

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

GIOVANNA PAOLA PRIMOR RIBAS

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

PONTA GROSSA

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

GIOVANNA PAOLA PRIMOR RIBAS

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Área de Concentração Sociedade, Direito e Cidadania, Linha de Pesquisa Estado, Direitos e Políticas Públicas.

Orientadora: Prof^a Dr^a Silvana Souza Netto Mandalozzo

Co-orientador: Prof^o Dr. José Robson da Silva

PONTA GROSSA
2009

GIOVANNA PAOLA PRIMOR RIBAS

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Área de Concentração Sociedade, Direitos e Cidadania, Linha de Pesquisa Estado, Direitos e Políticas Públicas.

Ponta Grossa, ____ de _____ de 2009.

Profª Drª Silvana Souza Netto Mandalozzo - orientadora
Doutora em Direito pela UFPR
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Christina Miranda Ribas
Doutora em Direito pela USP
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Lúcia Cortes da Costa
Doutora em Serviço Social pela PUC/SP
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profº Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Doutor em Direito pela UFPR
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Dedico este trabalho a todos que, de alguma forma, lutaram pela preservação da Cervejaria Adriática, em especial ao meu co-orientador José Robson da Silva, precursor do movimento, a quem eu devo muito da minha formação.

AGRADECIMENTOS

A Deus...

Às pessoas que amo, pelo incentivo, pela força, pelo companheirismo, pela dedicação... por todo amor. Foi com vocês que aprendi a errar e a perdoar; com quem descobri o verdadeiro sentido da vida. Pelos bons e pelos maus momentos que passamos juntos e pela compreensão. Por vocês serem a parte mais importante da minha vida.

Aos membros desta banca, professora Silvana, minha orientadora, professora Christina, professora Lúcia, professor Marés, mais do que referências, pela satisfação de tê-los neste momento tão especial.

À Universidade Estadual de Ponta Grossa, por mais essa formação.

RESUMO

O Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do Poder Judiciário que se vê diante do paradoxo de uma Constituição rica em direitos e de práticas que negam a aplicação de tais direitos. O Judiciário deixa de atuar como mero aplicador mecânico de normas pré-estabelecidas, e passa a assumir, com o advento do neoconstitucionalismo, a responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais, como o direito à preservação do meio ambiente cultural. A legislação brasileira, em matéria de meio ambiente cultural, estabeleceu diversos instrumentos de proteção, dentre eles o tombamento. Trata-se de um ato declaratório e discricionário. Declaratório na medida em que um bem é cultural não por ser tombado, mas em razão de suas qualidades intrínsecas. Discricionário, desde que não haja risco atual que ameace o bem. Se a Administração Pública se omite da prática de um ato e age contrariamente ao interesse público, questiona-se se é possível ao Judiciário exercer o controle desse ato. A demolição da fábrica da Cervejaria Adriática, da cidade de Ponta Grossa, Paraná, foi exemplo da omissão da Administração Pública. O caso foi objeto de ação judicial, julgada improcedente, sob o fundamento de que o Poder Judiciário não é ente legítimo num Estado Social Democrático de Direito para reconhecer um bem como cultural, atribuição essa cabível apenas ao Executivo. A presente pesquisa visa discutir a possibilidade de o Poder Judiciário, atualmente e no Brasil, declarar um bem patrimônio cultural, reavaliando o princípio da separação dos poderes e a função do Judiciário frente às suas responsabilidades sociais. Sob o prisma do fenômeno do neoconstitucionalismo, confrontou-se a decisão do Judiciário com a importância histórica do bem em questão, e verificou-se uma flagrante incongruência entre o sistema jurídico constitucional e a atuação do Judiciário no Estado do Paraná.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Proteção. Judiciário.

ABSTRACT

Contemporary Law is characterized by the passage of the Constitution to the center of the legal system. The effectiveness of constitutional rules requires a resizing of the role of the judiciary that has faced the paradox of a Constitution rich in rights and of practices that deny the application of such rights. The judiciary ceases to act as a mere mechanical applicator of pre-established rules and assume, with the advent of neoconstitutionalism, the responsibility for the realization of social rights as the right to preservation of the cultural environment. The Brazilian legislation in terms of cultural environment, established several instruments of protection, among them the act of falling. This is a declaratory and discretionary act. Declaratory because a good is not cultural for being registered land, but because of its intrinsic qualities. Discretionary since there is no current risk that threatens the good. It is been inquired if the judiciary can exercise control of an administrative act when the Administration is been omitted from the practice of an act or is acting contrarily to public interest. The demolition of the Adriatic brewery, at the city of Ponta Grossa, Paraná, was an example of the omission of public administration. The case was the object of the lawsuit, which was rejected because the judge understood that the judiciary is not a legitimate entity in a Social Democratic State of Law to recognize a good as cultural. This is only possible an attribution of the executive. This research aims to discuss the possibility of the judiciary, currently and in Brazil, to declare a good as cultural heritage, re-evaluating the principle of separation of powers and the function of the Judiciary related to its social responsibilities. By the perspective of the phenomenon of neoconstitutionalism, the decision of the judiciary was confronted with the historical importance of the good that is been studied and was found a glaring inconsistency between the legal-constitutional system and the actuation of the judiciary in the State of Paraná.

Keywords: Cultural heritage. Protection. Judiciary.

Eu sou como a garça triste
Que mora à beira do rio,
As orvalhadas da noite
Me fazem tremer de frio.

Me fazem tremer de frio
Como os juncos da lagoa;
Feliz da araponga errante
Que é livre, que livre voa.

Que é livre, que livre voa
Para as bandas do seu ninho,
E nas braúnas à tarde
Canta longe do caminho.

(Castro Alves)

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1	–	Dados sobre o mercado da música.....	62
Figura 1	–	As pirâmides do Louvre.....	65
Figura 2	–	Vista do Coliseu de um bistrô.....	66
Figura 3	–	Piazza di Spagna no verão de Roma.....	66
Figura 4	–	Placa indicativa no centro de Roma.....	67
Figura 5	–	Mansão Matarazzo – demolida em 1996.....	117
Figura 6	–	Casa histórica demolida em Uberaba.....	118
Figura 7	–	Palacete Santa Helena – demolido em 1971, para a construção da estação Sé do metrô.....	118
Figura 8	–	Pavilhões Anhangabaú – demolido no início dos anos 50....	118
Figura 9	–	Edifício São Pedro – demolido no início dos anos 60.....	119

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	–	Relação entre números de juízes e população.....	49
Tabela 2	–	Números nacionais da lei de incentivo à cultura.....	63

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – AS TRANSFORMAÇÕES DO JUDICIÁRIO EM FACE DE SUAS RESPONSABILIDADES SOCIAIS	20
1.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	25
1.2 O PODER JUDICIÁRIO E ALGUMAS AS CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO.....	28
1.3 O ESTADO LEGISLATIVO E A NEUTRALIDADE POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL	35
1.4 O SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONSEQÜENTE REPOLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO BRASIL	38
1.5 A CRISE DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL.....	47
CAPÍTULO 2 – O PATRIMÔNIO CULTURAL	53
2.1 MEIO AMBIENTE, DIREITO E CULTURA	54
2.2 A CULTURA NA MODERNIDADE.....	57
2.3 BENS CULTURAIS.....	72
2.4 INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS BENS CULTURAIS	79
2.4.1 O tombamento.....	84
2.4.2 A natureza jurídica do tombamento.....	86
CAPÍTULO 3 – O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS BENS CULTURAIS: UM ESTUDO DE CASO	92
3.1 O PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO	92
3.2 O MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	94
3.3 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	97
3.4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS	101
3.5 O CASO DA DEMOLIÇÃO DA CERVEJARIA ADRIÁTICA EM PONTA GROSSA, PARANÁ.....	104
3.5.1 O processo coletivo cautelar como instrumento de proteção do patrimônio cultural	108
3.5.2 História da Cervejaria Adriática	112
CONCLUSÃO	120

REFERÊNCIAS.....	124
ANEXO A – Notícias sobre demolição de antigos prédios de cervejaria	131
ANEXO B – Sites sobre a Adriática	135
ANEXO C – Material sobre a Adriática extraído da Casa da Memória	147
ANEXO D – Notícia sobre a Adriática extraída do Museu dos Campos Gerais.....	183
ANEXO E – Abaixo-assinado contra a demolição	185
ANEXO F – Petição do Fórum Regional de Educação Ambiental requerendo ao Ministério Público a instauração de ação civil pública cautelar	197
ANEXO G – Informação nº 013/1996 – CPHA	199
ANEXO H – Informação nº 020/1996 – CPHA	201
ANEXO I – Alvará de demolição.....	203
ANEXO J – Liminar.....	205
ANEXO L – Decisão que revogou a liminar.....	208
ANEXO M – Decisão que manteve a revogação da liminar	211
ANEXO N – Sentença	213
ANEXO O – Acórdão	225
ANEXO P – Cópia de páginas do livro do Germânia-guaíra: um século de sociedade na memória de Ponta Grossa de Aída Mansani Lavallo sobre a Adriática.....	234
ANEXO Q – Cópia de páginas do livro do Centro Comercio e Indústria ao Selo Social: Economia e Sociedade Ponta-grossense de Niltonci B. Chaves sobre a Adriática	240
ANEXO R – Sites sobre a cerveja original.....	244
ANEXO S – Jurisprudência.....	258
ANEXO T – Notícia sobre a demolição da Catedral de Ponta Grossa	266
ANEXO U – Sites sobre regiões desenvolvidas culturalmente em função de produtos como vinho e cerveja	270
ANEXO V - Fotografias da Cervejaria Adriática.....	281

INTRODUÇÃO

O termo 'direito' é entendido pelos moralistas, pelos religiosos e por certos filósofos, no sentido de 'justo' e de 'justiça' enquanto, para os juristas, significa 'regra de direito'. Para uns é ideal; para outros, é uma norma positiva. Alguns só vêem nele uma disciplina de ação destinada a instituir ou preservar certo 'estado da sociedade', portanto uma simples disciplina social; outros buscam nele um conjunto de regras de boa conduta. Para alguns, o direito é apenas um aspecto dos fenômenos sociais, como a sociologia e a história. Para outros, é 'um sistema de representações intelectuais que se edificam segundo princípios que lhe são próprios, de modo totalmente independente dos fenômenos sociológicos ou históricos'. Alguns pensam que sempre é apenas 'o resultado provisório da luta secular travada pelas forças sociais e das alianças de interesses que podem, em certos momentos, operar-se entre elas'. Outros rejeitam a idéia de que o direito procede apenas de uma evolução histórica e de um determinismo material e sustentam que o direito resulta apenas da vontade e da atividade humana¹.

O Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. Consagrado na segunda metade do século XX pela soberania das Constituições normativas, o chamado Estado constitucional de direito, entende que a validade das leis não depende apenas da sua forma de produção, mas da congruência de seu conteúdo com as normas/valores constitucionais². O direito começa a ser visto “*como um campo necessário de luta para a implementação das promessas da modernidade (igualdade, justiça social, direitos fundamentais, etc.)*” e assume um papel de transformação da realidade da sociedade. “*Conceitos como soberania popular, separação dos poderes e maiorias parlamentárias cedem lugar à legitimidade constitucional*”³.

O Judiciário sempre foi um poder coadjuvante, por ser considerado neutro politicamente. Apesar da visibilidade que ganhou por seu empenho em resguardar valores desde o advento do novo direito constitucional, o Judiciário vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas nas relações sociais, fruto

¹ VIRALLY, 1960; MIAILLE, 1976 *apud* BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6.

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

³ STRECK, Lenio. **A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioliuzstreck.pdf>. Acesso em: 15 out. 2009, p. 4-5.

do desenvolvimento urbano-industrial que fez surgir uma sociedade condenada por profundas contradições econômicas, que exige cada vez mais tutelas diferenciadas para novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos e coletivos⁴.

Como tendem a desafiar a rigidez lógico-formal do sistema jurídico em vigor, essas situações inéditas têm colocado o Judiciário diante da necessidade de rever suas funções básicas. Nos tempos atuais, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas a demandas para as quais não possui experiência teórica nem jurisprudência firmada, pois já não é suficiente decidir conflitos mediante a simples aplicação de normas abstratas gerais e unívocas a casos concretos⁵.

As funções judicantes forjadas a partir do Estado Liberal revelam-se hoje em descompasso com a realidade. A cultura judiciária desse período é fruto da dogmatização de princípios como a imparcialidade política e a neutralidade axiológica, integrados a um sistema que via no Judiciário um poder meramente declarativo e reativo. Ou seja, cabia somente aos juízes a proteção dos direitos civis e políticos dos cidadãos, muitos dos quais foram violados por regimes autoritários militares⁶.

Com a crescente tensão marcada pela intensa migração interna, pela urbanização desenfreada, pelas desigualdades regionais, pela crise fiscal e pelo fracasso das políticas públicas, entre outras causas, o discurso institucional tradicional do Judiciário ficou fragilizado⁷.

A partir da transição do regime ditatorial para o regime democrático, o Judiciário se vê obrigado a assumir funções inéditas, por vezes incompatíveis com a estrutura jurídico-política, típica do Estado Liberal, como o princípio da separação dos poderes, e que se reconhecidas implicariam a ruptura do discurso institucional tradicional. Se a solução judicial de um conflito é em essência um atributo de poder, na medida em que pressupõe não apenas critérios fundantes e opções entre alternativas, implicando também a imposição da escolha feita, todo julgamento sempre tem uma dimensão política⁸.

Não basta caracterizar a Constituição Federal de 1988 como social, dirigente e compromissória. Normas jurídicas ineficazes podem transformá-la em

⁴ FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

⁵ *Ibid.*, p. 52-53.

⁶ *Ibid.*, p. 53.

⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁸ *Ibid.*, p. 56.

uma “Constituição simbólica”. A eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do Poder Judiciário que se vê diante do paradoxo de uma *Constituição rica em direitos e de práticas jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) negam a aplicação de tais direitos*⁹. O pensamento jurídico-dogmático dominante, positivista e privatista, entende que a Constituição é apenas um marco no ordenamento, e que os direitos fundamentais se resumem a direitos subjetivos de liberdade voltados à defesa da ingerência indevida do Estado¹⁰.

Para Streck, o “*Estado Democrático de Direito representa um plus normativo*”¹¹ em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social”. Se com o advento do Estado Social, em função do forte poder intervencionista do Estado, o foco passou a ser para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito, a inércia do Executivo e do Legislativo pode(ria) ser suprida pelo Judiciário quando ferirem a Constituição¹².

A presente pesquisa discute a possibilidade do Poder Judiciário, atualmente e no Brasil, declarar um bem, desde que provocado, patrimônio cultural, reavaliando o princípio da separação dos poderes e a função do Judiciário frente às suas responsabilidades sociais pós Constituição de 1988.

O Judiciário deixa de atuar como mero aplicador mecânico de normas pré-estabelecidas e passa a assumir, com o advento do neoconstitucionalismo, a responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais, como o direito à preservação do meio ambiente cultural.

Silva, diante da consolidação do termo na legislação brasileira, conceitua meio ambiente como sendo “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”¹³.

Considera-se patrimônio cultural brasileiro, segundo o art. 216 da Constituição Federal, os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

⁹ STRECK, **A revolução copernicana**, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹¹ Princípio da inércia.

¹² *Ibid.*, p. 7.

¹³ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 2.

A fim de definir a categoria patrimônio cultural, propõe-se nesta pesquisa a indicação de três subcategorias que melhor distinguiriam um bem comum de um cultural, que seriam: 1) a comunidade; 2) o testemunho; 3) a coletividade. Assim, patrimônio cultural pode ser definido como o conjunto de bens, práticas sociais, criações, materiais ou imateriais de determinada **comunidade** e que, por sua peculiar condição de estabelecer diálogos temporais e espaciais relacionados aquela cultura, serve de **testemunho** e de **referência** às gerações presentes e futuras, e constitui valor de pertença pública, merecedor de proteção jurídica e fática por parte do Estado¹⁴.

Entre os bens incomensuráveis e heterogêneos do patrimônio cultural, foi escolhido para este trabalho aqueles representados pelas edificações. Como bem salienta Choay, monumentos históricos e edificações não são mais expressões sinônimas. Os monumentos históricos são espécies do gênero edificações, que não pára de crescer com a inclusão de novos tipos de bens e com o alargamento do quadro cronológico e das áreas geográficas no interior das quais esses bens se inscrevem¹⁵.

O sentido original do termo é o do latim *monumentum*, que por sua vez deriva de *monere* (“advertir”, “lembrar”), aquilo que traz à lembrança alguma coisa. A natureza afetiva do seu propósito é essencial: não se trata de apresentar, de dar uma informação neutra, mas de tocar, pela emoção, uma memória viva. Nesse sentido primeiro, chamar-se-á monumento tudo o que for edificado por uma comunidade de indivíduos para rememorar ou fazer que outras gerações de pessoas rememorem acontecimentos, sacrifícios, ritos ou crenças. A especificidade do monumento deve-se precisamente ao seu modo de atuação sobre a memória. Não apenas ele a trabalha e a mobiliza pela mediação da afetividade, de forma que lembre o passado fazendo-o vibrar como se fosse presente. Mas esse passado invocado, convocado, de certa forma encantado, não é passado qualquer: ele é localizado e selecionado para fins vitais, na medida em que pode, de forma direta, contribuir para manter e preservar a identidade de uma comunidade étnica ou religiosa, nacional, tribal ou familiar. Para aqueles que edificam, assim como para os destinatários das lembranças que veiculam, o monumento é uma defesa contra o traumatismo da existência, um dispositivo de segurança. O monumento assegura, acalma, tranquiliza, conjurando o ser do tempo. Ele constitui uma garantia das origens e dissipa a inquietação gerada pela incerteza dos começos. Desafio à entropia, à ação dissolvente que o tempo exerce sobre todas as coisas naturais e artificiais, ele tenta combater a angústia da morte e do aniquilamento¹⁶.

¹⁴ MARCHESAN, Ana M. Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 50.

¹⁵ CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. Tradução de Luciano Vieira Machado. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006, p. 12.

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

Outra distinção importante é a de monumento e monumento histórico. Enquanto o monumento puro e simples é uma *“criação deliberada cuja destinação foi pensada a priori, de forma imediata”*, o *“monumento histórico não é, desde o princípio, desejado e criado como tal; ele é constituído a posteriori pelos olhares convergentes do historiador e do amante da arte”*¹⁷.

Foi a geração da Semana de Arte Moderna quem deu o pontapé inicial para a proteção dos bens culturais, influenciando propostas e projetos de leis que se tornariam realidade apenas em 1937, com o Decreto-Lei nº 25. Projeto de autoria de Mário de Andrade, essa norma é a principal ordem legislativa em termos de bens culturais¹⁸.

Concomitantemente, na Alemanha, surgiu um grupo de intelectuais de tendências marxistas, não ortodoxos, que pretendiam analisar criticamente a sociedade contemporânea. Para isso, fundaram o Instituto para Pesquisa Social, mais conhecido como Escola de Frankfurt.

Esse projeto teve início a partir de uma semana de estudos marxistas (1922) na Turíngia, idealizada e organizada por Felix Weil, na qual participaram os marxistas Karl Korsch, Georg Lukács, Friedrich Pollock, Karl August Wittfogel e outros.

Esses dois acontecimentos estão associados aos anseios de uma análise crítica da realidade dos problemas sociais. O primeiro, voltado ao âmbito nacional e estético, opositor à importação dos ideais europeus e às formas estéticas rígidas, também se preocupou com o social; visava o alcance de uma identidade nacional. O segundo pretendeu analisar e buscar uma alternativa emancipatória para a sociedade como uma totalidade¹⁹.

Atribui-se à Escola de Frankfurt²⁰ a criação do conceito “indústria cultural”, formulado numa segunda fase do Instituto, quando da sua transferência para os Estados Unidos em razão da Segunda Guerra Mundial. Sob a influência da

¹⁷ CHOAY, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. amp. atual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 55 e 58.

¹⁹ Leandro Konder, filósofo marxista brasileiro, em sua obra “Intelectuais Brasileiros e Marxismo”, aponta a influência ideológica marxista dos principais autores do Movimento Modernista no Brasil, Oswald de Andrade e Mário de Andrade.

²⁰ Os teóricos de Frankfurt raramente possuíam uma unidade temática e um consenso epistemológico teórico e político. O que propiciava uma atuação conjunta era a capacidade que tinham de raciocinar dialeticamente. *In*: FREITAG, Barbara. **A teoria crítica: ontem e hoje**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 67.

cultura americana, expressão máxima do capitalismo, pensadores como Adorno e Horkheimer escreveram “A Dialética do Esclarecimento”, obra na qual propõem o conceito de arte reproduzível, demonstrando nesta um caráter estético que tem se constituído como elemento ideológico para a manutenção do *status quo*.

