em: 25 out. 2010. Neste artigo, a referida autora faz um panorama da Convenção Internacional, mostrando os antecedentes históricos e o seu conteúdo normativo.

⁴⁰ PINTO, Antônio Carlos Brasil. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. São Paulo: Papirus, 1998, p. 15. E também com mais detalhes: PELLEGRINI FILHO, Américo. *Ecologia, cultura e turismo*. 2. ed. Campinas: Papirus, 1997, p. 101-102.

⁴¹ RICHTER, Rui Arno. *Melo ambiente cultural: Omissão do Estado e Tutela Judicial*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 9-10.

⁴² RODRIGUES, *op. cit.*, p. 202.

³⁷ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 120.

³⁸ Redação do anexo do Decreto federal nº 5.753/2006.

³⁹ SILVA, Daisy Rafaela. *Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial: a tutela do meio ambiente cultural*. *Âmbito*

direito de propriedade, fundamento basilar da sociedade liberal-burguesa do período, conforme se observa da omissão da matéria nas Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Todavia, uma iniciativa legislativa governamental pré-republicana que costuma ser esquecida pelos estudiosos da matéria é a legislação de tutela dos povos indígenas que inclusive previa dispositivos de proteção da cultura indígena. Esta legislação remonta ao período colonial, quando os monarcas influenciados pela posição da Igreja Católica que havia reconhecido que os índios "possuíam alma" passaram a estabelecer normas que regulassem diversos aspectos dos povos indígenas que fossem amistosos ao processo civilizatório lusitano.⁴³

Todavia, esta legislação foi bastante afetada pela inconstância que caracterizava o projeto político português, sendo caracterizada por fluxos e refluxos em sua tarefa de se proteger as comunidades indígenas. De acordo com Carlos Marés de Souza Filho:

Toda a legislação do século XVI é pendular, determina bom tratamento aos indígenas que se submetessem à catequese e guerra, certamente justa, aos que se mostrassem inimigos. A ordem era destruir as aldeias, levar em cativo e matar para exemplo dos demais. O regimento de 1548 é repetido de forma curiosa em 1570: fica proibido tomar índios em cativo, salvo os tomados em guerra justa e os salteadores.⁴⁴

Demonstrando esse caráter pendular das leis indigenistas do período colonial, pode-se observar o Diretório dos Índios de 1755 e o Alvará de 1759 que ampliou a aplicação do Diretório a todo o território da América portuguesa, diplomas normativos nos quais o Marquês de Pombal, com o consentimento do Monarca lusitano, proibiu-se o ensino e a fala da Língua Geral (*Nheengatu*),⁴⁵ língua de matriz indígena tupi, enquanto que posteriormente, ainda com o Marquês de Pombal sendo o Secretário de Estado do Rei, foi expedido o Alvará de 4 de abril de 1775, no qual o Rei de Portugal "tenta apagar o próprio preconceito já existente sobre os povos indígenas" ao proibir que

os colonos tratem os índios e seus descendentes com expressões "injuriosas".

Esta situação criou fortes dificuldades para a sua implantação, dado o confuso quadro em que se encontrava a condição jurídica do índio, com legislações ora estabelecendo proibições e restrições aos índios, ora estabelecendo que os índios não deveriam ser molestados. Na prática, muitas leis acabaram não atingindo o seu objetivo.

6.1 O ovo de Macunaíma

A despeito das diversas iniciativas de proteção ao patrimônio cultural ou ao incentivo à cultura que ocorreram no Brasil durante o Império, é necessário esclarecer que tais ações se limitavam a reproduzir as manifestações culturais europeias, pois estas seriam, segundo a mentalidade da época, as nações civilizadas em que o Brasil deveria se espelhar. Em face disso, toda manifestação cultural que fugisse do "mimetismo cultural", e representasse, de fato, a cultura nacional, era relegada a segundo plano, sendo considerada não merecedora de proteção pelo Estado.