Com a revolução tecnológico-industrial que possibilitou a reprodução em série das obras de arte, os bens culturais deixam de ser bens de consumo reservados a uma elite para se converterem em bens de consumo de massa. A obra de arte foi transformada em mercadoria. A cultura, inserida na lógica do mercado, passa a ter valor de troca. Essa falsa democratização da arte recebeu de Adorno e Horkheimer o nome de “indústria cultural”²¹.

Em razão dessa mercadorização, prolifera-se a discussão em torno da proteção do patrimônio cultural, visto que como mercadoria, a cultura gera lucro.

Em razão disso deve o Judiciário, ao atuar no sentido de proteger os bens culturais, fazer uma reflexão profunda para verificar se o bem é cultural por representar o interesse da sociedade, ou porque ele aderiu a lógica da indústria cultural e passou a ser economicamente viável.

Portanto, nem tudo o que é cultural é patrimônio ao qual se agrega o adjetivo cultural²². Não obstante a importância da preservação, esta não pode ser global, como afirma Souza Filho, porque impedir a ação do homem no meio ambiente seria manter estático o processo cultural. Como já dito anteriormente, o processo cultural revela-se cumulativo, ou seja, não extingue a cultura há tempos praticada²³.

O bem cultural é algo capaz de satisfazer as necessidades vitais sociais de reconhecimento do homem no mundo, tanto no passado, como no presente, para a construção do futuro.

O intuito da preservação do bem cultural é fazer reviver um passado, a fim de preservar a identidade dos povos e grupos sociais e refletir sobre o destino das sociedades atuais²⁴.

A legislação brasileira, em matéria de meio ambiente cultural, como se verá, estabeleceu diversos instrumentos de proteção, dentre eles o tombamento. Tombamento é o “*ato administrativo da autoridade competente, que declara ou*

²¹ FREITAG, Barbara. **A teoria crítica**: ontem e hoje. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 68-71.

²² MARCHESAN, *op. cit.*, p. 13-14.

²³ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 21.

²⁴ CHOAY, *op. cit.*, p. 26-29.

*reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados”*²⁵.

Trata-se de um ato declaratório e discricionário²⁶. Declaratório na medida em que um bem é cultural não por ser tombado, mas em razão de suas qualidades intrínsecas. Discricionário desde que não haja risco atual que ameace o bem. Embora haja obrigação e não mera faculdade, o Poder Público pode escolher o momento de tombamento, utilizando-se assim de sua discricionariedade quanto à oportunidade da prática do ato, mas não quanto ao seu exercício²⁷.

Se a Administração Pública se omite da prática de um ato e age contrariamente ao interesse público, questiona-se se é possível ao Judiciário exercer o controle desse ato.

A demolição da fábrica da Cervejaria Adriática, da cidade de Ponta Grossa, Paraná, foi objeto de ação judicial, julgada improcedente, sob a justificativa de que o Poder Judiciário não é ente legítimo num Estado Social Democrático de Direito para reconhecer um bem como cultural, atribuição essa cabível apenas ao Executivo.

Entendeu o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Paraná que não cabia ao Judiciário valorar a conveniência da preservação do patrimônio histórico.

Sob o prisma do fenômeno do neoconstitucionalismo, confrontar-se-á a decisão do Judiciário com a importância histórica do bem em questão, bem como a aplicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial “excepcional valor” e “feição notável”, a fim de, ao final, avaliar se o Poder Judiciário atuou de modo coerente ao ordenamento político-jurídico brasileiro.

²⁵ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 83.

²⁶ É polêmica a questão da discricionariedade em relação ao meio ambiente. Muitos autores entendem que nesta matéria todos os atos são vinculados. Para este trabalho, como se verá adiante, a discricionariedade é extremamente restrita.

²⁷ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 88.

CAPÍTULO 1

AS TRANSFORMAÇÕES DO JUDICIÁRIO EM FACE DE SUAS RESPONSABILIDADES SOCIAIS

O objetivo deste capítulo, em linhas gerais, é traçar um histórico das formas de atuação do Poder Judiciário, em especial no Estado contemporâneo, para que, ao final, seja possível avaliar se há congruência entre a decisão do caso concreto em análise com as funções do Judiciário atribuídas pela Constituição Federal de 1988.

Para Burdeau, Estado é artifício. Artifício no sentido de que ele é não dado como um fenômeno natural, mas construído pela inteligência humana. E é isto que explica que o Estado, segundo o autor, seja aquilo que nós merecemos. Se é artifício, não significa que seja concebido de uma vez para sempre, pelo contrário, é uma criação contínua²⁸.

Após o surgimento do Estado Moderno, a história retrata diversos modelos instituídos de Estado, como o Estado Absoluto, o Liberal e o Social. Os modelos variavam e variam de acordo com os interesses/necessidades da sociedade civil.

Na teoria do contratualismo moderno, o Estado surge da necessidade do homem se organizar politicamente a fim de garantir o convívio social, a defesa da propriedade e o império da justiça²⁹.

As características fundamentais genéricas do novo tipo de ordem política, o Estado moderno, são: uma circunscrição territorial, uma base nacional estável e homogênea, uma ordenação administrativa, um poder soberano unificado e qualificado e a presença de um ordenamento jurídico unificado³⁰.

Para o presente estudo, a característica mais significativa do Estado é o direito que, não obstante a volatilidade do conceito, aqui será entendido como ordenamento jurídico.

²⁸ BURDEAU, George. **O Estado**. Tradução de Cascais Franco. Publicações Europa-América, 1970, p. 61-62.

²⁹ COSTA, Lúcia Cortes da. **Os impasses do Estado Capitalista**: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. Ponta Grossa: UEPG; São Paulo: CORTEZ, 2006, p. 27.

³⁰ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 16.

“O Estado é, para nós, a forma pela qual o grupo se unifica submetendo-se ao direito”³¹. Dessa forma, o Direito é o reflexo da opção política da sociedade civil.

Muitos autores entendem que a expressão Estado de Direito é tautológica, posto que todo Estado é “de direito”. Criado pelo constitucionalismo liberal, este termo carrega uma intenção valorativa. Ela indica uma vinculação e um compromisso especial: trata-se de um Estado que tem como fundamento e como limitação a Constituição. Com esta expressão, “Estado de Direito”, tem-se o equivalente a “Estado Constitucional”. No entanto, aquele ganhou mais força em razão de sua maior amplitude³².

Tem-se indagado se bastaria manter o requisito formal para se ter um Estado de Direito. A exigência de materialidade ao conceito de Estado de Direito tende a identificá-lo na realidade ao de Estado Democrático³³.

O Estado Democrático de Direito como forma de organização política foi produzido pela aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia (categorias que serão aprofundadas adiante) mais fortes a partir da nova concepção do Direito Constitucional, que teve como marco histórico na Europa continental o constitucionalismo do pós-guerra e no Brasil o processo de redemocratização e a Constituição de 1988³⁴.

No caso brasileiro, “*sem embargos de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto*”, e da proliferação das emendas ao longo dos anos (questões importantes, mas que não são objeto dessa pesquisa), a Constituição foi capaz de promover, com sucesso, a transição do Estado brasileiro fruto de um regime autoritário e, muitas vezes, violento, para um Estado Democrático de Direito, além de propiciar o mais longo período de instabilidade institucional da história republicana brasileira, não obstante os inúmeros acontecimentos que foram de encontro aos seus preceitos³⁵.

O Estado ainda é a grande instituição do mundo “moderno”. Todavia, tem seu papel redefinido, na contemporaneidade, pela formação dos blocos

³¹ BURDEAU, *op. cit.*, p. 63.

³² SALDANHA, *op. cit.*, p. 44-45.

³³ *Ibid.*, p. 45-46.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 mar. 2009, p. 3.

³⁵ *Ibid.*, p. 4.

econômicos, pela relativização do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento de seu poder pela globalização. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores por ela calcados³⁶.

É possível identificar três modelos de Estado ao longo de últimos quinhentos anos, como se verá no decorrer deste capítulo. Em cada um deles o direito (e conseqüentemente o Judiciário) assumiu um papel diferente e específico.

O primeiro modelo, pré-moderno, que não será analisado nesta pesquisa, era caracterizado pela pluralidade normativa, sendo que a doutrina e a jurisprudência, sob a influência romana, desempenhavam um papel criativo no Direito.

Para o segundo, tradicional, conhecido como Estado legislativo de direito, consolidado no século XIX e regido pelas bases da Revolução Francesa (separação dos poderes e proteção dos direitos individuais), o Direito resumia-se ao princípio da legalidade e a jurisprudência era tratada como uma função técnica de conhecimento, e não de produção do direito.

E, por fim, o terceiro, consagrado na segunda metade do século XX pela soberania das Constituições normativas, chamado Estado constitucional de direito, entende que a validade das leis não depende apenas da sua forma de produção, mas da congruência de seu conteúdo com as normas/valores constitucionais. O direito assume um papel crítico e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, como a competência para invalidar atos do legislativo e do executivo³⁷.

Se o modelo de Estado instituído e o direito são opções políticas, a sociedade brasileira, personificada no constituinte de 1988, optou por um Estado Social Democrático de Direito³⁸.

O modelo de Estado Social, ao contrário do Liberal, prega por uma intervenção muito maior do Estado nas relações sociais, pois deve ser agente transformador da realidade. A noção contemporânea de Estado Social nasce da busca da superação da desigualdade social³⁹.

³⁶ BARROSO. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 68-69.

³⁷ *Ibid.*, p. 245.

³⁸ Os critérios e circunstâncias dessa “opção”, se realmente é uma opção, não serão abordados nesse trabalho.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 181.

O Estado Social representa uma transformação superestrutural pela qual passou o antigo Estado Liberal. O que difere o Estado Social do Estado Socialista é que aquele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio central a que não renuncia⁴⁰.

Há uma variação ideológica na identificação dos tipos de Estado Social. Se num primeiro caso a indicação revolucionária da tese marxista é para a extinção do Estado, entendido como instrumento de dominação de classes e desnecessário quando desfeita essa dominação, num segundo, a ideologia não investe contra a idéia de Estado, ao contrário, o fortalece⁴¹.

Do mesmo modo que não se pode dizer que o Estado Liberal extirpou todos os traços do absolutismo, também não é possível afirmar que o Estado Social eliminou totalmente as estruturas liberais⁴².

Bonavides aponta a contribuição doutrinária de Rousseau e Marx para o moderno Estado Social. Vê o autor em Rousseau a “superação” do liberalismo e do marxismo como uma reação de classe. Para ele, a contribuição e a originalidade de Rousseau consistem em situar seu pensamento de maneira histórica entre esses dois pólos. Rousseau apresenta o conceito de democracia como ação política, que já não se apresenta fragmentária, mas pertencente a todos, independente de classe e integrada na vontade geral. Para autor, democracia é a conciliação de classes⁴³.

Prossegue Bonavides que a tese da democracia rousseauiana é enriquecida pelos efeitos da subversão social levada a cabo pela ideologia marxista. O aparecimento da legislação social não se deve à generosidade dos corações burgueses, mas pelo fato da teoria marxista ter dado às classes oprimidas a consciência e as armas de que necessitavam para impor reivindicações e amedrontar a burguesia a fim de obrigá-la aos recuos desejados⁴⁴.

Uma indagação longa poderia levar a compridos debates polêmicos com a tese marxista, para saber se atualmente existe um Estado de todas as classes, como pretende ser, no regime democrático, ou se temos apenas o Estado de uma classe. Para os marxistas, o Estado democrático, com todo teor social de

⁴⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 180.

⁴¹ SALDANHA, *op. cit.*, p. 63.

⁴² SALDANHA, *loc. cit.*

⁴³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 172.

que se reveste, é apenas outro esforço dissimulado da burguesia capitalista, que, obrigada a fazer concessões de sobrevivência, a recuos ideológicos, procura, com os direitos outorgados nas cartas constitucionais, evitar o desfecho final contido na previsão do Manifesto Comunista⁴⁵.

Gramsci desenvolveu uma visão mais elaborada e complexa sobre a sociedade e o Estado. Para ele o Estado é força e consenso. Ou seja, apesar de estar a serviço de uma classe dominante ele não se mantém apenas pela força e pela coerção legal; sua dominação é bem mais sutil e eficaz. Através de diversos meios e sistemas, inclusive e principalmente, por meio de entidades que aparentemente estão fora da estrutura estatal coercitiva, o Estado se mantém e se reproduz como instrumento de uma classe, também construindo o consenso no seio da sociedade. Assim Gramsci amplia a visão marxiana do Estado, interpretando-o como um ser que a tudo envolve, o qual é composto pela sociedade política e a sociedade civil⁴⁶.

Contudo, essa é uma discussão longa, como já dito, e que não é objeto deste trabalho. O Direito no Brasil, como ordenamento jurídico, é fruto do sistema capitalista e somente com uma ruptura desse sistema é que o Direito poderia ser estudado sob outra ótica. No entanto, é possível, utilizando-se os instrumentos dados por este aparelho, como o Estado Social de Direito, transformar a realidade social do país e promover os direitos fundamentais.

“Alcançá-lo, já foi difícil; conservá-lo, parece quase impossível”. No entanto, é a esse Estado, sob o ponto de vista doutrinário, que se dá a máxima valoração por afigurar-se como aquele que busca amortecer a luta de classes e promover a justiça social entre os homens⁴⁷.

Nesse modelo de Estado, com a Constituição Federal de 1988, mudanças significativas ocorreram, em especial em relação à interpretação do princípio da separação dos poderes.

⁴⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 181-182.

⁴⁶ REGO, João. **Reflexões sobre A Teoria Ampliada do Estado em Gramsci**. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br/docs/inpsoc/politica/JRego/TextosCPolitica/Artigos/Gramsci/gramsci.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

⁴⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 183.

1.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Estado Moderno, definido desde seu surgimento como uma estrutura de poder, necessitou da separação dos poderes para realizar a passagem do absolutismo monárquico para o liberalismo constitucionalista. Repartiria-se a substância do Estado, apesar de indivisível a sua soberania, na medida em que se desdobraria internamente em funções complementares. A soberania se apresentaria em cada uma delas por igual, diferenciando-se conforme o plano de ação correspondente⁴⁸.

A teoria clássica da separação dos poderes foi construída com a finalidade de acabar com a estrutura mono-hierárquica do sistema político, em que o rei estava presente em toda parte. Contrária a hierarquia, objetivava, de certa forma, separar política e direito. No tocante ao Poder Legislativo, a influência política no governo é plenamente aceitável; no Executivo, parcialmente, e no Judiciário fortemente neutralizada⁴⁹. Ressaltava Montesquieu que, *“dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo. Restam dois, portanto...”*⁵⁰.

O idealizador⁵¹ da divisão dos poderes via na sua teoria uma forma de evitar o despotismo real, criando um sistema no qual um poder limita outro poder.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor⁵².

A consagração, a partir das revoluções liberais, do Estado de Direito (Estado Constitucional) foi correlatamente uma consagração do princípio da separação dos poderes. Técnica de limitação do poder, este princípio era arma para combater sistemas tradicionais de opressão política⁵³.

⁴⁸ SALDANHA, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994, p. 14.

⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 169.

⁵¹ Montesquieu não foi o primeiro a idealizar a teoria da tripartição dos poderes, mas foi aquele que melhor a aperfeiçoou.

⁵² MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 166.

⁵³ SALDANHA, *op. cit.*, p. 98.

A separação dos poderes, na concepção clássica, era vista como uma garantia. A divisão garantia que se evitasse a concentração de atribuições, e conseqüentemente, um governo autocrático. A separação, como fundamento da ordenação constitucional clássica, protegia os súditos contra o arbítrio do soberano e lhes oferecia uma visão clara das competências de cada órgão⁵⁴.

A divisão dos poderes constituiu técnica fundamental de proteção dos direitos individuais, em especial, a liberdade. Como já mencionado, à Montesquieu deve-se a mais acabada formulação deste princípio, principal fundamento do constitucionalismo clássico e que hoje, no entanto, apesar de já ter sofrido modificações que atenuaram sua rigidez, é alvo de críticas severas por parte do constitucionalismo moderno (mas que não nega a importância histórica)⁵⁵.

Hodiernamente, o princípio da tripartição dos poderes também é visto como garantia constitucional pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado cláusula pétrea. Entretanto, na atual conjuntura constitucional, este princípio sofreu certa relativização.

A separação dos poderes, segundo Bonavides, é técnica em declínio, visto que se assenta em razões de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico advindo do liberalismo. Ela foi indiscutivelmente perigosa quando caiu na contradição e na antítese de determinar o enfraquecimento do Estado, segundo a lógica liberal-democrata. À medida que o constitucionalismo passou a se preocupar com o seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo novas áreas da realidade social, este princípio passou a ter interesse secundário, por ter deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática⁵⁶.

Críticas às expressões separação e divisão cedem espaço a outras correlatas como distinção, coordenação e colaboração. Muitos preferem ao termo poder, a expressão função. A tendência para a vinculação, a síntese e a colaboração dos poderes atesta que no moderno Estado jurídico e democrático já não se teme o poder⁵⁷.

Bonavides aponta algumas correções ao princípio da separação dos poderes. A mais essencial delas é o sistema de freios e contrapesos. Esses freios,

⁵⁴ SALDANHA, *op. cit.*, p. 112-113.

⁵⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 54-64 *passim*.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 62.

em alguns casos, assinalam num momento formas de equilíbrio, noutra interferência⁵⁸. Esse sistema foi contemplado pela Constituição Federal, no seu art. 2º, quando dispõe que os poderes são independentes, mas também harmônicos entre si.

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Essas interferências podem ser observadas no sistema constitucional em relação aos três poderes, por exemplo: no veto que permite ao Executivo participar na vontade legislativa; no indulto, que possibilita ao Executivo modificar os efeitos de decisão do Judiciário; no controle judicial que exerce o Judiciário em relação aos atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo.

O princípio da separação dos poderes foi, em outros tempos, como já dito, necessário em razão dos fatos históricos já descritos para assegurar a liberdade do homem. Atualmente, é um princípio relativizado em virtude das contradições e incompatibilidades em que encontra perante o aumento das responsabilidades sociais do Estado e da posição em que deve se colocar para proteger não só os direitos à liberdade, mas também à personalidade⁵⁹.

O Judiciário, com a relativização desse princípio e, conseqüentemente, com o aumento de suas responsabilidades, passa a interferir nos demais Poderes. Quando o Judiciário invalida atos dos outros dois poderes, ou atua na ausência de manifestação expressa do legislador ou administrador quando estes deveriam tê-lo feito, depara-se inevitavelmente com o problema da justificação política ou da legitimação democrática de seu ato. É neste ambiente que emergem duas posições antagônicas. A idéia de ativismo judicial está ligada a uma participação mais intensa do Judiciário na concretização dos valores inseridos na Constituição. Essa postura pode ser resumida às seguintes condutas: a) a aplicação direta e imediata da Constituição independentemente de manifestação do legislador; b) a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do Legislativo; c) a abstenção e a imposição de condutas ao Poder Público, em especial nas matérias de políticas públicas⁶⁰.

⁵⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 74.

⁶⁰ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 283-284.

Do lado oposto, encontra-se a autocontenção judicial, corrente que prega pela redução da interferência do Judiciário nos outros poderes, restringindo o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário⁶¹.

Entretanto, ativistas e não ativistas não contestam que cabe ao Judiciário a última palavra acerca da interpretação da Constituição; o que diferencia é o alcance dessa atuação⁶².

Uma das grandes polêmicas a respeito da ingerência do Judiciário em outros poderes é a questão da legitimidade democrática, visto que seus membros não são eleitos diretamente pelo povo, mas o sistema de seleção é essencialmente por critérios de conhecimento técnico⁶³.

Onde estaria o fundamento para sobrepor sua vontade à dos outros poderes eleitos diretamente pelo povo?

A resposta já está amadurecida pelos teóricos da Constituição: na confluência de idéias que produzem o constitucionalismo democrático. O papel da Constituição é assegurar o processo democrático, propiciando ampla participação política e o governo da maioria. Entretanto, democracia não se resume ao princípio majoritário. Cabe a Constituição e, conseqüentemente ao Judiciário, proteger valores e direitos fundamentais mesmo contra a vontade da maioria⁶⁴.

1.2 O PODER JUDICIÁRIO E ALGUMAS DAS CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO

Não é o caso de investigar em profundidade as escolas do pensamento jurídico que marcaram cada época, mas por necessidade de encadeamento e lógica de raciocínio (visto que o objetivo desta pesquisa é analisar a atuação do Judiciário na contemporaneidade) e também por questão didática, percorre-se brevemente o tema.

A teoria jurídica tradicional⁶⁵ vê o Judiciário, segundo a clássica

⁶¹ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 285.

⁶² BARROSO, *loc. cit.*

⁶³ BARROSO, *loc. cit.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 286.