Uma suposta exceção a esta realidade teria sido a legislação de tutela dos povos indígenas produzida pela Monarquia portuguesa e, posteriormente, pelo Império do Brasil. Entretanto, conforme exposto retro, tais normas careciam de eficácia social, especialmente em face das chamadas "guerras de pacificação".

Assim, a legítima cultura brasileira era sufocada pela corda da civilização europeia. Até mesmo os episódios de remissão à memória indígena nacional, ocorrida pelo Romantismo brasileiro do século XIX, não passava de uma adaptação "tupiniquim" à referência histórica aos cavaleiros medievais que o Romantismo europeu promovia na mesma época.

E a cultura nacional, tão represada pelo referencial cultural da Europa, começou, aos poucos, a encontrar brechas nessa represa até que a mesma se rompesse e fluísse um rio chamado Semana de Arte Moderna de 1922. Nessa época, Mário de Andrade, Oswald de Andrade, Anita Malfatti, Heitor Villa-Lobos, Tarsila do Amaral, Graça Aranha, Victor Brecheret, Manuel Bandeira, Patrícia "Pagu" Galvão e tantos outros, liberaram como catarse, naquele evento, toda a vontade cultural brasileira até então reprimida pelas academias pela elite intelectual e culta do período.

⁴³ Este posicionamento fora consagrado pela Bula papal *Sublimus Dei* expedida por Paulo III em 1537.

⁴⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 3. tiragem. Curitiba: Juruá, 2004, p. 53-54.

⁴⁵ Língua criada artificialmente pelos jesuítas com a finalidade de catequese dos povos ameríndios foi o principal idioma usado na Colônia portuguesa do Brasil sendo praticamente extinto no final do século XVIII, sendo falado na contemporaneidade por alguns poucos povos indígenas e caboclos amazônicos habitantes da região do Alto Rio Negro (Estado do Amazonas), sendo que o Município de São Gabriel da Cachoeira (Amazonas) o tornou o idioma oficial de lá junto com o português.

A Semana de Arte Moderna, ocorrida em São Paulo, em 1922, foi o "rio principal", nutrido por diversos "afluentes" (como a exposição de pinturas de Anita Malfatti, ocorrida em 1917, objeto de duras críticas por Monteiro Lobato), que inundou com cultura brasileira o estuário governamental.

Se por um lado, a arte e a cultura estavam em plena efervescência, por outro, no plano normativo, o patrimônio cultural permaneceu engessado pelas vicissitudes do jogo político, com algumas tentativas frustradas na então "moribunda" República Velha (1894-1930), como os projetos de lei de iniciativa dos deputados federais Luiz Cedro e Wanderley de Araújo Pinho, e ainda as leis de proteção promulgadas nos Estados da Bahia e de Pernambuco.⁴⁶

Com o advento da Revolução de 1930, a qual, ao derrubar a República Velha e dissolver o Legislativo nacional, instaurou o regime político conhecido "Era Vargas", houve a implantação de uma autêntica disciplina jurídica do patrimônio cultural.

Assim sucedeu quando o Governo Vargas inaugura sua política de proteção da cultura ao expedir, em 12 de julho de 1933, o Decreto nº 22.928, que transformou a cidade mineira de Ouro Preto em Monumento Nacional; em seguida, com a expedição do Decreto-Lei nº 25/37, marco regulatório dos bens culturais brasileiros até os tempos modernos, e ainda com o reconhecimento dessa tutela pelas Constituições brasileiras de 1934 e 1937.

A Constituição de 1934 foi pioneira ao disciplinar em seu artigo 10, inciso III, a competência concorrente entre a União e os Estados-Membros para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte do território nacional. Contudo, a primeira norma constitucional prevenindo, expressamente, a proteção pela Constituição de um bem cultural, somente adveio com a Constituição de 1937 que, apesar de ser limitada no plano dos direitos políticos e das liberdades públicas, inovou ao tratar mais amplamente da proteção ao patrimônio cultural em seu artigo 134.⁴⁷

Desse modo, a proteção do patrimônio cultural passou a ser matéria de responsabilidade também do Município, além de se inserir a tutela penal no contexto dessa proteção, como ocorreu com a elaboração do Código Penal de 1940, o qual criminalizou algumas condutas nocivas ao patrimônio cultural, conforme se depreende dos tipos penais previstos nos artigos 165 e 166.