⁶⁵ A interpretação jurídica clássica desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: i) quanto ao papel da norma: cabe a ela oferecer, abstratamente, a resposta para os conflitos; ii) quanto ao papel do juiz: cabe a ele realizar a subsunção do caso concreto à norma aplicável. Ou seja, o sistema contém respostas para todos os problemas, basta ao intérprete, desprovido de qualquer juízo de valor,

tripartição de Poderes, como simples aplicador da lei. Ao juiz cabe apenas servi-la, sem observar critérios de justiça ou até mesmo as transformações sociais. Essa era a visão de iluministas, como Montesquieu e Rousseau, que temiam que um Judiciário autônomo trouxesse a tona resquícios do Estado-absolutista⁶⁶.

A doutrina tradicional não reconhece a liberdade do juiz para a integração do direito. Vicente Ráo discorre:

[...] por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, como também pode fazer a ciência jurídica. É certo que se discute se pode ou não o juiz, no desenvolvimento de sua função interpretativa, criar normas jurídicas e exercer, dessarte, certa atividade criadora do direito. A questão assume importância maior, quando o juiz se encontra em face de lei omissa ou lacunosa, e apesar disto, precisa, deve, necessariamente, julgar o caso concreto. Mas, o que é certo é que ao juiz em nenhuma outra função incumbe além da de aplicar as leis existentes, que ele não pode alterar nem substituir. E se a lei apresenta lacunas ou omissões, não lhe é lícito criar novas normas, bastando socorrer-se da analogia e dos princípios gerais decorrentes de outras normas legais vigentes ou mesmo nos princípios gerais de direito, o que significa, em última análise, que a norma assim extraída já se achava subentendida ou admitida nas normas expressas, legislativas, não se podendo qualificar, por isso, como nova norma jurídica⁶⁷.

Esse posicionamento vem sendo cada vez mais criticado em virtude da ineficiência do Estado em garantir os direitos do homem. Enquanto para alguns a concretização da justiça se verifica apenas na aplicação automática de regras predeterminadas, para outros, apenas se realizará no caso concreto, porque a lei é obra humana e, assim, necessariamente imperfeita e incompleta. É impossível ao legislador prever todas as hipóteses fáticas do futuro. Por isso, com o passar do tempo, essas normas devem passar por um trabalho de reinterpretção para se adaptarem ao momento atual⁶⁸.

A proliferação normativa se dá em virtude da complexidade da vida contemporânea. As normas, não raramente, são vagas e ambíguas⁶⁹. Portanto,

desempenhar uma função técnica, identificar a norma para o fato conflituoso. *In*: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 mar. 2009, p. 11.

⁶⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e a realização do direito na decisão judicial**. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 5.

⁶⁷ RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, v. 2, tomo II., p. 231.

⁶⁸ TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 9.

exige-se um juiz perspicaz para reavaliar, dia a dia, os valores contidos na lei.

Cappelletti, em sua célebre obra “Juizes Legisladores?”, afirma que uma das causas do alargamento da “criatividade judicial” é a “revolta contra o formalismo”⁷⁰.

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que havia sugerido as doutrinas tradicionais⁷¹.

A partir do Código de Napoleão, surgiram três teorias referentes ao raciocínio jurídico. A Escola da Exegese⁷² foi a primeira delas e perdurou até mais ou menos 1880. Caracterizava-se por entender o Direito como um sistema dedutivo, segundo o qual o juiz, ao decidir, deveria se basear apenas na norma posta sem questioná-la quanto as suas conseqüências⁷³.

A segunda concepção é encontrada na obra de Ihering e é denominada por Perelman de teleológica, funcional e sociológica. Acredita que o Direito passa a ser visto como um meio pelo qual o legislador se serve para alcançar determinados fins e promover determinados valores. Para tanto, o juiz deveria utilizar-se das técnicas argumentativas para desvendar a vontade do legislador⁷⁴.

De acordo com esta concepção, é a Constituição Federal que deve servir de diretriz aos profissionais do Direito, como se verá mais a frente. O juiz não pode ser mero aplicador mecânico da norma posta. Cabe a ele analisar o contexto social e aplicar a solução mais adequada ao caso.

Segundo Perelman existe uma retórica geral e outra aplicada a

⁷⁰ TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 10.

⁷¹ CAPPALLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 33.

⁷² Uma escola não tão agressiva, mas com diretrizes semelhantes, é do positivismo jurídico. Entretanto, os teóricos a ela perfilhados não possuíam uma unidade de pensamento. Os teóricos do positivismo discorrem sobre a existência de um campo subjetivo confiado ao aplicador do direito. Para Kelsen, a norma superior nem sempre irá prever todas as hipóteses fáticas possíveis, por isso sempre haverá uma margem de livre apreciação pelo magistrado; para Bobbio, o juiz deverá/poderá fazer eleições valorativas no momento em que proceder a purificação, a integração e a sistematização da linguagem do legislador; para Hart, o juiz sempre terá discricionariedade para decidir quando se deparar com uma lacuna ou antinomia de normas. Isso é fortemente contestado por Dworkin que afirma que, nesses casos, o juiz deverá aplicar os princípios explícitos e implícitos do ordenamento. In OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O juiz e a teoria geral do garantismo: uma forma de assegurar os direitos fundamentais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2, 2002, p. 189.

⁷³ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimaraes Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 76.

⁷⁴ ATIENZA, *loc. cit.*

campos específicos, como o Direito. Ele define lógica jurídica como sendo o estudo das técnicas e dos raciocínios típicos dos juristas. Afirma o autor que a lógica jurídica é um ramo da retórica e não da lógica formal, uma vez que não se pode reduzir o raciocínio jurídico a um simples método dedutivo⁷⁵.

O papel da lógica formal é fazer com que a conclusão seja solidária com as premissas (...). A lógica jurídica, especialmente a judicial (...) se apresenta, resumindo, não como uma lógica formal, e sim como uma argumentação que depende da maneira como os legisladores e os juízes concebem a sua missão e da idéia que eles fazem do Direito e do seu funcionamento na sociedade⁷⁶.

No raciocínio dialético de Perelman, a passagem das premissas para a conclusão, ou da argumentação para a decisão, não é necessária, ou então não haveria a possibilidade de decisões diversas. O que especifica o raciocínio jurídico é que a argumentação apresenta o caráter de controvérsia, mas que é solucionada pela autoridade da decisão, ao passo que na filosofia ou nas ciências humanas cada parte permanece na sua posição⁷⁷. Disso decorre a responsabilidade da atividade judicial, uma vez que a incerteza do Direito é solucionada pelo império da decisão do magistrado, que se preocupa unicamente em encontrar fundamentos para o seu posicionamento pré-definido.

Já a terceira concepção de raciocínio jurídico é compreendida pela tópica e predomina nos países ocidentais desde 1945. Prescreve o aumento dos poderes dos juízes na elaboração do Direito. Vem afirmar que o raciocínio jurídico não é uma simples dedução silogística, nem a busca por uma solução eqüitativa, mas deve ser a busca pela decisão que esteja em conformidade com o Direito e que também dê a solução de maior valor, ou seja, eqüitativa, razoável e aceitável⁷⁸.

Tópica, segundo o teórico Theodor Viehweg é uma *“técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se desdobra numa contextura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo”*⁷⁹. Como se verá mais a frente, a tópica é uma lógica de pensamento extremamente importante para a efetivação de direitos fundamentais,

⁷⁵ ATIENZA, op. cit., p. 74-75.

⁷⁶ PERELMAN, 1979 *apud* ATIENZA, op. cit., p. 75.

⁷⁷ ATIENZA, op. cit., p. 75.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 77.

⁷⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. v.1. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p.17.

especialmente em relação àqueles que incluem conceitos jurídicos indeterminados na sua conceituação.

O processo de redemocratização e o fenômeno do neoconstitucionalismo significaram uma mudança de paradigma para o raciocínio jurídico tradicional.

A interpretação e o raciocínio jurídico tradicional não estão superados. Pelo contrário, continuam a resolver boa parte dos litígios, provavelmente a maioria deles, como se verá no último capítulo. Ocorre que a comunidade jurídica somente nos últimos tempos se deu conta de que as categorias tradicionais de interpretação jurídica não eram suficientes para realizar a vontade constitucional⁸⁰.

Para a interpretação constitucional, essas premissas não são válidas. Assim: i) quanto ao papel da norma: observou-se que nem sempre a resposta ao problema encontrava-se no relato abstrato da norma. Muitas vezes somente será possível produzir uma resposta constitucionalmente adequada ao problema, quando analisado topicamente; ii) quanto ao papel do juízo: o juiz, como intérprete, torna-se co-participante do processo de criação do Direito, ao fazer valorações para os conceitos jurídicos indeterminados e ao realizar escolhas entre possíveis soluções⁸¹.

Os conceitos jurídicos indeterminados, institutos que serão melhor estudados no capítulo 3, contêm expressões que fornecem um início de significação a ser completado pelo juiz no momento da subsunção da norma ao caso concreto. A norma em abstrato não contém todos os elementos de sua aplicação. Termos como “excepcional valor” e “feição notável”, que definem patrimônio cultural, precisam de valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Transferem ao intérprete uma dose importante de discricionariedade⁸².

A existência de colisões de normas constitucionais, como a defesa do patrimônio cultural e o desenvolvimento econômico, passou a ser percebido como um fenômeno natural. Nestas situações, a atuação do intérprete/juiz criará o Direito aplicável ao caso concreto, utilizando-se, em especial, o princípio da

⁸⁰ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 11.

⁸¹ *Ibid.*, p. 12.

⁸² *Ibid.*, p. 12-13.

razoabilidade para ou fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível cada um dos interesses em conflito, ou para proceder à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional⁸³.

As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz, pois comportam mais de uma solução possível e razoável, aumentam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação dos Poderes, quando ao Judiciário reserva-se somente a função de aplicar a norma abstrata editada pelo Legislativo ao caso concreto. Para garantir legitimidade e racionalidade, o juiz no momento de sua interpretação deve socorrer-se à argumentação, devendo: i) reconduzir sua interpretação sempre ao sistema jurídico, uma norma legal ou constitucional que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis (decisões judiciais não devem ser casuísticas); iii) levar em consideração as conseqüências que sua decisão acarretará à realidade⁸⁴.

A interpretação constitucional configura, portanto, uma interpretação concretizadora construtiva, porque visa integrar sistema, intérprete e problema, ao passo que envolve a atribuição de significado aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa. Nesse sentido, deve o intérprete buscar sempre a solução que produza o melhor resultado para a sociedade⁸⁵.

Cumprе salientar que a nova interpretação não importa em desprezo aos métodos clássicos de interpretação, como o subsuntivo-dedutivo, nem aos elementos tradicionais, como o gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, busca agregar a esses métodos, que não se mostraram suficientes, novos princípios, visto que no sistema jurídico contemporâneo, mudaram o papel do problema a ser resolvido e do intérprete⁸⁶.

A interpretação tradicional vê na norma jurídica uma prescrição, de caráter geral e abstrato, que deveria reger a hipótese. O problema precisa conter os dados fáticos sobre os quais incidiria a norma, para então o intérprete desempenhar

⁸³ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 12-13.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁵ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 287.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 307.

a função técnica de identificar a norma a ser aplicada para os fatos descritos. Dessa maneira, acreditava-se na objetividade da atividade interpretativa e na neutralidade do intérprete-jugador⁸⁷.

Segundo a nova interpretação constitucional, a norma contém apenas um início de solução ao intérprete, tendo em vista o uso freqüente dos conceitos jurídicos indeterminados, além da crescente adesão da comunidade jurídica a tese de que a norma jurídica é o produto da interação texto/realidade. O problema passa a se tornar fornecedor de parte dos elementos que irão construir o Direito. Essa perspectiva se aproxima do método de Theodor Viehweg, tópica, que formula a solução juridicamente adequada a partir do problema em concreto, mitigando o poder da norma abstrata. Quanto ao intérprete, torna-se participante do processo de criação do Direito, norma aplicada ao caso concreto, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre possíveis soluções⁸⁸.

Esses novos papéis reconhecidos à norma, ao problema e ao intérprete decorrem, especialmente, da complexidade da vida moderna e da possibilidade de soluções plurívocas para os problemas. Diante dessa circunstância, o Direito precisou criar mecanismos de forma a ampliar o espectro de aplicabilidade da norma a fim de dar soluções adequadas aos diversificados problemas contemporâneos⁸⁹. E uma delas são os conceitos jurídicos indeterminados.

O pós-positivismo é o marco filosófico do novo direito constitucional, situado na confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo, duas grandes correntes do pensamento para o Direito. O primeiro, considerado metafísico e anti-científico, baseava-se em princípios de justiça universalmente válidos. O segundo equiparou o Direito à lei e afastou discussões filosóficas como justiça e legitimidade. Não obstante parecerem paradigmas opostos, são complementares. O pós-positivismo, visto aqui como um rótulo genérico e modelo inacabado, ganhou espaço com a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo com os regimes totalitários. É a superação dos modelos puros, uma vez que se preocupa em ir além da legalidade estrita. A atribuição de normatividade aos princípios de direito, a inclusão de valores no sistema e a reabilitação da argumentação jurídica

⁸⁷ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 307.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 308.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 309.

são idéias que encontram abrigo neste paradigma em construção.⁹⁰

Após breves linhas sobre algumas correntes do pensamento jurídico, pode-se compreender melhor as formas de atuação do Poder Judiciário nos chamados Estado Legislativo e no Estado Constitucional.

1.3 O ESTADO LEGISLATIVO E A NEUTRALIDADE POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL

Para que se consiga entender qual é o papel do Judiciário num Estado Social Democrático de Direito, é preciso retroagir e traçar um paralelo entre as anteriores e as atuais funções desse poder.

O período que antecedeu ao processo de redemocratização do país e da institucionalização do Estado Social, conhecido como Estado Liberal, como já explicitado, possuía funções mais restritas em relação à sociedade. Seu principal papel é garantir os direitos civis e políticos dos indivíduos.

Como conseqüências jurídicas deste período, precisam-se pontuar algumas idéias: (a) a teoria da separação dos poderes afirma um Poder Legislativo assumidamente político, um Executivo parcialmente político e um Judiciário neutro; (b) a neutralização política do Poder Judiciário decorre do princípio da legalidade que implica a proibição da decisão *contra legem* e a conseqüente aplicação do direito por meio do método dedutivo; (c) o poder judicial é retroativo (objetiva a reconstrução de uma realidade normativa constituída) e reativo (só atua quando provocado pelas partes); (d) o ordenamento jurídico é voltado para o princípio da segurança jurídica, baseado na generalidade e na universalidade da norma; e (e) a independência dos tribunais é garantida pela proteção da liberdade negativa, ou seja, da não interferência⁹¹.

Pode-se nomear como uma das causas desta subalternização política dos tribunais o fato de que sua função resumia-se à micro-litigiosidade interindividual, numa época em que se clamava por soluções de grandes problemas

⁹⁰ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 5-6.

⁹¹ SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 30, 1996, p. 7.

sociais. Foi neste período, o início da revolução industrial⁹², que houve, além do desenvolvimento tecnológico, grandes desigualdades sociais. Outra causa que teve grande repercussão foi a discussão sobre o conceito de justiça distributiva. Concentrados na administração da justiça retributiva, os tribunais tiveram de aceitar como um dado os modelos de justiça distributiva adotados pelos outros poderes. Enquanto a justiça retributiva era vista como um problema de direito, a justiça distributiva era uma questão de política. Novamente o Judiciário ficou à margem desses acontecimentos⁹³.

O Poder Judiciário, como um dos três poderes clássicos reconhecidos pela doutrina, tinha a missão de aplicar, quando diante de litígios, a leis aos casos particulares, garantindo a inviolabilidade dos direitos individuais. A sua atuação de aplicador da lei tem três características essenciais; só age se: (a) houver litígio; (b) apenas em casos individualizados, ressalvadas as ações diretas de inconstitucionalidade e também as ações coletivas, nunca sobre leis em tese; e (c) somente se provocado⁹⁴. Diferencia-se do Poder Legislativo em razão de suas decisões serem programadas, e não programantes, e atinge apenas as partes envolvidas no processo, não podendo se estender⁹⁵ aos demais⁹⁶.

Para além disto, a questão da independência dos tribunais se assentava em três linhas de dependência: a dependência estrita à lei, a dependência de iniciativa e a dependência de orçamento. Dessa forma, essa independência camuflada foi um dos principais motivos do seu desarme político. *“Uma vez neutralizados politicamente, os tribunais independentes passaram a ser um ingrediente essencial da legitimidade política dos outros poderes, por garantirem que a produção legislativa destes chegava aos cidadãos ‘sem distorções’”*⁹⁷.

Para a História geral, com a queda do Estado-absolutista, o surgimento da sociedade burguesa e a consagração do Estado Liberal, a neutralização do Judiciário foi uma peça importante para a caracterização do direito da época, ressaltando-se a imparcialidade do juiz e o caráter apartidário do

⁹² Apesar das citações não fazerem referência ao Estado Brasileiro e sim e aparentemente às sociedades ocidentais (Europa e EUA), as condições históricas brasileiras permitem estas aproximações genéricas.

⁹³ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁴ Segundo Silvana Souza Netto Mandalozzo, há exceção. Ex: dissídio coletivo.

⁹⁵ Essa característica também sofre exceção, com a teoria geral do processo coletivo.

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 13-14.

⁹⁷ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 10.

desempenho de suas funções⁹⁸.

A questão da neutralização está intimamente ligada com a desvinculação que o direito iria sofrer de suas bases sociais. Nesse momento, somente a lei era considerada fonte de direito, em exaltação ao princípio da legalidade e a conseqüente proibição da decisão *contra legem*. Além disso, o ato de jurisdição ficou relegado ao simples processo de subsunção do fato à norma⁹⁹. Ao juiz não cabe analisar o conteúdo da norma, ele será um simples aplicador mecânico das leis elaboradas pelo Poder Legislativo.

Essa concepção do Judiciário pressupõe uma congruência entre as funções instrumentais e as funções expressivas do processo judicial. Enquanto aquelas derivam da aplicação de normas pré-estabelecidas num plano abstrato, estas referem-se a satisfação de necessidades concretas como a paz social e a realização da justiça, por meio de interpretação. É uma relação de meio e fim. A atividade jurisdicional somente atinge a sua finalidade se observada essa congruência, que é garantida pelo papel instrumental do juiz. Ela exige a aceitação de mutabilidade do direito por meio de processos legislativos independentes e autônomos. O direito velho e o novo apenas se diferenciam porque um é vigente e o outro é revogado; não pela sua evolução (o novo é melhor que o velho – diacrônia), mas pelo tempo (norma posterior revoga norma anterior – sincronismo). A mutabilidade não impede a impositividade da norma¹⁰⁰.

Nesses quadros, a aplicação do direito não se preocupa com valores-fins. Não se vê a jurisdição como uma atividade decorrente da busca pela justiça. O direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional. O juiz apenas aplica normas de valores previamente estabelecidos, sem questioná-los. Não é papel do juiz verificar no caso concreto a realização da justiça¹⁰¹.

A neutralização política do Judiciário, conseqüência da separação dos poderes e principal característica do estado de direito burguês (liberal), não é uma espécie de alheamento político. Um exemplo disso é o controle constitucional norte-americano. Os juízes da Suprema Corte passaram a assumir a função de guardiões da legitimidade constitucional, baseados em princípios implícitos na Constituição. Isso não dava liberdade política ao Judiciário, mas sim competência

⁹⁸ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 14-15.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 15-16.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 16.

para frear as aspirações políticas dos outros poderes, mantendo a harmonia e a independência entre eles e sobrepondo o direito sobre o poder político¹⁰².

*“Neutralizar, portanto, não significa tornar genericamente indiferente, mas gerar uma indiferença controlada”*¹⁰³, ou seja, essa neutralização não torna o Judiciário imune, de fato, a pressões políticas, mas garante a imunidade institucional desse Poder¹⁰⁴.

A neutralização traz como uma das mais importantes conseqüências o controle do Judiciário do uso da força. Não significa que o Judiciário a concentre, mas que ele tem o poder de decisão sobre ela¹⁰⁵. A neutralização passa a ser uma espécie de regulador do uso político da violência. Os políticos não sabem usá-la, como se pode ver nos julgamentos uns dos outros ou nos crimes de responsabilidade de autoridades políticas. Uma Justiça politizada se torna instável ao jogo de interesses¹⁰⁶.

Para esse direito burguês, o principal valor é a segurança abstrata da justiça, ou seja, que serão aplicadas regras predeterminadas e que supostamente são justas. A segurança abstrata firma-se em valores como a certeza e a isonomia, ou seja, pela generalidade da lei e pela universalização dos destinatários¹⁰⁷. No conflito entre segurança e justiça, optou-se pela primeira.