Porém, o principal instrumento jurídico de proteção ao patrimônio cultural oriundo daquele período seria o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que não só regulamentava essa proteção, ao criar o instituto jurídico do tombamento, como também definia a formação de um órgão responsável pelo tombamento: o SPHAN, Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; que, de tão importante, ainda hoje, é a norma infraconstitucional em que está fundamentada a tutela do patrimônio cultural, apesar de algumas poucas modificações.

O Decreto-Lei nº 25/37 que, inclusive, ainda vigora no Direito brasileiro, foi elaborado numa época em que o valor "excepcionalidade" ainda definia a natureza de um bem cultural, sendo por esse valor bastante influenciado, especialmente na definição de "patrimônio histórico e artístico nacional",⁴⁸ ou seja, o bem jurídico objeto da proteção estatal.

Segundo se compreende da conceituação normativa supracitada, um bem para que fosse considerado como expressão de um patrimônio cultural teria de possuir elevado valor histórico ou excepcional, visão essa que se adaptada para a atualidade, excluiria os bens de natureza imaterial que, apesar de sua importância socioantropológica, não receberam à época a devida atenção do legislador.⁴⁹

Um exemplo significativo disto é o caso de alguns casarões de taipa localizados no interior do Estado da Bahia, particularmente, na região da Chapada Diamantina,⁵⁰ que, construídas durante a época do garimpo, no final do século XIX e início

⁴⁶ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁷ O referido dispositivo possuía o seguinte enunciado: "Art. 134. Os monumentos históricos artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional."

⁴⁸ Prevê o art. 1º do citado Decreto-Lei que: "Art. 1º Constituem o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico."

⁴⁹ SANTANA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 187.

⁵⁰ São exemplos de localidades que ainda possuem ruínas dessas habitações o povoado de Xique-Xique de Igatu, no Município de Andaraí (BA); na cidade de Palmeiras e povoado de Campos de São João, Município de Palmeiras (BA); no povoado de Cachoeirinha, Município de Wagner (BA); e nos povoados de Campestre e Cochô dos Malheiros no Município de Seabra (BA).

do século XX, nunca tiveram atenção do Estado quanto a sua conservação (cuja exceção encontra-se na cidade de Lençóis), por não possuírem um tão elevado valor histórico, segundo os critérios preconceituosos dos técnicos que cuidavam do tombamento, merecendo atenção apenas os bens de origem colonial, conforme preleção de José Eduardo Ramos Rodrigues.⁵¹

Na mesma linha ideológica do Decreto-Lei nº 25/1937 foi concebida a, também vigente, Lei nº 3.924/1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, lei que os define em seu art. 2º,⁵² estabelecendo proibições e ainda disciplinando as escavações arqueológicas e a remessa desses bens culturais para o exterior.

6.2 Panorama contemporâneo da proteção jurídica da cultura no Brasil

Não houve muita inovação no ordenamento jurídico posterior à Era Vargas. Contudo, com o advento da nova Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988, a tutela jurídica da cultura no Brasil sofre uma "revolução", em razão de a nova carta constitucional dispor sobre o que há de mais avançado na matéria, conforme inferimos de seus artigos 215 e 216.