Entretanto, esse modelo de Estado e conseqüentemente essa forma de atuação do Judiciário, mecanicista, não mais supriam as necessidades de uma sociedade complexa, repleta de problemas sociais. Debaixo das pressões sociais e ideológicas, após longo período ditatorial, o Estado Legislativo sucumbiu e se transformou no Estado Constitucional.

1.4 O SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONSEQÜENTE REPOLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO BRASIL

A tecnologia, sobretudo nos últimos cinqüenta anos, aumentou consideravelmente o nível de complexidade da vida humana. A sociedade

¹⁰² FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰³ FERRAZ JÚNIOR, *loc. cit.*

¹⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, *loc. cit.*

¹⁰⁵ É polêmica a tese de que apenas o Poder Judiciário tem o Poder de decisão sobre o uso da força.

¹⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 16.

tecnológica não aumentou apenas as possibilidades de ação, mas também foi capaz de criar novas formas de ações, como se vê na bioética. O direito deixa de se preocupar apenas com o passado, para ocupar-se basicamente do futuro, numa tentativa de prevê-lo. É nesse sentido que se deve entender o Estado do Bem-Estar Social¹⁰⁸.

São as principais características do Estado-Providência em relação ao Direito: (a) a predominância do Poder Executivo, que passa inclusive a ingerir na produção do direito; (b) as sucessivas explosões legiferantes que acarretam a sobrejuridificação da realidade social, o que põe termo a coerência e a unidade do sistema jurídico; o excesso de normas acaba por tornar impossível a aplicação do princípio da subsunção; (c) o Estado passa a ser responsável pelo bem-estar dos cidadãos; os direitos sociais recebem a proteção constitucional e a justiça distributiva se torna base do sistema normativo; o Estado se compromete a proteger juridicamente a liberdade positiva; e (d) a mudança de paradigma da sociedade - do indivíduo para o coletivo – gera a proliferação dos direitos¹⁰⁹.

Essa nova visão de Estado reviu alguns postulados básicos do Estado de Direito, principalmente no que diz respeito à separação entre Estado e sociedade. O Estado Liberal que se preocupava somente com a liberdade do indivíduo, chamada liberdade negativa, passa a ter o problema da liberdade positiva, que se estende à esfera de participação do cidadão. Dessa forma, o Executivo e o Legislativo vêm suas funções ampliadas, pois agora devem realizar a igualdade material, e não mais garanti-la apenas formalmente¹¹⁰.

Passa-se a exigir uma postura ativa do Estado, no sentido de realização/promoção de direitos, nomeados sociais, o que altera a função do Poder Judiciário. A ele não basta julgar o que é certo ou errado, é preciso verificar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduz à concretização dos resultados objetivados¹¹¹ na Constituição.

Quando a polêmica é direito e política, é preciso analisar essas categorias sob três aspectos: a questão da legitimidade, a questão da capacidade e a questão da independência. A questão da legitimidade põe à prova o conteúdo democrático do intervencionismo judiciário, uma vez que os magistrados não são

¹⁰⁸ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁹ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 18.

¹¹¹ FERRAZ JÚNIOR, *loc. cit.*

eleitos pelo povo. A questão da capacidade está relacionada com a existência de recursos da Justiça para tornar eficaz a política judiciária. Pode ser visualizada sob dois ângulos: o problema de infra-estrutura e a dificuldade de se executar decisões que dependem da prestação ativa dos outros poderes. Por último, a questão da independência, intimamente ligada com a questão da legitimidade e da capacidade. No primeiro caso, revela-se quando o Executivo ou o Legislativo tomam medidas que o Judiciário entende serem mitigadoras de sua independência. No contexto da capacidade, verifica-se sempre que o Judiciário se vê dependente dos outros poderes para obter de recursos essenciais para o desempenho de suas funções¹¹².

Não se pode esquecer que o desempenho dos tribunais não depende apenas da questão política, mas de nomeadamente três fatores: do nível de desenvolvimento de um país, da cultura jurídica dominante e do processo histórico pelo qual essa cultura jurídica se desenvolveu¹¹³.

Uma das grandes discussões travadas é se o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional para determinar um agir político do Estado. A Constituição é um remédio contra a maioria e é o elo que une a política e o direito. A nova forma de Estado do segundo pós-guerra – o Constitucional Social de Direito – fundamenta-se em dois elementos que o constitui: a democracia e os direitos fundamentais. A tão somente existência do Estado Democrático de Direito legitima o agir da justiça no sentido de exigir da Administração a realização de políticas públicas ordenadas pela Constituição, que nada mais é do que o instrumento que deu forma a esse tipo de Estado¹¹⁴.

A questão que se coloca é o problema da legitimidade democrática da função judicial. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes selecionados com base no mérito e no conhecimento específico, para agir com imparcialidade, a fim de preservá-la de paixões políticas. No entanto, o Poder do Judiciário é representativo, deve ser exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, que se move por interesse, mas se inspira em valores. O problema da legitimidade democrática do Judiciário não é necessariamente maior que a do Executivo e a do Legislativo, que por vezes é

¹¹² SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 3-4.

¹¹³ *Ibid.*, p. 3-5.

¹¹⁴ STRECK, *op. cit.*, p. 40-41.

afetada por abuso do poder econômico, manipulação dos meios de comunicação, etc.¹¹⁵.

O papel do Judiciário é justamente preservar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando, assim, o déficit de legitimidade dos demais poderes¹¹⁶.

Se as leis elaboradas pelos parlamentares refletem o pensamento da maioria, este pensamento não pode justificar as decisões dos juízes. Não se pode confundir o pensamento da maioria com a democracia, que pressupõe justamente o respeito aos direitos fundamentais, inclusive os pertencentes à minoria.

Eis uma forma de atuação que pode tirar o Poder Judiciário da crise de legitimidade perante a sociedade em que se encontra, já que inegavelmente os critérios de justiça da norma também passam pela sua avaliação, não podendo mais acomodar-se em transferir a responsabilidade pela lei injusta ao parlamento, com a simples e cômoda afirmação de que o juiz apenas aplica a lei, não a faz¹¹⁷.

O desenvolvimento/alargamento da democracia consiste não tanto pela substituição da democracia representativa pela direta (o que em grandes organizações seria impossível), mas na passagem da democracia na esfera política, esfera em que o indivíduo é considerado cidadão, para a democracia da esfera social, na qual o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus *status*, por exemplo, como pai, filho, cônjuge, trabalhador, profissional, administrado, consumidor, etc.. Esse desenvolvimento da democracia não pode ser entendido como um novo tipo de democracia, mas pela ocupação de novos espaços¹¹⁸.

O discurso sobre o significado de democracia não pode ser concluído se não se atenta para o fato de que, além de forma de governo, também é entendida como o *“regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera”*. O princípio desses fins ou valores adotados em um regime democrático é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida pelas constituições liberais, mas a social e econômica (ao menos em parte). Dessa maneira, tem-se a chamada democracia substancial¹¹⁹.

¹¹⁵ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, op. cit., p. 46-51 *passim*.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 51.

¹¹⁷ OLIVEIRA NETO, *op. cit.*, p. 198.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 155-156.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 157.

Assim, com o advento do Estado Social e da sociedade tecnológica¹²⁰, e para realizar os valores democráticos, exige-se do Judiciário a sua *desneutralização*, liberando-se o juiz do estrito princípio da legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva e obrigando-o a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a realização das finalidades políticas que a Constituição prescreve, tanto quanto o Executivo e o Legislativo¹²¹.

Este fenômeno é conhecido como neoconstitucionalismo. É uma tentativa de efetivar os chamados direitos de segunda e terceira dimensão, em razão da inexistência de um sistema de garantia eficaz.

Diante disso, é preciso aprofundar teoricamente esse fenômeno para avaliar como é possível ao Judiciário efetivar os direitos culturais, objeto de desta pesquisa.

A idéia de constitucionalização do direito está associada a expansão do conteúdo material e axiológico da Constituição¹²² por todo o sistema, passando a condicionar a validade e o sentido das normas infraconstitucionais. Não é apenas um sistema em si, mas um modo de interpretar todos os ramos do Direito, consagrando os valores inseridos na Constituição¹²³.

O fenômeno da constitucionalização repercute na atuação dos três poderes. No Legislativo, limita a sua discricionariedade na elaboração das leis e impõe-lhe deveres de atuação para a realização de direitos e programas postos na Constituição. No Executivo, além de também lhe limitar a discricionariedade e impor deveres de atuação, ainda fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interferência do Legislativo. E, em especial, quanto ao Judiciário, objeto desta pesquisa, serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade e condiciona a interpretação de todas as normas do sistema¹²⁴.

¹²⁰ “Essa realidade trouxe várias conseqüências para o Poder Judiciário. A juridificação do bem-estar social abriu o caminho para novos campos de litigação, aumentando a procura pela Justiça e acarretando uma explosão de litigiosidade que não pode ser discutida no âmbito deste trabalho”. In SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 12.

¹²¹ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 19.

¹²² Cumpre ressaltar que este pesquisa não ignora o fato de que a Constituição não é somente uma “carta de boas intenções”, mas sim uma mistura heterogênea de interesses de classes econômicas, cumulada com paternalismos, reserva de mercado e privilégios. No entanto, tais críticas não serão analisadas nesse trabalho

¹²³ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, *op. cit.*, 16-27 *passim*.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 17.

Nos últimos anos, o Poder Judiciário teve uma vertiginosa ascensão institucional, deixando de ser um departamento essencialmente técnico, para também desempenhar um papel político. Independentemente de sua função ter a natureza política, seus métodos de atuação e fundamentação são jurídicos¹²⁵.

Isso se deve pela atuação criativa que exerce o intérprete, pela atribuição de sentido aos conceitos jurídicos indeterminados e pela realização de escolhas entre as soluções possíveis, mas também em razão de suas decisões afetarem o equilíbrio entre os poderes, em função do controle que exercem sobre eles.

A título de conhecimento, não obstante essa discussão gerar um outro trabalho, há que se considerar também, quando se admite que o juiz-intérprete tem função jurídico-política, que a sua neutralidade também é utópica, visto que a sua pré-compreensão do mundo, do Direito e da realidade que o circunda afetará o modo como ele apreenderá os valores da comunidade¹²⁶.

O Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, no qual deve ter uma supremacia material, axiológica. Deve ela transformar-se num filtro para todo direito infraconstitucional. Este fenômeno, conhecido como constitucionalização do direito, é uma mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais do direito, como o direito administrativo, a ser aprofundado no terceiro capítulo¹²⁷.

É evidente que a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, III, da CF não imobiliza a progressista constituição que delinea a forma de relacionamento entre os três poderes. Somente haverá violação desta cláusula pétrea se o conteúdo nuclear tiver sido afetado, ou seja, se houver uma concentração de funções em um poder ou consagrar uma instância hegemônica de poder e se a inovação esvaziar a independência orgânica dos poderes ou suas competências típicas¹²⁸.

O processo de redemocratização trouxe à tona novamente o Direito, não como a crença de que a lei seja a expressão da vontade geral institucionalizada, mas com a consciência de que freqüentemente ela estará a serviço de interesses da classe dominante e não da justiça. Mas mesmo assim, ela significou um avanço histórico, sendo preciso explorar as potencialidades da dogmática jurídica fundada

¹²⁵ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 45-46.

¹²⁶ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 287.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 84-85.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 174.

em valores e na ética¹²⁹.

Três são os principais marcos teóricos do novo direito constitucional: a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional¹³⁰.

O primeiro sobreveio à 2ª Guerra Mundial e teve início na Alemanha e na Itália. Vale dizer que às normas constitucionais foram atribuídas o *status* de norma jurídica, e não mais de um documento essencialmente político, de aplicação discricionária. Passaram a ser normas dotadas de imperatividade, como todas as normas jurídicas, e protegidas por mecanismos próprios de coação. Esse debate¹³¹ só chegou ao Brasil na década de 80, visto que o país padecia de patologias ligadas ao autoritarismo¹³².

O segundo, baseado no modelo americano da supremacia da Constituição, positivou os direitos fundamentais, sujeitando sua proteção ao Judiciário, visto que antes de 1945 vigorava em grande parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, com a soberania do Parlamento na Inglaterra e com a concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.

Após essa mudança de paradigma, a adoção de modelos de controle de constitucionalidade e a criação de tribunais constitucionais irradiaram-se pelo mundo¹³³.

Por fim, o terceiro decorre naturalmente do primeiro. No entanto, em razão das especificidades das normas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram um elenco próprio de princípios aplicáveis à hermenêutica constitucional, tais como: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação segundo

¹²⁹ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 234-235.

¹³⁰ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 6.

¹³¹ “Cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo”. In: BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 7.

¹³² *Ibid.*, p. 7.

¹³³ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade por três vias: i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III); iii) em ações diretas (ação direta de inconstitucionalidade – CF, art. 102, I; ação declaratório de constitucionalidade – CF, art. 102, I, a e art. 103, § 4º e ação direta de inconstitucionalidade por omissão – CF, 103, § 3º) e iiiii) em ações especiais (arguição de preceito fundamental – CF, 102, § 1º e ação direta interventiva – CF, art. 36, III).

a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade¹³⁴.

O afastamento dos fundamentos filosóficos e sociais do direito é uma típica concepção de

...quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes¹³⁵.

O juiz *“não decide nem ordena como o indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidades e de poder de coação, para a consecução de certos objetivos sociais”*¹³⁶.

Oliveira Neto afirma que *“...visualiza-se uma profunda alteração do que serve de paradigma à atividade jurisdicional, como que alterando o rumo do julgador: do apego à letra da lei, para a observância dos direitos fundamentais, implícita ou explicitamente constitucionalizados”*¹³⁷.

Os tribunais tiveram que assumir uma parcela da responsabilidade política do Estado. A questão da independência dos tribunais e a sua neutralização política entram em crise. Com a constitucionalização dos direitos sociais, *“os efeitos extra-judiciais da actuação dos tribunais passaram a ser o verdadeiro critério da avaliação do desempenho judicial e, nesta medida, este desempenho deixou de ser exclusivamente retrospectivo para passar a ter uma dimensão prospectiva”*¹³⁸.

O problema do Judiciário permanecer neutralizado politicamente é correr o risco de se tornar socialmente irrelevante e desacreditado e, com isso, acabar passando para a população a imagem de que é dependente dos outros poderes. O contrário seria entrar numa competição com o Executivo e o Legislativo e, sendo o poder mais fraco, começar a sofrer pressões externas como: nomeação dos juízes para os tribunais superiores, controle dos órgãos do poder judicial e gestão orçamental¹³⁹.

A contradição entre igualdade formal e a justiça social assumida pelo

¹³⁴ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização**, p. 10-11.

¹³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 82-83.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 88.

¹³⁷ OLIVEIRA NETO, *op. cit.*, p. 195.

¹³⁸ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 13.

¹³⁹ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *loc. cit.*

Estado Social fez com que decisões *prater legem* ou *contra legem* fossem legitimadas a fim de dar efetividade à Constituição Federal¹⁴⁰.

Esse novo cenário acaba por atingir dois princípios fundamentais do Estado de Direito burguês: o princípio da imunidade do Estado e o princípio da coisa julgada. A coisa julgada é extremamente importante para garantir a segurança jurídica, pela exigência de que se ponha um fim ao processo. Em relação ao primeiro, deve-se recordar que o juiz, no Estado-absolutista, era visto como funcionário do Estado, uma vez que a vontade do soberano era a fonte primária do Direito. No Estado de Direito, o juiz deixa de exercer uma função para ser o próprio poder, ou uma parte dele, o que permite que a outra parte, a Administração, seja responsabilizada pelas violações aos direitos subjetivos dos cidadãos. E para que isso seja possível é imprescindível que o juiz seja imune aos seus atos em face das partes¹⁴¹.

A desneutralização do Judiciário¹⁴² põe em xeque essa imunidade dos juízes ao questionar a sua real independência. O fato de que o processo de nomeação dos juízes de tribunais superiores está em estreita dependência da vontade política do Executivo e do Legislativo vem causando insegurança, e o que é pior, gerada pelo próprio direito, em razão da vinculação do juiz à lei¹⁴³. Verifica-se uma dependência em relação aos outros dois Poderes: depende da vontade deles para ingressar nos tribunais superiores.

Quando se fala em desneutralização política do Judiciário, não se deve confundir a politização com a política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo. O produto oferecido por esses dois Poderes não passa de mercadoria que não tem valor em si, mas geralmente de uso e troca de favores. Uma Justiça politizada passa a analisar as relações de meio e fim. O juiz, ao passar a ver o mundo como um problema político, tem a obrigação de, ao proferir uma decisão, avaliar os resultados que ela irá provocar. Trata-se de evitar que o homem seja

¹⁴⁰ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴² A expansão tecnológica, ao multiplicar as possibilidades de consumo, tem feito da política também um objeto de consumo. Como tal, utiliza-se dos meios de comunicação e gera uma hipertrofia do poder que acaba por atingir também o Poder Judiciário que tem sua neutralidade política contaminada. O Judiciário passa agora a se sustentar por meios políticos e se rende à tecnologia do sucesso: busca prestígio e o apoio da opinião pública nas suas decisões. Isso transforma também o direito em bem de consumo. In FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴³ *Ibid.*, 19-20.

manipulado pela tecnologia e pelo poder que ela origina¹⁴⁴.

Não obstante essa conquista histórica, o Estado Social transformou-se num abismo entre teoria e prática, pois não conseguiu garantir todos os direitos prescritos pelos pactos internacionais e por muitas Constituições. Nos países periféricos, pode-se afirmar que nunca se conseguiu.

1.5 A CRISE DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL

O Estado de Bem-Estar se viu fortificado com o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) da Organização das Nações Unidas (ONU) e com a Declaração dos Direitos Sociais, mais conhecida como Protocolo de San Salvador, que positivou e consagrou os direitos de segunda geração na América.

O problema que enfrenta o Estado Social não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais são os direitos do homem, qual a sua natureza e o seu fundamento, mas sim qual é o modo mais efetivo de garanti-los para impedir que sejam continuamente violados¹⁴⁵.

A Constituição Federal de 1988, na qual está insculpido o princípio fundamental do Estado Social, Democrático de Direito, nasceu marcada pela sua contradição histórica, num contexto em que o mundo globalizado clamava pela desregulação econômica e social¹⁴⁶.

O que interessa dessa discussão é o impacto que essa crise trouxe no mundo jurídico, mais precisamente na atividade jurisdicional.

Apesar da visibilidade que ganhou por seu empenho em resguardar valores desde o advento do novo direito constitucional, o Judiciário vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas nas relações sociais, fruto do desenvolvimento urbano-industrial que fez surgir uma sociedade estigmatizada por profundas contradições econômicas, que exige cada vez mais tutelas diferenciadas para novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos e coletivos¹⁴⁷.

¹⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25.

¹⁴⁶ COSTA, *op. cit.*, p. 148.

¹⁴⁷ FARIA, *op. cit.*, p. 52.

Como tendem a desafiar a rigidez lógico-formal do sistema jurídico em vigor, essas situações inéditas têm colocado o Judiciário diante da necessidade de rever suas funções básicas. Nos tempos atuais, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas a demandas para as quais não possui experiência teórica nem jurisprudência firmada, pois já não é suficiente decidir conflitos mediante a simples aplicação de normas abstratas gerais e unívocas a casos concretos¹⁴⁸.

As funções judicantes forjadas a partir do Estado Liberal revelam-se hoje em descompasso com a realidade. A cultura judiciária desse período é fruto da dogmatização de princípios como a imparcialidade política e a neutralidade axiológica, integrados a um sistema que via no Judiciário um poder meramente declarativo e reativo. Ou seja, cabia somente aos juízes a proteção dos direitos civis e políticos dos cidadãos, muitos dos quais foram violados por regimes autoritários militares¹⁴⁹.

Com a crescente tensão marcada pela intensa migração interna, pela urbanização desenfreada, pelas desigualdades regionais, pela crise fiscal e pelo fracasso das políticas públicas, entre outras causas, o discurso institucional tradicional do Judiciário ficou fragilizado¹⁵⁰.

A partir da transição do regime ditatorial para o regime democrático, o Judiciário se vê obrigado a assumir funções inéditas, por vezes incompatíveis com a estrutura jurídico-política típica do Estado Liberal, e que se reconhecidas implicariam a ruptura do discurso institucional tradicional. Se a solução judicial de um conflito é em essência um atributo de poder, na medida em que pressupõe não apenas critérios fundantes e opções entre alternativas, implicando também a imposição da escolha feita, todo julgamento sempre tem uma dimensão política¹⁵¹.