Esses artigos versam sobre o exercício dos direitos culturais, instituindo deveres do Poder Público com relação à cultura, conceituando o que seria patrimônio cultural perante o Direito Brasileiro e enfatizando que o patrimônio nacional é composto por diversos segmentos integrantes do processo civilizatório nacional (afro-brasileiros, índios, europeus...). Também, preveem "instrumentos de identificação e preservação, desses bens referenciais (patrimoniais e de fazer)"⁵³ e buscam assegurar "não apenas aos elementos culturais do passado mas, além destes, também a dinâmica de

formação de novos bens e atividades de identificação cultural".⁵⁴

Partindo dos fundamentos traçados pelo texto constitucional, vamos encontrar as normas jurídicas destinadas à proteção do patrimônio cultural pelo Direito Brasileiro subdivididas em duas vertentes: as normas de intervenção e as de incentivo.

As "normas de intervenção" reúnem as normas jurídicas que promovem a proteção cultural por meio de atuações diretas de intervenção estatal sobre a conduta humana, ao impor restrições ao uso da propriedade, ao criar um regime de proibições e permissões, ao estabelecer princípios e diretrizes para planos e políticas governamentais e ao disciplinar uma estrutura governamental voltada para a proteção do patrimônio cultural.

Podem ser citadas como exemplos desta primeira vertente: o Decreto-Lei nº 25/37, que disciplina o instituto do tombamento, além de criar o SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), atual IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional); os artigos 62 a 65 da Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal nº 9.605/98), que versam sobre os crimes contra o patrimônio cultural.

Além das normas jurídicas acima referidas, devem ser citados também o Decreto Federal nº 3.551/2000, que regulamentou o art. 216, §1º, da CF/88 e disciplinou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial; o Decreto Federal nº 5.753/2006, que promulgou a Convenção Internacional para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial adotada em 17 de outubro de 2003 na cidade de Paris (França); e a Lei nº 12.301/2010, que reconheceu oficialmente o "Centro Luiz Gonzaga de Tradições Nordestinas - Feira Nordestina de São Cristóvão", localizada na cidade do Rio de Janeiro (RJ) como patrimônio cultural imaterial do Brasil.

Ademais, o Poder Constituinte Reformador também participou na disciplina jurídica contemporânea do patrimônio cultural ao editar a Emenda Constitucional nº 48/2005, que incluiu no artigo 215 da Constituição Federal o parágrafo terceiro, que prevê o estabelecimento de um Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzam à defesa e valorização do patrimônio cultural

⁵¹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 205-206.

⁵² "Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos: a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a julgo da autoridade competente; b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha; c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico; d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios."

⁵³ CARVALHOSA, Modesto. Fundamentos constitucionais da preservação no Brasil. *Revista do ICOMOS-Brasil - Aspectos Urbanos, Históricos e Legais da Preservação no Brasil*, p. 131, 1998.

⁵⁴ CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 131.

brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens de cultura; e valorização da diversidade étnica e regional.

A legislação ordinária que regulamentou o §3º do art. 215 da Constituição foi a Lei federal nº 12.343, 2 de dezembro de 2010, a qual instituiu o Plano Nacional de Cultura (PNC), que terá duração de 10 (dez) anos conforme o art. 1º da citada Lei, e também criou o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC), o qual é um sistema de monitoramento e avaliação do PNC.⁵⁵

Ainda na condição de norma de intervenção, uma política governamental que deve caracterizar o futuro marco jurídico do patrimônio cultural no Brasil é o Sistema Nacional de Cultura, modelo de gestão cultural lançado por Juca Ferreira, então Ministro da Cultura (2008-2010) durante o Governo Lula (2003-2010) cujo Projeto de Emenda à Constituição se encontra em discussão no Congresso Nacional (PEC nº 416/2005).⁵⁶

Enquanto isso, na segunda vertente, denominada de "normas de incentivo", em virtude de serem normas jurídicas que dispõem sobre a promoção e o incentivo à cultura em geral, e não somente o patrimônio dotado de valor cultural reconhecido pelas instituições estatais,⁵⁷ por meio de instrumentos econômicos e institucionais, tem-se a Lei do Audiovisual (Lei federal nº 8.685/1993) e a "Lei Rouane" ou Lei de Incentivo à Cultura (Lei federal nº 8.313/1991), que instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC).