Para avaliar as atuais funções sociais do Judiciário brasileiro é fundamental levar-se em consideração os planos social, político e econômico do país. Do ponto de vista social, o que se constata é a reprodução da pobreza, ampliando as desigualdades existentes; do ponto de vista político, observa-se a concessão formal de direitos sociais que realidade não se efetivam porque carecem

¹⁴⁸ FARIA, *op. cit.*, p. 52-53.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 53.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 54.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 56.

de regulamentação; e do ponto de vista econômico, o que se identifica é a estagnação, a inflação e a subsequente deteriorização dos padrões de consumo¹⁵².

Outro problema que vem à tona, além da incapacidade teórica de grande parte do Judiciário, é que este não está dando conta de atender as expectativas dos cidadãos por soluções rápidas em razão do volume das demandas e em especial pelo número insuficiente de juízes em relação ao total da população e o número de cargos não preenchidos (por absoluto despreparo dos candidatos).

TABELA 1 – Relação entre números de juízes e população

Regiões	Habitantes	Cargos	Juízes	% Violência	Habit./Cargo	Habit./Juiz
Norte	10.178.029	457	345	24,50	22.271	29.502
Nordeste	44.429.181	1.578	1.269	19,58	28.155	35.011
Centro-Oeste	10.495.833	689	424	38,46	15.233	24.754
Sudeste	67.067.873	2.760	1.970	28,62	24.300	34.045
Sul	23.393.001	1.128	922	18,26	20.738	25.372
Total	155.563.917	6.612	4.930	25,88	22.139	29.736

Fonte: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2008.

É nos anos 90 que os problemas estruturais do Judiciário, acima apontados, tornam-se amplamente conhecidos pela opinião pública. São problemas que se agravaram por dois fatores especificamente: a) o crescente número de normas programáticas e de organização editadas com o propósito de impor ao Executivo obrigações inéditas em matéria de políticas públicas; e b) a crescente complexidade das novas matérias reguladas que obrigam o Judiciário a interpretá-las de modo “construtivo”¹⁵³.

Em razão do primeiro fator apontado, muitas das decisões do Judiciário passam a depender da eficiência com que o Executivo cumpre suas obrigações em matéria de políticas públicas, e na medida em que esse poder revela-se incapaz de implementá-las, o Judiciário acaba sendo reduzido a uma posição secundária, como se fosse um Poder subordinado, e não soberano, autônomo e independente¹⁵⁴.

O que resta evidente é o conflito de discricionariedade entre esses dois Poderes soberanos, que exigem um redimensionamento do equilíbrio da divisão dos Poderes, tal qual nos foi legada pelo constitucionalismo moderno, uma vez que

¹⁵² FARIA, *op. cit.*, p. 56.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 61.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 63.

o Executivo possui discricionariedade para alocar os recursos conformes as prioridades definidas por seus dirigentes, em conformidade com determinado ideário doutrinário.

É que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um executivo forte e em judiciário forte. Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos que constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano¹⁵⁵.

No atual Estado Providência, muitas de suas leis possuem função promocional, o que exige dos aplicadores um esforço de compreensão valorativa de suas regras. *“Se no Estado Liberal as leis tinham por finalidade básica definir as ‘regras do jogo’, no Estado-Providência as normas de caráter ‘social’ são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando implicitamente suas regras”*¹⁵⁶.

Conforme já diagnosticado por Faria, neste período (Estado Providência) houve um agravamento das desigualdades sociais, além do enfraquecimento dos movimentos sociais que promoveram politicamente a judicialização dos direitos de segunda geração. Sem a pressão política desses movimentos para garantir direitos sociais, o modelo de Estado-Providência se afunda cada vez mais nessa crise.

Surgem nessa fase de crise, em resposta à nova sociedade de consumo, novos direitos, chamados de terceira geração, relacionados à proteção do meio ambiente e dos consumidores que, para se tornarem realmente efetivos e mobilizarem os tribunais, precisam também da opinião pública a favor deles¹⁵⁷.

No passado, os tribunais destacavam-se pelo seu tradicionalismo e pela sua incapacidade de acompanhar os mais inovadores processos de transformação social. Atualmente, o que se vê é um protagonismo social e político dos tribunais, que vêm se inclinados para uma reconstitucionalização do direito ordinário que surge como meio de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. É um novo padrão de intervencionismo judiciário¹⁵⁸.

Esse novo protagonismo judiciário tem como característica fundamental o confronto entre a classe econômica e os outros órgãos, como o Poder

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 54.

¹⁵⁶ FARIA, *op. cit.*, p. 62-63.

¹⁵⁷ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 1-3 *passim*.

Executivo, o que dá causa a um fenômeno que vem sendo chamado de judicialização dos conflitos políticos. Notadamente, o Judiciário, no Estado moderno, é um poder político, mas só é visto como tal quando se depara com outras fontes de poder político. Pode-se dizer que a judicialização dos conflitos políticos se traduz na politização dos conflitos judiciais¹⁵⁹.

Esse período (da crise do Estado Social) também se caracteriza pela crise política, que tem como causa o aumento da corrupção. Com o acréscimo de responsabilidades, as decisões do Estado passaram a ter um conteúdo econômico e financeiro que antes não tinham, porque seu papel era apenas de garantir a não violação dos direitos individuais dos cidadãos. A expansão da administração pública envolveu o manejo de uma vultosa quantia de dinheiro, o que criou condições para a promiscuidade entre o poder econômico e o poder político¹⁶⁰.

A corrupção é mais suscetível nas sociedades democráticas porque são mais numerosos os agentes políticos, em razão da menor concentração de poder; porque os meios de comunicação social são instrumentos poderosos de investigação da criminalidade e porque a existência de diferentes partidos políticos cria acirradas competições que podem dar origem a denúncias recíprocas. A corrupção, juntamente com o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro, é considerada a grande criminalidade do terceiro período e tornou-se o grande problema de controle social dos tribunais¹⁶¹. *“A vontade política e a capacidade técnica no combate à corrupção são os vectores mais decisivos da neutralização ou desneutralização política dos tribunais no terceiro período. São eles que determinam os termos em que é travada a luta política à volta da independência dos tribunais”*¹⁶².

Isso não significa que a constitucionalização do direito ordinário e a garantia dos direitos fundamentais não sejam importantes. Ocorre que neste período os argumentos que mais pesam estão relacionados ao combate à corrupção. Enquanto no segundo período (Estado Social) a politização da independência dos tribunais se baseava nestes assumirem a sua parcela de responsabilidade pela realização de políticas públicas, agora, no terceiro período (crise do Estado Social), decorre também do controle que eles passam a exercer sobre os agentes políticos e

¹⁵⁹ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 22

¹⁶² SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *loc. cit.*

os abusos de que eles são responsáveis¹⁶³.

A questão é polêmica, uma vez que se o Judiciário se omite deste domínio, garante a sua independência, mas corrobora com a degradação do sistema democrático. Se, ao contrário, assume uma posição ativa de combate à corrupção, estará sujeito a ataques de outros poderes a sua independência, além de ver transferida para si a confiança dos cidadãos no âmbito político, o que suscitaria a questão da legitimidade, já que é o único dos poderes a não ser eleito diretamente pelo povo¹⁶⁴.

Santos fala do contraste de duas independências: a corporativa e a democrática. Enquanto na corporativa os magistrados estão preocupados com a defesa de seus interesses, na democrática, além de defender os interesses de sua classe, preocupam-se com a sua quota-parte de responsabilidade política no sistema, por meio de uma postura mais ativa. A diferença está que no segundo período havia várias concepções de uso do poder político; neste, há o contraste entre o uso e o abuso desse poder político¹⁶⁵.

Pode-se dizer que neste terceiro período tem-se um Judiciário ainda mais politizado, porque, além de sua responsabilidade de efetivação das políticas públicas, assume outra, a de punir os agentes políticos que se desviam de sua função.

Não se pode fugir da realidade dos magistrados que se deparam com vários graus de intensidade dessa responsabilidade. Há de se distinguir o combate à corrupção pontual do sistemático. O primeiro utiliza-se do critério da oportunidade, reprimindo seletivamente os casos que mais aprouverem, enquanto o segundo se orienta por critérios de legalidade, e pode até deslegitimar o poder político¹⁶⁶.

Diante de um Poder Judiciário fortemente politizado no sentido de garantir e efetivar os valores prescritos na Constituição Federal de 1988, a nova interpretação constitucional fornece os mecanismos necessários aos juízes para a realização dos direitos fundamentais e sociais, e em especial, como se verá no capítulo seguinte, para a realização do Estado cultural.

¹⁶³ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁴ SANTOS; MARQUES; PEDROSO, *loc. cit.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 25.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 25-26.

CAPÍTULO 2

O PATRIMÔNIO CULTURAL

Após entender a mudança de paradigma pelo qual passou o direito a partir da segunda metade do século XX, alterando a interpretação do princípio da separação dos poderes e modificando a forma de atuação dos juízes, é preciso, para compreender as decisões que concluíram que não cabia ao Poder Judiciário decidir sobre a oportunidade e a conveniência da preservação do bem cultural e verificar se essas decisões são coerentes com a atual postura que se está exigindo deste Poder, analisar a questão de como o tema cultura está inserido na atual conjuntura sócio-econômica e de como o patrimônio cultural está inserido na legislação brasileira pós fenômeno do neoconstitucionalismo.

A proteção dos direitos sociais, sob a ótica do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, não se dá mais pelo viés da proteção contra os excessos do Estado, mas trata-se de exigir dele uma atuação positiva no sentido de proteger os direitos sociais¹⁶⁷.

Da materialidade do texto constitucional, representada pelos valores substantivos que fazem parte do núcleo político da Constituição – os direitos sociais e fundamentais – é possível afirmar que o Estado Democrático de Direito consagra o princípio da democracia econômica, social e cultural¹⁶⁸.

O Estado Social introduz plenamente os direitos culturais no texto constitucional, e para torná-los efetivos, prevê múltiplas incumbências para o Poder Público. Tem-se agora uma Constituição cultural, como conjunto de princípios e regras com relativa autonomia em matéria de direitos culturais. E mais, fala-se em um Estado de cultura.¹⁶⁹

Considerar um Estado cultural¹⁷⁰ é importante, já que impõe às normas ordinárias uma maior coerência com a Constituição, garantindo à sociedade o poder de exigir do Estado e do Direito a proteção do meio ambiente cultural.

¹⁶⁷ STRECK, **A revolução copernicana**, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹⁶⁹ MIRANDA, Jorge. **Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais**. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2009. Cf. Enrico Spagna Musso, *Lo Stato di culture nella Costituzione italiana*.

¹⁷⁰ Convém alertar para alguns riscos da fórmula Estado de cultura, como o de se por a cultura a serviço do Estado ou da ideologia dominante do Estado. In MIRANDA, *op. cit.*, p. 8.

2.1 MEIO AMBIENTE, DIREITO E CULTURA

A palavra meio ambiente, segundo a maioria da doutrina, é um termo redundante, visto que “ambiente”¹⁷¹, que indica a esfera, o âmbito, o local em que se vive, já engloba a expressão meio. No entanto, como assevera Silva, o legislador, no intuito de reforçar a importância do termo, utiliza expressões compostas, primeiro, porque é uma prática comum derivada do enfraquecimento do termo reforçado ou segundo, porque sua expressividade é mais ampla e difusa¹⁷².

Silva, diante da consolidação do termo na legislação brasileira, conceitua meio ambiente como sendo “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”¹⁷³.

A promessa da modernidade de dominação da natureza foi cumprida de modo perverso sob a forma de destruição e da crise ecológica¹⁷⁴. A partir do momento em que o homem se vê encurralado pela destruição do meio ambiente, o Estado, alheio à devastação, ou seu incentivador, se vê na contingência de agir, coibindo-a. Lança mão do Direito, como resposta à consciência de que é necessário preservar para garantir a qualidade de vida humana, se não a própria sobrevivência¹⁷⁵. Para proteger esses bens é necessária a presença do Estado e do Direito, criando normas e ações reguladoras e protetoras.¹⁷⁶

O século XX foi marcado pela predominância dos chamados direitos sociais, ambientais, culturais e econômicos, bem como dos “direitos coletivos e difusos”, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social¹⁷⁷

Como já dito, a cultura, conexas ao mundo natural, também foi objeto de proteção, como parte integrante do meio ambiente.

¹⁷¹ “O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí porque a expressão meio ambiente se manifesta mais rica de sentido (conexão de valores) do que a simples palavra ambiente. Este exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos”. In: SILVA, **Direito Ambiental Constitucional**, *op. cit.*, p. 1-2.

¹⁷² *Ibid.*, p. 1-2.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 24.

¹⁷⁵ Cabe ressaltar a polêmica discussão sobre os porquês da preservação ambiental. Ver discussão biocentrismo x antropocentrismo.

¹⁷⁶ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 518.

O processo de reconhecimento pelo Direito de valores como bens jurídicos, traduz opções políticas. A análise do ordenamento jurídico de cada Estado, enquanto expressão política, indicará de que forma a cultura está sendo protegida. No sistema jurídico brasileiro, a cultura é protegida como fenômeno social e fator de emancipação humana, *especialmente* no art. 215 da Constituição Federal¹⁷⁸.

O conceito de cultura¹⁷⁹, na atual concepção, foi definido pela primeira vez no final do século XVIII por Edward Tylor, que sintetizou no vocábulo *culture* todos os meios de realização humana, além de impor à cultura o caráter de aprendizado em oposição à idéia de aquisição inata, aquela transmitida por mecanismos biológicos¹⁸⁰.

Locke, ao escrever o Ensaio acerca do entendimento humano (Livro I, cap. II, § 10), procurou demonstrar que a mente do homem nada mais é do que uma caixa vazia em razão do nascimento, dotada de capacidade de adquirir conhecimento, por meio de um processo chamado de *endoculturação*. Essas idéias foram de encontro à teoria do determinismo biológico, que entende que o homem já nasce com capacidades específicas, e iniciaram a fase do relativismo cultural, afirmando que cultura é um processo social¹⁸¹.

Para o antropólogo Laraia, o homem se diferencia dos animais em função de duas capacidades notáveis: a de comunicação oral e a de fabricação de instrumentos¹⁸², capazes de tornar mais eficiente o seu equipamento orgânico. Essas capacidades permitem a afirmação de que o homem é o único ser possuidor de cultura¹⁸³.

Não se pode afastar a importância do aparato biológico para o homem, responsável pela satisfação de funções vitais como respiração, reprodução, alimentação, sono, etc.. Não obstante essas funções sejam comuns a toda a humanidade, as diferentes formas de execução dessas atividades variam de uma

¹⁷⁸ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁹ Marés define cultura, no sentido antropológico, como “o elemento identificador das sociedades humanas e engloba tanto a língua na qual o povo se comunica, conta suas histórias e faz seus poemas, como a forma como prepara seus alimentos, o modo como se veste e as edificações que lhe servem de teto, como sua crenças, sua religião, o saber e o saber fazer as coisas, seu direito”. In: SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁰ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 19. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 25.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 26. A ciência não é pacífica nesse sentido.

¹⁸² A ciência não é pacífica nesse sentido.

¹⁸³ LARAIA, *op. cit.*, p. 28.

cultura para outra. Essa diversidade de maneiras que o homem possui para satisfazer as mesmas necessidades é o que o caracteriza como um ser predominantemente cultural. Os seus comportamentos não são predeterminados por herança genética, mas sim por um processo de aprendizagem cumulativo, pois, apesar da aquisição de um novo comportamento, conserva-se o antigo¹⁸⁴.

Cultura é tudo aquilo que é criado pelo homem. Não somente aquilo que é “construído”, mas também o “dado” que é valorado pelo homem como bem cultural¹⁸⁵.

Santos aponta duas concepções¹⁸⁶ para o conceito de cultura: uma de universalidade e outra de diversidade.

A primeira concepção parte da idéia de que cultura está associada a um dos campos do saber institucionalizado no Ocidente, o das humanidades. A cultura, neste sentido, é baseada em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos especialmente valorizados como patrimônio cultural universal¹⁸⁷.

A segunda concepção está relacionada à anterior mas incorpora a pluralidade cultural, *“definindo-as como totalidades complexas que se confundem com as sociedades, permitindo caracterizar modos de vida baseados em condições materiais e simbólicas”*. Para o teórico, esta definição estabelece uma graduação, um escalonamento de culturas, que iria do simples ao complexo, do primitivo ao civilizado¹⁸⁸.

Não obstante a ressaltada importância da preservação da cultura, o patrimônio cultural não abrange tudo o que integra a cultura, nem tudo o que se apresenta como obra exclusiva do homem. Tratar o termo como conceito aberto, ou indeterminado, não significa dizer que todos os bens dotados de “valor cultural” integram a categoria¹⁸⁹. Até porque, pelo que se verá no próximo subcapítulo, o bem cultural transformado em bem consumo nem sempre interessa à coletividade pelas suas qualidades intrínsecas, mas apenas pelo seu valor de mercado.

¹⁸⁴ LARAIA, *op. cit.*, p. 38-40.

¹⁸⁵ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁶ Ambas as concepções reproduzem a visão eurocêntrica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 27.

¹⁸⁷ SANTOS, *loc. cit.*

¹⁸⁸ SANTOS, **Reconhecer para libertar**, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁹ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 28-29.

A massificação social tem transformado a sociedade numa sociedade de consumo. A redução de todas as atividades humanas a objetos de consumo fez com que se passasse a exigir do Estado uma proteção coletiva a novas categorias de direitos – os coletivos, os difusos e os individuais homogêneos – e também novas formas de tutela. Altera-se à novamente a posição do juiz que, de acordo com o primeiro capítulo, assume uma co-responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais¹⁹⁰.

2.2 A CULTURA NA MODERNIDADE

Esta seção tem o propósito de demonstrar a importância da preservação do patrimônio cultural e do tema cultura, mas também como esse assunto está inserido no contexto sócio-econômico.

A discussão sobre cultura se intensifica num período que Santos denomina transição paradigmática. Não se irá aprofundar essa teorização. Essa abordagem é apenas uma maneira de situar o tema num contexto de transformação do pensamento social e científico.

O autor considera que as sociedades e as culturas contemporâneas estão no trânsito entre o paradigma da modernidade, cuja falência é cada vez mais visível, e um paradigma emergente, ainda difícil de identificar¹⁹¹.

Como característica mais significativa dessa transição para essa discussão, aponta-se a superação do conhecimento-regulação, baseado na ordem e na rejeição ao caos (ou seja, acredita-se que a relação causa e efeito é pré-determinada), pelo conhecimento-emancipação que refuta o colonialismo e privilegia a solidariedade como forma de conceber o outro não como um objeto, mas como sujeito em pé de igualdade.¹⁹²

Vive-se na transição de um paradigma caracterizado por uma sociedade patriarcal, pela produção capitalista, pelo consumo individualista e mercadorizado, pelo desenvolvimento global, desigual e excludente, para um novo paradigma, como já dito, baseado na revalorização da solidariedade. Dessa forma, intensificam-se as discussões em torno do tema cultura e no problema de como é

¹⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹¹ SANTOS, **A crítica da razão indolente**, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹² *Ibid.*, p. 29-30.

possível privilegiar ao mesmo tempo os valores igualdade e diferença¹⁹³. O Direito começa a ser visto não mais como um sistema completo e fechado em si mesmo, capaz de solucionar todos os conflitos oriundos das relações sociais e passa a reconhecer relações que até então eram relegadas pelo ordenamento.

Os teóricos do direito não ficaram insensíveis frente às mudanças apontadas. Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, entende-se um conjunto de críticas ao saber jurídico tradicional em suas premissas fundamentais, a saber: cientificidade, objetividade, neutralidade, estabilidade, completude¹⁹⁴.

A teoria crítica enfatiza que o direito surge como institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Sob o manto da justiça e da ordem encobre-se a dominação camuflada por uma linguagem neutra e natural. Contrariamente a isso, a teoria crítica propõe que a comunidade jurídica atue concretamente de maneira a não somente interpretar o mundo, mas transformá-lo¹⁹⁵.

Um dos principais fundamentos do pensamento crítico é a admissão de que o direito possa não estar integralmente na lei, podendo existir independentemente do Estado, da posituação ou do reconhecimento expresso. O aplicador deve buscar a justiça mesmo que não a encontre nos textos da lei. Além da completude, como já dito, a teoria crítica resiste à idéia de pureza do direito. O estudo do sistema normativo não pode se afastar da realidade (sociologia jurídica) e das bases que o legitimaram (filosofia jurídica). A interdisciplinaridade tem fecunda colaboração ao mundo jurídico¹⁹⁶.

No Brasil, o pensamento crítico trouxe grandes contribuições, no entanto, não foi um sucesso de público. Esta teoria trouxe algumas conseqüências problemáticas, dentre as quais, o abandono do direito como espaço de atuação das forças progressistas, menosprezando seu papel transformador e o desperdício do potencial interpretativo das normas em vigor. Apesar disso, não há como negar a sua influência positiva, no sentido de propiciar o surgimento de uma geração menos dogmática e mais contestadora¹⁹⁷.