Outro diploma legal que também merece destaque por sua natureza "de incentivo" é a Lei federal nº 10.454/2002 que dispõe sobre a remissão da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica (CONDECINE).

Também nesta vertente houve a atuação do Poder Reformador, ao editar a Emenda Constitucional nº 42/2003 que incluiu no artigo 216 da Constituição Federal o parágrafo sexto que dispõe

sobre a permissão conferida aos Estados-Membros e ao Distrito Federal em poder vincular a fundo estadual e/ou distrital de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais.

Não é demais citar que um mesmo diploma legal pode representar as duas vertentes, visto que a divisão traçada acima tem um caráter didático, visando à compreensão do sistema jurídico brasileiro relativo ao patrimônio cultural. Afinal, todo incentivo à preservação do patrimônio cultural não deixa de ser uma intervenção, e toda intervenção incentiva à proteção.

Analisando-se o Direito Brasileiro, percebe-se que o mesmo dispõe de diversos instrumentos legais de proteção da cultura, tanto para os bens culturais materiais, quanto para os imateriais, estando à disposição do patrimônio material, o tombamento regulamentado pelo Decreto nº 25/37, e para o bem imaterial, tem-se o registro, instituto jurídico específico para esta modalidade patrimonial que se encontra previsto por um regulamento, o Decreto federal nº 3.551/2000, a despeito de muitos Estados federativos já o prever em suas leis culturais.⁵⁸

7 Considerações finais

Apesar de a cultura se caracterizar por uma dinâmica que ultrapassa os limites da ação estatal, de fato, as raízes de sua proteção como um bem patrimonial vão se encontrar no momento histórico em que o Estado passou a investir nas manifestações culturais, sendo uma atuação embrionária nesse sentido o mecenato ocorrido durante a Antiguidade e Medieval.

Com o transcorrer dos anos associado com o nascimento do Estado Contemporâneo, houve uma mudança paradigmática em que prevaleceu a concepção de uma política de intervenção do domínio cultural tendente a valorizar expressões culturais materiais dotadas de valor excepcional e histórico, postura esta que somente foi rompida com a pós-modernidade, que trazendo concepções como o multiculturalismo vem promovendo

⁵⁵ Não confundir o SNIIC com o Sistema Nacional de Cultura que é objeto do PEC nº 416/2005. O primeiro, regulado pela Lei nº 12.343/2010, é um sistema de informações de um plano governamental, enquanto que o outro é um sistema de coordenação de órgãos governamentais de cultura, visando à aplicação das políticas públicas desse setor.

⁵⁶ O referido PEC pretende incluir o art. 216-A na Constituição Federal e estabelecer as bases desse Sistema.

⁵⁷ Este seria o caso da "cultura de massa" que apesar de integrar o meio ambiente cultural não seria considerada por alguns estudiosos carecedora de incentivo governamental.

⁵⁸ É o caso do Estado da Bahia que prevê tanto o tombamento do bem cultural material baiano, quanto o registro do patrimônio imaterial estadual em um único diploma legal, a Lei Estadual nº 8.895, de 13 de dezembro de 2003. Curiosamente, o Estado da Bahia possui uma lei específica para o processo administrativo de registro dos Mestres dos Saberes e Fazeres da Cultura Tradicional Popular, Lei Estadual nº 8.899, de 18 de dezembro de 2003.

a consolidação da imaterialidade como um valor que necessita de proteção jurídica de certos bens produzidos no seio da sociedade.

O sistema jurídico regulador do patrimônio cultural no contexto brasileiro contemporâneo é composto por um conjunto de normas que se subdividem em dois grupos: "normas de incentivo" e "normas de intervenção".

A primeira espécie trata de incentivos econômicos e institucionais visando ao surgimento, à manutenção e à promoção das manifestações culturais, materiais ou intangíveis.

Já o segundo tipo compreende os comandos normativos que dispõem sobre a intervenção direta do Estado sobre a conduta humana, seja impondo restrições ao uso da propriedade, seja criando um regime de proibições e permissões, ou ainda estabelecendo princípios e diretrizes para planos e políticas governamentais, além de disciplinar uma estrutura governamental voltada para a proteção do patrimônio cultural.

Salvador, 19 de abril de 2011.

Historical Roots of Legal Protection of Cultural Property in Brazil

Abstract: This article intends to make a historical evolution of the protection of the cultural property in the history of mankind, being divided this evolution in four phases: abandonment, exceptionality, historicity and immateriality, beyond displaying on the current panorama of the protection of cultural property in Brazilian Law.

Key words: Cultural Property. Law. History of Brazilian Law.

Referências

- ARANTES, Antonio Augusto. *O que é cultura popular?*. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- CARVALHOSA, Modesto. Fundamentos constitucionais da preservação no Brasil. *Revista do ICOMOS-Brasil – Aspectos Urbanos, Históricos e Legais da Preservação no Brasil*, 1998.
- CHILDE, Gordon. *A evolução cultural do homem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.
- CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- FALCÃO, Joaquim. Política de Preservação e Democracia. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, Brasília, n. 20, 1984.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo et al. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- HOFFMAN, Barbara T. Introduction: Exploring and Establishing Links for a Balanced Art and Cultural Heritage Policy. In: HOFFMAN, Barbara T. *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- PELLEGRINI FILHO, Américo. *Ecologia, cultura e turismo*. 2. ed. Campinas: Papyrus, 1997.
- PEREZ, Jesus Guanche. ¿El patrimonio de la cultura popular tradicional es realmente inmaterial o intangible?. *El Catoblepas*, n. 19, set. 2003, p. 10. Disponível em: <<http://www.nodulo.org/ec/2003/n019p10.htm>>. Acesso em: 20 out. 2004.
- PINTO, Antônio Carlos Brasil. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. São Paulo: Papyrus, 1998.
- RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 1999.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Advocacia Pública & Sociedade – Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, ano 2, n. 3, 1998.
- RUBIM, Antonio Albino Canelas. Dos sentidos do marketing cultural. Disponível em: <<http://www.facom.ufba.br/pretextos/albino.html>>. Acesso em: 02 jan. 2006.
- SACRAMENTO, José Antônio de Ávila. Patrimônio imaterial. Disponível em: <<http://www.usinadeletras.com.br/exibetexto.phtml?cod=40711&cat=Artigos>>. Acesso em: 27 maio 2006.
- SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Tem legitimidade *ad causam* o Ministério Público para proteger o patrimônio cultural imaterial das comunidades urbanas tradicionais?. In: CONGRESSO NACIONAL DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O MEIO AMBIENTE, 2., 2004. *A efetividade do direito ambiental brasileiro: ações e resultados: caderno de teses*. Araxá: ABRAMPA, 2004.
- SANTOS, José Luiz dos. *O que é Cultura?*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- SILVA, Daisy Rafaela. Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial: a tutela do meio ambiente cultural. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 75, 1º abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7361>. Acesso em: 25 out. 2010.

SILVA, Fernando Fernandes da. Mário e o patrimônio: um anteprojeto ainda atual. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, Brasília, n. 30, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 3. tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. Da protecção do património cultural. *Textos - Ambiente e Consumo*, Lisboa, 1996.

VIZZOTTO, Andrea Teichmann. A paisagem urbana e a privatização do espaço coletivo. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 9., 31 maio a 3 jun. 2005. *Paisagem, natureza e direito*: trabalhos apresentados... Organização de Antonio Herman Benjamin. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005. v. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Thiago Pires. Raízes históricas da proteção jurídica ao patrimônio cultural no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 62, p. 71-84, mar./abr. 2012.

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISA
FUNDAÇÃO DE APOIO À PESQUISA PÚBLICA - FAPESP
BIBLIOTECA DE DIREITO E ECONOMIA