¹⁹³ SANTOS, **A crítica da razão indolente**, *op. cit.*, p.16.

¹⁹⁴ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 231.

¹⁹⁵ BARROSO, *loc. cit.*

¹⁹⁶ BARROSO, *loc. cit.*.

¹⁹⁷ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 233-234.

Na Alemanha, uma das facetas da teoria crítica originou-se sob a denominação de Escola de Frankfurt, que questionava os postulados positivistas como a separação entre a ciência e a ética, bem como identificando duas modalidades de razão: a instrumental e a crítica¹⁹⁸. Para isso, fundaram o Instituto para Pesquisa Social, mais conhecido como Escola de Frankfurt. A teoria parte do princípio de uma crítica ao caráter positivista e empirista das ciências sociais, que aparentemente concebia a razão como processo emancipatório, mas que, ao contrário, era instrumento de dominação e repressão do homem, por meio da imposição excessiva de técnicas e procedimentos.

Atribui-se à Escola de Frankfurt a criação do conceito “indústria cultural”, formulado numa segunda fase do Instituto, quando da sua transferência para os Estados Unidos em razão da Segunda Guerra Mundial. Sob a influência da cultura americana, expressão máxima do capitalismo, pensadores como Adorno, Horkheimer e Benjamin escreveram obras nas quais propõem o conceito de arte reprodutível¹⁹⁹, demonstrando nesta um caráter estético que tem se constituído como elemento ideológico para a manutenção do status quo. Com a revolução tecnológico-industrial que possibilitou a reprodução em série das obras de arte, os bens culturais deixam de ser bens de consumo reservados a uma elite para se converterem em bens de consumo de massa. A obra de arte foi transformada em mercadoria. A cultura, inserida na lógica do mercado, passa a ter valor de troca. Essa falsa democratização da arte, baseada na produção em série e na homogeneização, recebeu de Adorno e Horkheimer o nome de “indústria cultural”²⁰⁰.

Este termo visa substituir a expressão “cultura de massa”, vez que seus defensores a interpretavam como uma cultura que surgia da espontaneidade das próprias massas. *“Para Adorno, que diverge frontalmente dessa interpretação, a indústria cultural, ao aspirar a integração vertical de seus consumidores, não apenas*

¹⁹⁸ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 232.

¹⁹⁹ “A obra de arte, por princípio, foi sempre suscetível de reprodução. O que alguns homens fizeram podia ser feito por outros. As técnicas de reprodução são, todavia, um fenômeno novo, de fato, que nasceu e se desenvolveu no curso da história. À mais perfeita reprodução falta sempre algo: o *hic et nunc* da obra de arte, que se constitui no que se chama de autenticidade. O que caracteriza a autenticidade de uma coisa é tudo aquilo que ela contém e é originalmente transmissível, desde sua duração material até seu poder de testemunho histórico. A presença física do original de uma obra de arte é requisito prévio que determina sua autenticidade”. In: BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 11-14.

²⁰⁰ FREITAG, *op. cit.*, p. 68-71.

*adapta seus produtos ao consumo das massas, mas, em larga escala, determina o próprio consumo*²⁰¹.

Então, em resumo, indústria cultural é o que se chama de exploração de bens culturais pelo mercado.

O grande trunfo da indústria cultural é a capacidade de criar ao homem necessidades, mas não as necessidades básicas para se viver e sim aquelas supérfluas que, em razão das manobras do mercado, parecem essenciais, vitais. Dessa forma, o consumo de bens passa a ser remédio de todas as insatisfações e frustrações do homem e, assim o campo de consumo se torna cada vez maior. *“Tal dominação, como diz Max Jimeenez, comentador de Adorno, tem sua mola motora no desejo de posse constantemente renovado pelo progresso técnico e científico, e sabiamente controlado pela indústria cultural”*²⁰².

Preponderante e atualmente, a arte não é tratada como um instrumento de emancipação e que proporciona a crítica, é tratada como mercadoria, como forma de induzir o consumidor a pensar a realidade de uma única maneira, como a lógica do sistema.

Ultrapassando de longe o teatro de ilusões, o filme não deixa mais à fantasia e ao pensamento dos espectadores nenhuma dimensão na qual estes possam, sem perder o fio, passear e divagar no quadro da obra fílmica permanecendo, no entanto, livres do controle de seus dados exatos, e é assim precisamente que o filme adentra o espectador entregue a ele para se identificar imediatamente com a realidade. Atualmente, a atrofia da imaginação e da espontaneidade do consumidor cultural não precisa ser reduzida a mecanismos psicológicos. Os próprios produtos (...) paralísam essas capacidade em virtude de sua própria constituição objetiva²⁰³.

Para Adorno, a obra de arte apresenta-se como a antítese da sociedade, é a única forma de salvação do homem, como ente autônomo e independente capaz de compreender a realidade sem interferências. Enquanto para a indústria cultural o homem é mero objeto de trabalho e consumo, na arte é um ser livre para pensar, sentir e agir; um ser consciente transformador da sua realidade²⁰⁴.

Adorno e Horkheimer exemplificam citando o episódio das sereias da epopéia de Homero, Odisséia. Advertido pela ninfa Circe que nenhum navegante

²⁰¹ ADORNO, Theodor W. **Adorno**: vida e obra. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1999, p. 8.

²⁰² *Ibid.*, p. 10.

²⁰³ HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. **Dialética do Esclarecimento**: Fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.119.

²⁰⁴ ADORNO, *op. cit.*, p. 11.

resiste aos encantos do canto das sereias, Ulisses trama um arдил que lhe permite escutar o canto e, no entanto, resistir a ele, isto é, não se lançar ao mar para alcançar as belas sereias e ser, finalmente, devorado por elas — pois, sucumbir à sedução das sereias acarreta, segundo a tradição, a morte. Ulisses se deixa, então, atar por laços estreitos ao mastro do seu navio, não podendo mais se mexer, enquanto seus companheiros, cada um com os ouvidos tapados por cera, remam vigorosamente, passam próximos da região encantada, mas não ouvem nada, nem o encanto do canto, nem as súplicas de Ulisses para ser libertado. Prosseguem, então, são e salvos, longe dos encantos e dos perigos. Ulisses seria assim, segundo a *Odisséia*, o primeiro mortal que consegue ouvir o canto das sereias e escapar vivo²⁰⁵.

A crítica se fundamenta no arдил usado por Ulisses. Enquanto ele para conhecer a beleza do canto das sereias é amarrado ao mastro do navio, seus comandados, para remarem vigorosamente e escaparem da sedução do encanto, têm seus ouvidos tapados com cera para não ouvirem. Segundo Duarte, estudioso de Adorno e Horkheimer, o fato é uma metáfora da arte e da cultura, pois elas se tornam artigos de luxo para o consumo de uma pequena minoria, que, no entanto, encontra-se de pés e mãos amarrados, e totalmente inacessíveis a imensa maioria. *“O patrimônio cultural encontra-se em exata relação com o trabalho”* e *“A regressão das massas hoje é a incapacidade de ouvir, o inaudito com seus próprios ouvidos, de poder tocar com suas próprias mãos o intocado”*²⁰⁶.

Esse episódio é uma metáfora que explica que na prática a razão emancipatória é subjugada pela razão instrumental. Ulisses torna-se prisioneiro de si próprio.

Alguns dados sobre a economia criativa²⁰⁷ dão idéia da proporção que esse mercado tomou, conforme o seguinte quadro:

²⁰⁵ DUARTE, Rodrigo. **Adorno/Horkheimer & Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 31-32.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 32.

²⁰⁷ Existe uma diferença significativa entre indústria cultural e economia criativa. *“É o ciclo que engloba a criação, produção e distribuição de produtos e serviços que usam o conhecimento, a criatividade e o ativo intelectual como principais recursos produtivos. É um dos setores mais dinâmicos do comércio internacional, gera crescimento, empregos, divisas, inclusão social e desenvolvimento humano.* (Unctad, 2005) Ver: MACHADO, Rosi Marques. **Da indústria cultural à economia criativa**. Disponível em <www.publique.rdc.puc-rio.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

Mercado da música	Em 2002, o mercado mundial de música foi liderado pelo USA, responsáveis por 39,8% das vendas, seguido pela Europa com 34,6% e Japão 14,8%.
	Asia compartilhou 17,7% com o mercado mundial de música e foi o terceiro maior operador, com o Japão sendo responsável por cerca de 80% das vendas na região.
	América Latina, na qual o segmento da música foi considerado o que mais cresceu na economia de entretenimentos global em meados da década de 90, teve somente 3,2% do mercado mundial em 2002.
Mercado da música	O mercado de música africana foi o menor da região, com somente US\$ 130.7 milhões em 2002, representando 0,4% do total das vendas globais. Entretanto, a base para avaliar o tamanho do mercado africano parece questionável porque os dados sobre as vendas de gravação foram disponíveis apenas para dois países.
Receitas sobre os direitos autorais	As sociedades administradoras dos direitos autorais recolheram US\$ 6.8 bilhões em 2002 em royalties. Sociedades europeias sozinhas recolheram quase US\$ 3.8 bilhões, os quais representam 57% do mundo, enquanto a América do Norte e a Pacífico do obtiveram 25% e 17% respectivamente do total dos pagamentos por direitos autorais. América Latina e países africanos foram negligenciados e alcançaram menos de 3% do pagamento total.

QUADRO 1 – DADOS SOBRE O MERCADO DA MÚSICA

Fonte: Unesco Institute Statistics. **Internacional flows of selected cultural goods and services**. Disponível em: <www.uis.unesco.org>. Acesso em: 02 ago. 2009, p. 39.

O professor argentino Néstor Canclini, diretor do programa de estudos sobre cultura urbana na Universidade Autônoma Metropolitana do México, dispõe de alguns dados interessantes²⁰⁸:

- Indústria audiovisual: maior exportadora dos Estados Unidos. Fatura 60 bilhões de dólares por ano;
- Música: 6 empresas transnacionais tomaram conta de 96% do mercado mundial de música. Compraram pequenas gravadoras e editoras em países latino-americanos, africanos e asiáticos.
- Cinema: 85% dos filmes exibidos em todo o planeta brotam de Hollywood.

²⁰⁸ CANCLINI *apud* SIMONETTI, Eliana Giannella. **A criatividade é capaz de movimentar a economia, reduzir desigualdades e fortalecer a auto-estima das pessoas**. Disponível em <<http://economiadacultura.blogspot.com/2007/06/cultura-x-pobreza.html>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

Em todo o planeta os países estão se movimentando para proteger sua produção criativa e estimular seu crescimento. Não numa tentativa de proteger as culturais locais, mas como meio de aumentar o mercado, criando novas necessidades.

Na França, 40% das músicas tocadas pelas emissoras de rádio têm de ser em idioma francês. Com todo o investimento, incluindo financiamentos, o volume de vendas saltou de 1,5 milhão de CDs em 1992 para mais de 39 milhões em 2000²⁰⁹.

No Brasil, leis no âmbito federal e estadual foram editadas a fim de disciplinar incentivos fiscais à cultura.

TABELA 2 – Números nacionais da lei de incentivo à cultura²¹⁰

1996 – R\$ 111,3 milhões	2001 – R\$ 366,7 milhões
1997 – R\$ 207,8 milhões	2002 – R\$ 343 milhões
1998 – R\$ 230,9 milhões	2003 – R\$ 427,3 milhões
1999 – R\$ 212,1 milhões	2004 – R\$ 468,3 milhões
2000 – R\$ 286,9 milhões	

Fonte: Ministério da Cultura. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/site/2005/03/15/lei-rouanet-6/>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

Como se vê, a cultura perdeu seu caráter emancipatório para tornar-se indústria, mercado. O patrimônio cultural adquire, dessa forma, dupla função, a de proporcionar conhecimento e lazer e a de mercadoria, produto criado, produzido e distribuído para ser consumido. Em razão disso deve o Judiciário, ao atuar no sentido de proteger os bens culturais, fazer uma reflexão profunda para verificar se o bem é cultural por representar o interesse da comunidade, ou porque ele aderiu a lógica da indústria cultural e passou a ser economicamente viável.

A produção do objeto cultural não é tão simples quanto parece. Ele veste uma roupagem para se tornar mais atraente. A obra de arte não é exposta pura e simplesmente como idealizou ser criador, ela precisa de “valorização”.

²⁰⁹ SIMONETTI, Eliana Giannella. **Cultura e riqueza**. Disponível em: <<http://culturadigitalartetexto.blogspot.com>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

²¹⁰ A Lei Federal de Incentivo à Cultura (Lei nº 8.313/91) é conhecida como Lei Rouanet, pois é resultado de projeto submetido pelo então Secretário de Cultura do Governo Collor, Sérgio Paulo Rouanet. Ela foi aprovada em dezembro de 1991 e dá base a toda política de incentivos praticada hoje no Brasil. In Ministério da Cultura. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/site/2005/03/15/lei-rouanet-6/>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

Essa palavra mágica, que segundo Choay deveria nos tranquilizar, é um termo ambíguo: se por um lado, remete a valores intrínsecos do bem cultural reconhecidos pela sociedade, por outro, contém a noção de mais-valia. É verdade que se trata de mais-valia de interesse, de encanto, de beleza, mas também de capacidade de atrair, cujas conotações econômicas nem é preciso salientar²¹¹.

O patrimônio, mais notadamente o que se está discutindo - o edificado – transforma-se em *mise-en-scène*. Trata-se de apresentar o monumento como um espetáculo, de mostrá-lo sob o ângulo mais favorável²¹².

Uma *mise-en-scène* também inclui o jogo de som e luz. O som, música e discurso atuam sobre o espectador, não sobre o monumento. É o público que deve ser o alvo de sua influência e a quem ele pretende dis-trair e di-vertir²¹³.

Em razão do que Choay chama de animação cultural, é muito difícil para o espectador poder dialogar com a obra de arte sem interferência e sem intérpretes. Os comentários e a ilustração anedóticos ou, mais exatamente, a tagarelice sobre as obras, alimentam a passividade do público, dissuadindo-o de olhar ou de decifrar com os próprios olhos o significado da obra²¹⁴. O visitante é geralmente inundado de informações, como áudios, guias, placas e por muitas vezes perde a oportunidade de degustar a obra, pelo simples prazer de vê-la. É coibido a introjetar um significado já preparado, sem poder avaliar a obra segundo as suas próprias experiências. Não existe diálogo entre a obra e o observador. O visitante é persuadido a prezar pelo volume das informações, do conhecimento e não pela qualidade.

Uma nova tendência, aponta Choay, é a modernização, um procedimento novo que despreza o respeito ao patrimônio histórico e insere o presente no passado, mas sob a forma de um objeto construído, e não de um espetáculo. Modernizar, no sentido que propõe a autora, não é deixar novo, mas inserir elementos presentes nos edifícios antigos. O objetivo seria que o atual elemento revitalizasse, chamasse a atenção do público para o antigo, originando um diálogo. É um procedimento arriscado, mas que em algumas circunstâncias tiveram um resultado agradável, como é o caso das pirâmides do Louvre²¹⁵.

²¹¹ CHOAY, *op. cit.*, p. 212.

²¹² *Ibid.*, p. 215.

²¹³ CHOAY, *loc. cit.*

²¹⁴ *Ibid.*, p. 216.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 218.



FIGURA 1 - AS PIRÂMIDES DO LOUVRE

Fonte: A autora

As edificações históricas, vistas como fontes geradoras de dinheiro, devem, cada vez, ter seu acesso facilitado. O monumento deve estar sempre à mão dos indivíduos e dos veículos²¹⁶. Quem não conhece as pirâmides do Egito, ou o Coliseu de Roma, não imaginam que esses monumentos se situam no “centro da cidade”.

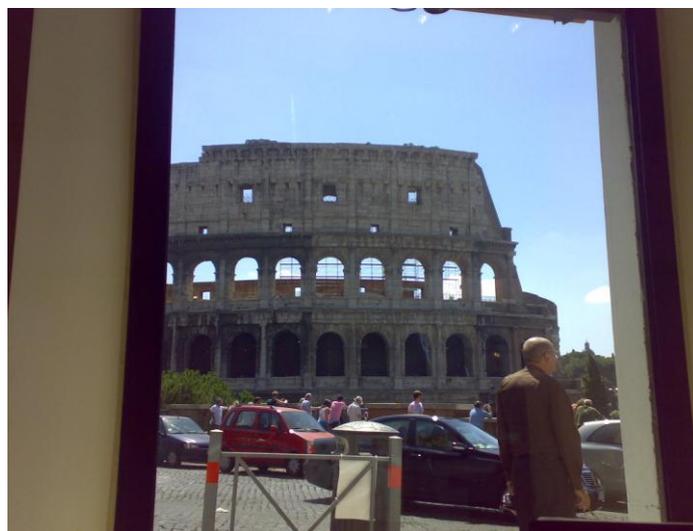


FIGURA 2 – VISTA DO COLISEU DE UM BISTRÔ

Fonte: A autora

²¹⁶ CHOAY, *op. cit.*, p. 218.

O empreendimento cultural traz efeitos secundários, em geral, perversos. A "roupagem" que se dá ao patrimônio histórico urbano tendo em vista seu consumo cultural, assim como o fato de ser alvo de investimentos do mercado imobiliário de prestígio, tende a excluir dele as populações locais ou não privilegiadas e, com elas, suas atividades tradicionais e modestamente cotidianas. Além disso, por não estar mais protegido pela distância de seu isolamento, o patrimônio histórico está ameaçado de destruição pelo fluxo excessivo de visitantes e pela necessidade cada vez mais intensa de manutenção e restauração ²¹⁷.



FIGURA 3 – PIAZZA DI SPAGNA NO VERÃO DE ROMA

Fonte: A autora



FIGURA 4 – PLACA INDICATIVA NO CENTRO DE ROMA

Fonte: A autora

²¹⁷ CHOAY, *op. cit.*, p. 226-230.

No interior deste discurso de consumismo cultural global, as diferenças e distinções culturais que definem a identidade de cada povo, reduzem-se a uma espécie de linguagem transfronteiriça, universal ou moeda global, o que causa, como uma das conseqüências, a chamada homogeneização cultural²¹⁸.

Para, ao mesmo tempo, diferenciar os bens culturais daqueles que possuem meramente valor de mercado e preservar aqueles que realmente mereçam essa proteção, deve o julgador ter consciência da realidade sócio-cultural da sociedade brasileira que é inegavelmente multicultural. Ciente dessa realidade deve o juiz ao analisar a representatividade de um bem para determinada comunidade garantir a proposta do projeto multiculturalista, como forma de conciliar a igualdade e a diferença.

Santos é um dos maiores estudiosos e teóricos deste tema polêmico da modernidade²¹⁹, o multiculturalismo.

O conceito de multiculturalismo é bastante polêmico.

Multiculturalismo é um termo que procura mediar as tensões entre igualdade e diferença; entre a exigência de se reconhecer a diferença e a necessidade de uma redistribuição da riqueza que permita a igualdade²²⁰.

Para conciliar o direito à diferença e à igualdade, sem que um anule o outro, Santos propõe a aplicação rigorosa de um imperativo categórico: *“temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”*. Propõe assim o conceito de universalismo útil como uma política capaz de defender uma aplicação generalista das leis e, simultaneamente, uma proteção jurídica dirigida a um grupo tendencialmente excluído²²¹.

²¹⁸ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 12.

²¹⁹ A modernidade, no livro “A crítica da razão indolente” de Boaventura, é simultaneamente menos e mais do que convencionalmente se dizia. *“É menos porque a modernidade é entendida como modernidade ocidental. Não se trata de um paradigma sócio-cultural global ou universal, mas sim de um paradigma local que se globalizou com êxito, um localismo globalizado. Mas, por outro lado, a modernidade é mais do que o que cabe na definição que convencionalmente se tem dela. As tradições e as dimensões da modernidade ocidental excedem em muito o que acabou por ser consagrado no cânone moderno. A constituição do cânone foi, em parte, um processo de marginalização, supressão e subversão de epistemologias, tradições, culturas e opções sociais e políticas alternativas em relação às que foram nele incluídas”*. In: SANTOS, **Reconhecer para libertar**, *op. cit.*, p. 18.

²²⁰ SANTOS, **Reconhecer para libertar**, *op. cit.*, p. 25.

²²¹ *Ibid.*, p. 33.

Atualmente, um exemplo da aplicação do universalismo útil que se pode descrever são as políticas de discriminação positiva. Visam a inserção dos excluídos nos setores em que são carentes por meio de práticas desiguais, mas cujo objetivo é igualizar.

O conceito de multiculturalismo aponta, ao mesmo tempo, para a descrição de uma realidade social e para um projeto.

Enquanto descrição é possível falar de²²²:

- 1) Somatório das diversas culturas no mundo;
- 2) A co-existência de culturas diversas no espaço de um mesmo Estado-nação;
- 3) A existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como além do Estado-nação.

Inúmeras são as críticas conservadoras ao multiculturalismo. Santos aborda algumas²²³:

- a) multiculturalismo promoveria a desunião e a divisão, fragmentando a sociedade e ameaçando a coesão e unidade de objetivos da nação;
- b) O multiculturalismo seria uma “terapia para minorias”, destinada a promover a auto-estima destas em face de sua manifesta incapacidade de desempenho adequado no sistema educativo e na sociedade;
- c) O multiculturalismo seria um “novo puritanismo”, apoiado em um policiamento da linguagem e na imposição totalitária de uma linguagem “politicamente correta”.
- d) O conceito de multiculturalismo é um conceito eurocêntrico criado para descrever a diversidade cultural existente dentro de um mesmo território e para lidar com a situação resultante do afluxo de imigrantes vindos do Sul para um espaço europeu sem fronteiras internas;

²²² SANTOS, **Reconhecer para libertar**, *op. cit.*, p. 28.

²²³ *Ibid.*, p. 29-31.

e) O multiculturalismo seria a expressão por excelência da lógica do capitalismo multinacional ou global e uma forma de racismo, porque impõe ao outro a sua cultura, como superior, ao passo que não reconhece a do outro;

f) O multiculturalismo tende a ser “descritivo” e “apolítico”, elidindo o problema das relações de poder, da exploração, das desigualdades e exclusões. O apelo à noção de “tolerância” não exige um envolvimento ativo com os “outros” e reforça o sentimento de superioridade de quem fala de um autodesignado lugar da universalidade;

No entanto, Santos tem uma visão otimista sobre a questão multicultural, depende do enfoque a ser dado e da prática social, não significando que as críticas apontadas tenham desaparecido. Visto como projeto, o termo multiculturalismo generalizou-se como modo de designar as diferenças culturais em um contexto transnacional e global. A expressão pode estar relacionadas a projetos emancipatórios ou de regulação de condutas sociais, irá depender dos interesses que estão em jogo²²⁴.

A discussão sobre multiculturalismo inverte os pólos da Revolução Francesa, que buscava a igualdade entre os homens. Tem-se percebido que para a garantia de uma igualdade material e não meramente a decorrente de lei, é preciso assegurar o reconhecimento do direito à diferença, ou seja, aplicar um tratamento desigual, na medida das desigualdades existentes.

Segundo a lógica do sistema atual, as reivindicações propostas pelo projeto multicultural somente são inteligíveis na linguagem do Estado Moderno. Fruto do sistema capitalista, o Estado Moderno tende a, pela prática da igualdade formal, enquadrar os sujeitos de direito ao regramento institucional. Uma das dificuldades encontrada para a formulação dessas reivindicações pelos diversos grupos culturais é a questão da legitimidade processual. Somente o indivíduo (pessoa física ou jurídica) poderia propor ações. O sistema jurídico começa a reconhecer o sujeito coletivo como ente legitimado perante o Estado.

²²⁴ SANTOS, **Reconhecer para libertar**, *op. cit.*, p. 33.

A viabilidade de políticas multiculturais propõe respostas adequadas a dois tipos de problemas que as transformações do capitalismo global apresentam para as lutas emancipatórias²²⁵:

- 1) a multidimensionalidade das formas de opressão e de dominação suscita formas de resistência e de luta que mobilizam atores coletivos, vocabulários e recursos diferentes e nem sempre mutuamente inteligíveis;
- 2) tendo a maior parte dessas lutas uma origem local, a sua legitimação e a sua eficácia dependem da capacidade de atores coletivos e movimentos sociais de forjar alianças translocais e globais, que também elas pressupõem a inteligibilidade mútua.

A resposta a esses problemas passa por uma teoria da tradução, capaz de permitir a articulação de lutas conduzidas a partir de experiências distintas e com recursos diferentes (seria identificar o que une e é comum a entidades que estão separadas pelas suas diferenças recíprocas). A defesa da diferença cultural, da identidade coletiva, da autonomia ou da autodeterminação podem, assim, assumir a forma de luta pela igualdade de acesso a direitos ou a recursos, pelo reconhecimento e exercício efetivo de direitos de cidadania ou pela exigência de justiça²²⁶.

Por fim, uma última questão a ser levantada é em que condições os direitos humanos podem ser colocados a serviço de uma política progressista e emancipatória. Santos argumenta que os direitos humanos podem ser concebidos e praticados como forma de localismo globalizado (consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso; cultura local que influencia o globo – ex: língua inglesa, fast food, etc) ou globalismo localizado (consiste no impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais – ex: criação de zonas de livre comércio, desmatamento e destruição maciça dos recursos naturais para pagamento de dívida externa, conversão da agricultura de subsistência em agricultura de exportação – agronegócio) ou como forma de cosmopolitismo (conjunto vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e

²²⁵ SANTOS, **Reconhecer para libertar**, *op. cit.*, p. 40.

²²⁶ *Ibid.*, p. 40 e 43.

organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação social e a destruição ambiental produzidas pela globalização de-cima-para-baixo. Ex: Fórum Social Mundial)²²⁷.

Os direitos humanos concebidos de maneira universal tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. Para isso algumas condições se fazem necessárias, como²²⁸:

- 1) o reconhecimento da incompletude cultural e a conseqüente abertura ao diálogo intercultural;
- 2) das diferentes versões de uma dada cultura deve ser escolhida para o diálogo intercultural a que se representa o círculo de reciprocidade mais amplo, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro;
- 3) cabe a cada comunidade cultural decidir quando está pronta para o diálogo intercultural;
- 4) sempre que uma dada comunidade cultural decide envolver-se em um diálogo intercultural não o faz indiscriminadamente, com qualquer outra comunidade cultural ou para discutir qualquer tipo de questões. O requisito de que tanto os parceiros quanto os temas de diálogo não podem ser unilateralmente impostos e devem ser frutos de acordos mútuos é talvez a condição mais exigente da hermenêutica diatópica.

Segundo Santos, a hermenêutica diatópica pressupõe que temos o direito a ser iguais na medida em que a desigualdade nos inferioriza, enquanto temos o direito a ser diferentes, quando a igualdade nos descaracteriza²²⁹. Uma das formas de concretizar o projeto multicultural, é garantir às diversas coletividades a proteção dos seus patrimônios culturais.

²²⁷ SANTOS, **Reconhecer para libertar**, *op. cit.*, p. 435-436.

²²⁸ *Ibid.*, p. 455-457.

²²⁹ *Ibid.*, p. 458.

2.3 BENS CULTURAIS

Os bens culturais estão expressamente previstos nos arts. 215 e 216 da CF²³⁰, no artigo 1º do Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937²³¹ e na Convenção relativa à proteção do patrimônio mundial natural e cultural, de 1972.

²³⁰ **Art. 215.** O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional.

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

§ 1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

²³¹ **Art. 1º** - Constitui o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da História do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º - Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta Lei.

§ 2º - Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Cumprido ressaltar que, em todo trabalho, utilizam-se as expressões patrimônio cultural e bens culturais como sinônimos, não obstante, como já referido, a idéia de patrimônio ser um conjunto dos bens²³².

Da definição de bem cultural dada pelo citado art. 1º, ressalta-se uma questão fundamental: os conceitos jurídicos indeterminados “excepcional valor” e “feição notável”.

Ao longo desses anos vem se tentando estabelecer parâmetros para se determinar de maneira objetiva quais casos se enquadrariam na hipótese legal. No entanto, não se chegou a conclusão alguma, uma vez que não há como se estabelecer critérios absolutos quando a questão discutida é cultura. Dessa forma, o legislador não poderia ter tomado outra atitude quando não determinou o conceito do que fosse bem de valor histórico ou artístico de valor excepcional ou paisagens de beleza notável. Acertadamente, deixou em aberto para que o órgão competente para proceder ao tombamento – o Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico – analisasse caso a caso²³³.

No âmbito internacional, esta também é a noção de patrimônio cultural nacional aceita pela Convenção relativa à proteção do patrimônio mundial cultural e natural, de 1972, da Unesco, que o define como o patrimônio nacional de cada Estado. Para a Convenção, a dominialidade se determina pela localização do bem, e não pelo seu autor²³⁴.

Vários são os significados que a palavra patrimônio assume do ponto de vista jurídico, econômico e contábil. O atual Código Civil, no seu artigo 91,

²³² MARCHESAN, *op. cit.*, p. 40.

²³³ CASTRO, Sônia Rabello de. Tombamento e a proteção aos bens culturais. In PESSOA, Álvaro. (Coord.). **Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos e Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981, p. 179.

²³⁴ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 46.

Artigo 1.º - Para fins da presente Convenção serão considerados como patrimônio cultural: os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos, que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; os lugares notáveis: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como as zonas, inclusive lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Artigo 6.º - 1 - Respeitando plenamente a soberania dos Estados em cujo território esteja situado o patrimônio cultural e natural mencionado nos Artigos 1 e 2, e sem prejuízo dos direitos reais previstos pela legislação nacional sobre tal patrimônio, os Estados Partes na presente Convenção reconhecem que esse constitui um patrimônio universal em cuja proteção a comunidade internacional inteira tem o dever de cooperar.

define-o como o conjunto de relações jurídicas que têm valor econômico para uma pessoa. No entanto, para que os bens culturais formem um patrimônio, não precisam nem ter valor econômico, nem pertencerem a um mesmo titular²³⁵. Estes bens têm características de estarem vinculados a fatos da história ou terem excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico, artístico ou, ainda, serem portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (DL 25/37, art. 1º e CF/88, art. 216). O conjunto destes bens, individuados, forma o patrimônio cultural, seja do Município, do Estado, da Nação ou da Humanidade.²³⁶

A noção de valor que se entalha com o símbolo patrimônio ambiental é deveras poderosa e oferta uma leitura que não se enquadra em rígidos e limitados aspectos econômicos. Por outro rumo, aproveita-se a noção clássica que envolve o conceito civilista e que compreende o patrimônio como um complexo de direitos e obrigações²³⁷.

Não há, ainda, a possibilidade do reconhecimento de patrimônios culturais locais, ou seja, de bens de comunidades que se diferenciam territorialmente da menor partícula do Estado, o Município. Os povos indígenas são um exemplo. A dificuldade está na impossibilidade de se reconhecer à determinada comunidade a exclusividade sobre esses bens, haja vista que o patrimônio cultural possui titularidade difusa, como será visto²³⁸.

Em razão das suas qualidades intrínsecas, os bens ambientais se revestem de um interesse que os fazem diferentes, independentemente de serem públicos ou privados. Tendo em vista o interesse público neles existentes, graças ao reconhecimento da sociedade de que o bem cultural deve ser preservado, os direitos sobre esses bens são exercidos com certas restrições²³⁹.

Essa nova relação jurídica estabelecida com o Estado e os particulares criou uma nova categoria de bens que alguns autores chamam de *bens de interesse público* ou segundo Souza Filho, *bens socioambientais*. Essa nova natureza jurídica definida pela doutrina não transforma esses bens em públicos, uma

²³⁵ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 47.

²³⁶ *Ibid.*, p. 35.

²³⁷ SILVA, José Robson da. **Patrimônio Biocêntrico**: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental, p. 237.

²³⁸ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 46-47.

²³⁹ *Ibid.*, p. 22.

vez que o Estado não teria condições financeiras, nem interesse em desapropriar um bem cada vez que fosse reconhecido nele valor cultural²⁴⁰.

A limitação imposta aos bens socioambientais difere da limitação geral imposta aos simples bens privados. Enquanto para os bens privados produz obrigações pessoais aos proprietários que devem respeitar a função social da propriedade, para os bens socioambientais gera direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo a sociedade como um todo e, principalmente, o Poder Público. Tratando-se a propriedade de um direito complexo²⁴¹, como salienta Gomes, a limitação imposta ao proprietário não está no usar, gozar e reivindicar a coisa, mas sim no livre dispor, pois proíbe o proprietário de deixar que o bem se deteriore. É assim porque um bem, ao adquirir a qualidade de cultural, passa a interessar não somente ao proprietário, mas a toda uma sociedade que vê nele a sua identidade. Cria-se sobre ele um direito difuso²⁴².

Não se pode esquecer que além dos direitos que a sociedade adquire em relação ao bem cultural, como a visualização, a informação e o direito de exigir do Poder Público que o conserve, passa também a ter obrigações que estão intimamente ligadas a proteção do bem, sendo que qualquer agressão a ele constitui crime²⁴³, segundo a Lei 9605/98.

Dessa forma conclui Souza Filho:

Em conclusão, o bem cultural – histórico ou artístico – faz parte de uma nova categoria de bens, junto com os demais ambientais, que não se coloca em oposição aos conceitos de privado e público, nem altera a dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou importância ambiental – este sempre público ou privado –, se agrega um novo bem, imaterial, cujo titular não é o mesmo sujeito do bem material, mas toda a comunidade. Este novo bem que surge da soma dos dois, isto é, do material e do imaterial, ainda não batizado pelo Direito, vem sendo chamado de bem de interesse público, e tem uma titularidade difusa, e talvez outro nome lhe caiba melhor, como bem socioambiental, porque sempre tem que ter qualidade ambiental humanamente referenciada.²⁴⁴

²⁴⁰ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 22-24.

²⁴¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 84.

²⁴² SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 23.

²⁴³ SOUZA FILHO, *loc. cit.*

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 24-25.

É por isso que o autor entende que sobre o bem cultural agrega-se uma nova função social da propriedade, que está na proporção de sua proteção. *“Em qualquer caso, cumprirá função social só pela sua existência incólume”*.²⁴⁵

O conceito de patrimônio cultural utilizado nesse trabalho será baseado nos conceitos construídos por Marchesan e Choay.

Marchesan indica três subcategorias que melhor distinguiriam um bem comum de um cultural, que seriam: 1) a nação; 2) o testemunho; 3) a referência²⁴⁶.

NAÇÃO. A autora aponta a Nação como categoria-chave do sentido ontológico de patrimônio cultural. Entende-se temerária a designação desta categoria como regra geral.

O conceito de Nação ainda é amplamente debatido e problemático. Bobbio descreve Nação, um dos conceitos concebidos e talvez o mais comum, como um *“grupo de pessoas unidas por laços naturais e, portanto, eternos e que, por causa destes laços, se torna a base necessária para a organização do poder sob a forma de Estado nacional”*²⁴⁷. Ou seja, partindo dessa definição, Bobbio distingue Estado e Nação.

Vários outros juristas também aceitam a diferenciação entre Estado e Nação. Dallari é um deles e têm como referencial o sociólogo alemão Ferdinand Tönnies, quando reconhece na primeira categoria uma sociedade, e na segunda, comunidade. As sociedades se formam por ato de vontade, não se exigindo que os seus membros tenham afinidades espirituais ou psicológicas, enquanto as comunidades existem independentemente da vontade, como disse Bobbio, são frutos de laços naturais, eternos²⁴⁸.

Supõe que *Gemeinschaft* repouse sobre laços de sangue e de parentesco, sobre associações com a terra, e laços de lugar, de amizade, de sentimentos partilhados e crenças em comum. O protótipo da *Gemeinschaft* é a família, da qual surgiram formas comunais de associação que se estenderam, como a aldeia e a vizinhança, a fazenda familiar, o tipo antigo de paróquia e a guilda mais ou menos hereditária. A unidade de tais grupos existem anteriormente a seus membros atuais, que recebem a forma comunal e seus valores pela tradição, como um modo de vida já dado. Em contraste com esses laços de parentesco e amizade, supõe-se a

²⁴⁵ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 28.

²⁴⁶ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 7 ed. Brasília: UnB, 1995. v. 2, p.796.

²⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133-134.

Gesellschaft como a construção artificial de um agregado de seres humanos. O protótipo da Gesellschaft, então, é a coleção atômica, e sua forma básica é contratual. Se a base da Gemeinschaft é a tradição e a afetividade pessoal, a marca da Gesellschaft é o contrato explícito ou implícito, as relações funcionais impessoais e o propósito especial declarado. Nenhum grupo social real precisa ser puramente de um ou de outro tipo, mas a distinção de Tönnies aponta para duas amplas tendências que operam no moderno grupamento social: por um lado, em direção ao que é comum e dado, e, por outro, em direção ao que é individual e construído ou conseguido²⁴⁹.

Dessa maneira, percebe-se que Nação representa unidade de laços, de referências, de identidades, de culturas em âmbito nacional. A Nação, como bem salienta Bobbio, é um projeto político que visa a unificação em seu território de língua, cultura e tradições. Para denunciar o caráter de intolerância do conceito de Nação na prática da política jacobina, o abade Barruel utiliza em 1798, pela primeira vez, a expressão nacionalismo: *“o nacionalismo ocupou o lugar do amor... Foi, assim, permitido desprezar os estrangeiros, enganá-los e ofendê-los. Essa virtude foi chamada de patriotismo”*.²⁵⁰

Ainda que o Brasil seja considerado uma Nação, somos um país multicultural. As tradições dos nordestinos não se assemelham com as tradições dos sulistas e aí por diante. Os laços que ligam o Nordeste ao Sul, pode-se dizer, são basicamente territoriais e não culturais. Assim, no âmbito de uma Nação, é possível encontrar várias comunidades. Os bens culturais que são referências a determinadas comunidades (como a nordestina), não são a outras (como a sulina).

A idéia de Nação como categoria-chave parece restringir o âmbito de alcance da cultura transformada em patrimônio. Esferas menores como os Estados-membros e os Municípios também possuem patrimônio cultural que pode não ser referência para a Nação brasileira. Comunidades locais também possuem patrimônio cultural, mesmo que não protegidas pelo Estado, visto serem inferiores à unidade política do Município. Portanto, compreende-se que a autora não quis restringir o conceito de patrimônio cultural, entretanto, em razão da dificuldade de definição da categoria Nação, é um tanto quanto temerária a sua utilização para definição de patrimônio cultural.

Choay utiliza a categoria comunidade para explicar o conceito material de patrimônio histórico. Para a autora, patrimônio histórico designa um

²⁴⁹ MIRANDA, Orlando de. **Para ler Ferdinand Tönnies**. Disponível em <www.books.google.com.br>. Acesso em: 17 set. 2009, p. 177-178.

²⁵⁰ BOBBIO, **Dicionário de Política**, *op. cit.*, p.799 e 803.

fundo destinado ao usufruto de um comunidade alargada a dimensões planetárias e constituídos pela acumulação contínua de objetos que congregam pertences comuns ao passado²⁵¹.

O conceito de comunidade pode ser aplicado a um povoamento, uma aldeia, uma cidade, uma tribo ou uma nação. É uma área de vida social assinalada por certo grau de coesão social; uma área de vida em comum. São bases da comunidade a localidade e o sentimento de comunidade. Toda comunidade sempre ocupa uma área territorial. Mesmo as nômades, por exemplo, tem uma habitação local, muito embora sujeita a mudanças²⁵².

Em síntese, comunidade é um grupo territorial de indivíduos com relações recíprocas, que se serve de meios comuns para lograr fins comuns: culturas comuns, experiências comuns²⁵³.

Nesse sentido, a categoria comunidade se enquadra melhor na definição de patrimônio cultural.

TESTEMUNHO. Em função da idéia metafísica de testemunho a noção de "excepcionalidade", inscrita no art. 1º do Decreto-Lei 25/37, tem sido constantemente reelaborada²⁵⁴.

A expressão patrimônio cultural não abarca somente bens dotados de originalidade ou singularidade, não somente o construído material, mas toda e qualquer forma de tradição, costume, seja tangível ou intangível, que evoque identidade e testemunhe valores relevantes para determinada comunidade. Dessa forma, a excepcionalidade estaria mais relacionada à eloquência do testemunho, à força de sua expressão, do que à sua raridade²⁵⁵.

A noção de testemunho aparece conectada ao passado. Não que bens frutos do presente não possam ser considerados patrimônio, mas regra geral o termo patrimônio remete à idéia de herança de algo "construído" pelos antepassados. Esse distanciamento temporal é a linha tênue que separa cultura e patrimônio cultural²⁵⁶.

²⁵¹ CHOAY, *op. cit.*, p. 11.

²⁵² MACIVER, R. M.; PAGE, Charles H. **Society: An Introductory Analysis**, p. 5-15. In FERNANDES, Florestan. **Comunidade e sociedade**. São Paulo: EDUSP, 1973, p. 122-124.

²⁵³ FICHTER, H. **Sociologia**, p. 164-165. In FERNANDES, Florestan. **Comunidade e sociedade**. São Paulo: EDUSP, 1973, p. 154.

²⁵⁴ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 48-49.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 49.

²⁵⁶ MARCHESAN, *loc. cit.*

REFERÊNCIA. Por fim, além de ser testemunho do passado, o bem cultural deve ser referência para a construção do futuro. “*Essa constante irrigação entre passado, presente e futuro propicia o fluir civilizatório que terá condições de ser melhor planejado se puder contar com um acervo significativo dos tempos que se foram*”²⁵⁷.

Da reunião dos três elementos, pode-se concluir que patrimônio cultural é o conjunto de bens, práticas sociais, criações, materiais ou imateriais de determinada **comunidade** e que, por sua peculiar condição de estabelecer diálogos temporais e espaciais relacionados aquela cultura, serve de **testemunho** e de **referência** às gerações presentes e futuras, e constitui valor de pertença pública, merecedor de proteção jurídica e fática por parte do Estado²⁵⁸.

2.4 INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS BENS CULTURAIS

Não obstante as evidências históricas de práticas preservacionistas na Itália e na Inglaterra, a idéia de conservação real do patrimônio cultural se desenvolveu vigorosamente no Século das Luzes, mais precisamente sob a influência da Revolução Francesa. Anteriormente a esse período, o que existia basicamente era a preservação do patrimônio por intermédio de livros ilustrados com gravuras, conhecida como conservação iconográfica²⁵⁹.

Em 02 de outubro de 1789, a Assembléia Nacional Constituinte da França editou um dos primeiros atos jurídicos o qual colocou a disposição da nação os bens do clero, visto que os monumentos históricos considerados mais valiosos eram as igrejas. Em seguida vieram o dos emigrados, depois os da Coroa²⁶⁰.

Se por um lado a França foi pioneira em criar instrumentos de proteção ao patrimônio cultural²⁶¹, de outro houve uma destruição ideológica de uma parte desses bens, especialmente na fase do “Terror” da Revolução²⁶².

A fim de minimizar os efeitos da Revolução, foi criada uma comissão “dos Monumentos”, por sugestão de Honoré Gabriel Riqueti de Mirabeau e Charles-

²⁵⁷ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 49

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 50.

²⁵⁹ CHOAY, *op. cit.*, p. 90-97.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 98.

²⁶¹ Obviamente, o confisco não se deu para proteger o patrimônio. A verdadeira intenção não será discutida nessa pesquisa.

²⁶² CHOAY, *op. cit.*, p. 97.

Maurice de Talleyrand-Périgord, para preparar um inventário da herança patrimonial francesa e definir regras de gestão. Primeiro, seria procedido o tombamento das diferentes categorias dos bens recuperados pelo Estado, para em seguida estabelecer o estado em que se encontravam os bens inventariados. Por fim, esses bens foram postos “fora de circulação”, provisoriamente, seja reunindo-os em um depósito, seja pela aposição de selos²⁶³.

Ocorre que a guarda desses bens era um problema para o governo revolucionário, que acabou, muitas vezes, optando pela venda de alguns a particulares, decretando a fundição das pratarias e dos relicários e transformando em peças de artilharia as armações de telhado de chumbo ou de bronze das catedrais (Amiens, Beauvais, Chartres, Estraburgo), de basílicas (Saint-Denis) e de igrejas (Saint-Gervais, Saint-Sulpice, Saint-Louis-des-Invalides em Paris)²⁶⁴.

Um mês depois ao decreto de fundição, sucede uma série de atos que atenuam essas medidas. Nele constam critérios para motivar a conservação de bens condenados. Dentre esses critérios, que podem ser considerados como precursores da conservação reacional, figuram “*o interesse para a história, a beleza do trabalho, o valor pedagógico para a arte e as técnicas*”, que figura como definição implícita do patrimônio histórico²⁶⁵.

No Brasil, o histórico de ações preservacionistas, não obstante algumas isoladas, iniciou em 1933 com a edição do Decreto 22.928 que elevou a cidade de Ouro Preto à condição de Monumento Nacional. Na exposição de motivos desse ato normativo, lê-se: “Considerando que é dever do Poder Público defender o patrimônio artístico da Nação e que fazem parte das tradições de um povo os lugares em que se realizaram os grandes feitos da sua história”²⁶⁶.

Logo em seguida, a Constituição de 1934, sob a influência da teoria do Estado Social, foi a primeira a tratar da tutela de bens culturais. No art. 10, inc. III, conferiu competência concorrente à União e aos Estados para “*proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico podendo impedir a evasão de obras de arte*”. No título V, voltado à família, educação e cultura, atribuiu competência à “*União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger*

²⁶³ CHOAY, *op. cit.*, p. 99-100.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 107.

²⁶⁵ CHOAY, *loc. cit.*

²⁶⁶ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 50.

*os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual*²⁶⁷.

Essa previsão constitucional necessitava de uma regulamentação no âmbito infraconstitucional²⁶⁸. No mesmo ano, a convite de Gustavo Capanema, então Ministro da Educação e Cultura do Governo de Getúlio Vargas, Mário de Andrade iniciou um complexo trabalho que compreendia todos os bens culturais como artísticos, os catalogava e criava o tombamento²⁶⁹. Tratava-se do esboço do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937²⁷⁰.

Além do tombamento, o mais conhecido instrumento de proteção dos bens culturais, existem outros que permitem uma melhor adequação entre o instrumento de proteção e o tipo de bem a ser protegido, como a desapropriação, o inventário, o registro, a transferência do potencial construtivo, o zoneamento urbano, os incentivos fiscais e a vigilância.

Desapropriação. Instrumento primário, definido como mecanismo de transferência da propriedade de um bem determinado para o domínio público. Silva entende que a desapropriação para fins culturais, com base na utilidade pública, é forma de tombamento²⁷¹. Pode-se dizer tratar-se de um tombamento indireto, visto que é consequência da desapropriação²⁷².

A desapropriação para fins de proteção cultural se dá em casos extremos e excepcionais, uma vez que, como já dito, o Estado não pode desapropriar todos e quaisquer bens apenas por ter se verificado nele a qualidade de cultural. É comum a utilização desse instituto para a proteção de conjuntos urbanos, no sentido de melhorar o uso de determinadas regiões da cidade. O centro

²⁶⁷ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 50.

²⁶⁸ Em 13 de janeiro de 1937, o SPHAN foi definitivamente instalado, constituindo-se num dos mais importantes ícones da cultura preservacionista nacional. In: MARCHESAN, *op. cit.*, p. 51.

²⁶⁹ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 58.

²⁷⁰ "Com o esboço de Mário de Andrade, o festejado decreto-lei só tem em comum, além do direito de preferência, o estabelecimento dos livros de tomo, mesmo assim com a distinção de que o livro Arqueológico e Etnográfico idealizado pelo intelectual não contemplava o verbete "paisagístico" (art. 4º, item 1, do DL 25/37) e a idéia de paisagem digna de, ser protegido quer por sua beleza natural ou determinada pela "indústria humana" (art. 1º, § 2º, do DL 25/37). Segundo Rodrigo de Melo Franco de Andrade, em conferência proferida em 1968, o ato normativo em questão teria se inspirado em projeto de um jurista mineiro, não identificado (ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de. Conferência. Revista do IPHAN. Rio de Janeiro, n. 17, 1969). Aludido decreto-lei foi a primeira norma de amplitude territorial e substância nacional a conferir uma política ao patrimônio cultural brasileiro". In: MARCHESAN, *op. cit.*, p. 52.

²⁷¹ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 496.

²⁷² PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 271.

histórico de Curitiba é um exemplo próximo, pois teve alguns imóveis desapropriados a fim de lhes dar destinação cultural, acarretando uma revitalização da região que passou a ser utilizada e freqüentada pela população²⁷³.

Está prevista nos arts. 5º, XXII e XXIV, e 182 da Constituição Federal, no art. 1.228, § 3º do Código Civil e regulamentada no Decreto-Lei 3.365/1941 e na Lei 4.132/1962. Fundada na supremacia do interesse público sobre o privado, a desapropriação é um modo de aquisição originária da propriedade, sendo de direito do proprietário prévia e justa indenização.

Inventário. Carente de lei regulamentadora, o inventário é uma forma de controle e reconhecimento de bens culturais. Segundo Souza Filho, serve como prova da necessidade de preservação desses bens nos processos de ação civil pública e ação popular.²⁷⁴

A carência de uma lei federal que aponte o regime jurídico no qual se encontram bens inventariados não inibe a edição de leis estaduais e municipais que regulem o assunto, em razão de ter a Constituição Federal estabelecido que Estados e Municípios²⁷⁵ possuem competência suplementar para legislar em matéria de proteção ao patrimônio cultural²⁷⁶.

Registro. O registro, apesar de instituído pela Constituição Federal de 1988, somente foi regulamentado pelo Decreto 3.551/00 no que tange aos bens culturais imateriais, ou seja, aqueles que não precisam de um suporte material para existir. É o caso dos conhecimentos, usos, representações, expressões, e técnicas – e dos instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais que lhe são inerentes – que as comunidades, os grupos, e em alguns casos os indivíduos reconhecem como parte integrante do patrimônio cultural²⁷⁷.

Este registro, conforme o citado decreto, será feito nos seguintes livros: a) Livro de Registro dos Saberes (modos de fazer e conhecimentos enraizados no cotidiano); b) Livro de Registro das Celebrações (rituais e festas que marcam a vivência coletiva); c) Livro de Registro das Formas de Expressão (manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas); d) Livro de Registro

²⁷³ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 104.

²⁷⁴ SOUZA FILHO, *loc. cit.*

²⁷⁵ Ressalte-se que em relação ao Município há divergência,

²⁷⁶ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 228.

²⁷⁷ Artigo 2º da Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural e imaterial da humanidade, aprovada em Paris, em 17.10.2003. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Unesco/texto/texto_9.html>. Acesso em: 5 jul. 2006.

dos Lugares (mercados, feiras, santuários, praças e demais lugares onde se reproduzem práticas culturais coletivas)²⁷⁸.

Segundo o art. 2º do Decreto 3.551/2000, são condições para o registro: continuidade histórica e relevância nacional do bem cultural para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira²⁷⁹.

Após seu registro, o bem cultural receberá o título de “Patrimônio Cultural do Brasil”. Esse título, entretanto, não é perpétuo, uma vez que deverá ser reavaliado, no mínimo, a cada 10 anos (art. 7º, Decreto 3.551/2000).

Transferência do potencial construtivo. É um instituto que possibilita ao proprietário de imóvel, tombado ou inventariado, transferir o direito de construir, impedido por restrição administrativa, seja de forma onerosa, seja gratuita.²⁸⁰.

Por intermédio desse instrumento, a Administração Pública submete o exercício do direito individual de construir a uma necessidade de cunho coletivo, social ou ambiental²⁸¹.

Não obstante a potencialidade deste instituto, a sua utilização deve ser ponderada, sob pena de contribuir para o desarranjo urbanístico, aumentando a concentração em áreas desprovidas da infra-estrutura necessária²⁸².

Zoneamento urbano. Intimamente ligado à transferência do potencial construtivo está o zoneamento urbano, um dos instrumentos mais eficazes de proteção do patrimônio construído e um dos mais disseminados em razão da obrigatoriedade do Plano Diretor para as cidades brasileiras, porque visa caracterizar certas regiões da cidade como de baixo potencial construtivo. Essa medida tem o intuito de desestimular a especulação imobiliária²⁸³.

A identificação desses espaços é fator de destaque na integração do desenvolvimento da cidade com a qualidade do meio ambiente²⁸⁴.

²⁷⁸ LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 940.

²⁷⁹ Cabem inúmeras críticas a esse dispositivo, uma delas é em relação a sua delimitação territorial, visto que, como já debatido, o Brasil é essencialmente multicultural, Portanto, o que pode ser relevante para uma região, pode não ser para outra. Isso não significa que a preservação de uma cultura regional não tenha relevância nacional. É claro que não se pode esquecer que os Estados e os Municípios também podem legislar nessa matéria.

²⁸⁰ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 105.

²⁸¹ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 236.

²⁸² *Ibid.*, p. 237.

²⁸³ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 105.

²⁸⁴ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 234.

Após a identificação das áreas, o próximo passo é definir o regime jurídico a ser aplicável, respeitando as características do local, a vida das pessoas, a mobilidade urbana, as redes de eletricidade, etc²⁸⁵.

Esse regime irá impor restrições relacionadas à altura das edificações, índice de aproveitamento, taxa de ocupação, tipos de uso, recuos e até mesmo certas características arquitetônicas²⁸⁶.

Incentivos fiscais. Em relação aos incentivos fiscais, vale a pena ressaltar alguns aspectos. Para Modé, os tributos ambientais possuem duas finalidades. A primeira, chamada de fiscal ou redistributiva, visa obter receitas que financiem ações de proteção ao meio ambiente. Já a segunda, denominada extrafiscal, tem por objetivo induzir comportamentos que sejam ambientalmente desejáveis ou que diminuam o poder ofensivo ao meio ambiente²⁸⁷.

Observa-se claramente a intenção extrafiscal do Estado ao adotar a política do incentivo fiscal. Àquele que age de maneira a preservar o bem cultural, aplicam-se alíquotas tributárias inferiores à regra geral.

De todos os impostos brasileiros, o mais eficaz é o IPTU, *“porque ele incide sobre o bem que se deseja preservar e, com uma adequada política, é possível ajudar na preservação”*²⁸⁸.

Vigilância. Prevista no art. 20, do Decreto-lei 25/37, a vigilância nada mais é do que aquilo que a lei de tombamento considera efeito do ato, ou seja, é a permissão compulsória do proprietário ao Poder Público de inspeção da coisa tombada sempre que achar conveniente, em razão dos bens culturais serem equiparados aos bens públicos em relação aos danos por eles sofridos.

Nada impede que o instituto da vigilância seja utilizado antes do tombamento, para se ter certeza do procedimento a ser tomado²⁸⁹.

2.4.1 O tombamento

O conceito que se adota nessa pesquisa é o de Souza Filho, que

²⁸⁵ MARCHESAN, *op. cit.*, p. 236.

²⁸⁶ MARCHESAN, *loc. cit.*

²⁸⁷ MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributos ambientais:** a função do tributo na proteção do meio ambiente. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 72.

²⁸⁸ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 106.

²⁸⁹ SOUZA FILHO, *loc. cit.*

define tombamento como sendo o “*ato administrativo da autoridade competente, que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados*”²⁹⁰.

O tombamento, como já dito anteriormente, tem sua origem no Decreto-lei 25/37, por obra de seu criador, Mário de Andrade. A Constituição Federal de 1988 não se restringiu apenas a recepcionar o instituto, mas previu expressamente este e outros meios de proteção, em seu art. 215, § 1º.

Meirelles esclarece:

As expressões *Livros do Tombo* e *tombamento* provêm do Direito Português, onde a palavra *tombar* significa *inventariar, arrolar* ou *inscrever* nos arquivos do Reino, guardados na *Torre do Tombo*. Por tradição, o legislador brasileiro conservou as expressões reinícolas na nossa “Lei de Tombamento”. E fez bem, porque começou, assim, a preservar o nosso patrimônio lingüístico, dando o exemplo aos que vão cumprir a lei²⁹¹.

A doutrina diverge quanto ao conceito de tombamento. Di Pietro entende que tombamento é procedimento administrativo que visa impor aos bens de interesse público, restrições parciais, para a garantia de sua conservação. Justifica ser procedimento administrativo porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo²⁹².

Entretanto, outros doutrinadores, como Souza Filho, Meirelles, Castro, Gasparini e Figueiredo, convergem para o entendimento de que tombamento é ato administrativo que reconhece a um bem a qualidade de cultural e que se materializa pelo fato administrativo de inscrição ou registro do bem em um dos Livros do Tombo. Souza Filho complementa:

O tombamento enquanto registro é procedimento cartorial, mera inscrição do ato administrativo no livro próprio. O ato é complexo, isto é, depende de um conjunto de atos independentes entre si, mas ligados por uma subordinação cronológica, que se inicia com a notificação ao proprietário e o

²⁹⁰ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 83.

²⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 484.

²⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 134.

tombamento provisório do bem, abrindo-se o contraditório administrativo que culmina com a decisão de um colegiado²⁹³.

Posição intermediária possui Pires, quando defende que tombamento é o ato final de um procedimento administrativo:

O tombamento, enquanto atualização da norma, pode ser conceituado como ato final resultante de procedimento administrativo mediante o qual o Poder Público, intervindo na propriedade privada ou pública, integra-se na gestão do bem móvel ou imóvel de caráter histórico, artístico, arqueológico, documental ou natural, sujeitando-o a regime jurídico especial de tutela pública, tendo em vista a realização de interesse coletivo de preservação do patrimônio²⁹⁴.

Sirvinskas afirma que o tombamento pode ser instituído por lei, por ato do Executivo ou por decisão judicial. O ponto controvertido é o tombamento por decisão judicial. Entende o autor perfeitamente possível, quando qualquer ente legitimado propõe a competente ação coletiva com o fim de pleitear ao Judiciário que se declare o bem em questão de valor cultural, passível, portanto, de tombamento²⁹⁵.

Claro ficou que o instituto do tombamento pertence ao ramo do Direito Público, uma vez que a sua realização tem um fim público. É importante compreender que o fim público a que se presta o tombamento não é somente de responsabilidade do Poder Público, mas também de toda a coletividade.

2.4.2 A natureza jurídica do tombamento

Em relação à natureza jurídica do tombamento, a doutrina discute se ele é limitação ou servidão administrativa, ambas formas de intervenção na propriedade privada.

Ressalta-se que o direito de propriedade vem sofrendo grandes transformações. Rechaça-se a característica de direito absoluto e parte-se da idéia de que o direito de propriedade é muito mais um direito social do que individual. Dessa forma, avança-se para o campo da publicização do direito de propriedade²⁹⁶, e é sob esse enfoque que o tombamento será analisado.

²⁹³ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 84.

²⁹⁴ SIMÕES PIRES, *op. cit.*, pág. 78.

²⁹⁵ SIRVINSKAS, *op. cit.*, p. 343.

²⁹⁶ SIMÕES PIRES, *op. cit.*, p. 247.

Para o Direito Administrativo clássico, a “*servidão administrativa é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública*”. Essa restrição da propriedade pode ser gratuita, se decorrente de lei, ou onerosa, quando constituída por contrato ou decisão judicial sobre imóveis determinados²⁹⁷.

Já limitação administrativa é toda forma de restrição à propriedade privada decorrente de norma geral e abstrata, que se dirigem a propriedades indeterminadas e que visa satisfazer interesse público genérico. Meirelles entende que limitação administrativa “*é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades às exigências do bem estar-social*”²⁹⁸.

Mello, Ruy Cirne Lima e Adilson Abreu Dallari consideram o tombamento modalidade de servidão administrativa e passível de indenização porque incide sobre imóvel determinado. Consoante Mello, “*sempre que seja necessário um ato específico da Administração impondo um gravame, por conseguinte, criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão*”²⁹⁹. Salienta ainda o autor que, quando há tombamento de uma zona ou sítio, trata-se de uma limitação administrativa e, portanto, não-indenizável, uma vez que a restrição decorre de ato geral.³⁰⁰ No entanto, “*o que diferencia um instituto do outro não é o número de bens isolados que atinge, mas o desfrute do Poder Público*”³⁰¹, que no caso do tombamento não esgota o direito de propriedade, apenas restringe algumas das faculdades a ele inerentes.

A doutrina majoritária corrobora o posicionamento de que o instituto do tombamento é caso de limitação administrativa, como exemplifica Di Pietro.

Embora o tombamento seja feito, voluntária ou compulsoriamente, mediante inscrição no Livro do Tombo, dependendo, portanto, de ato administrativo que individualize o bem tombado, não se trata de servidão, pelo fato de não haver a coisa dominante. A restrição não é imposta em benefício de coisa afetada a fim público ou de serviço público, mas, ao contrário, tem por

²⁹⁷ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 145 e 147.

²⁹⁸ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 537.

²⁹⁹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 141-142.

³⁰⁰ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 26.

³⁰¹ SOUZA FILHO, *loc. cit.*

objetivo satisfazer a interesse público, genérico e abstrato, a saber, o patrimônio histórico e artístico nacional³⁰².

Para Souza Filho, não obstante o tombamento se assemelhe com o instituto da limitação administrativa, com ele não se confunde. Apesar de ser imposto em benefício de uma coletividade, o ato atinge imóvel individualizado, o que descaracteriza a limitação administrativa. Dessa forma, para Souza Filho, o tombamento enquadraria-se numa categoria própria, não definida por ele, porque o dever de proteger os bens culturais não é fruto de um ato administrativo, mas de suas qualidades intrínsecas.

A resposta ou explicação ao fenômeno jurídico do tombamento e sua inserção no sistema jurídico há de se dar pela análise do próprio bem protegido, e não do ato que o reconhece. Todos os bens socioambientais, e não só os culturais, têm valor intrínseco que os diferencia dos demais, porque têm agregada pelo Poder Público quando declarada a si uma qualidade que os faz excepcionais. Esta qualidade não é agregada pelo Poder Público quando declara de preservação ou tomba, mas ao contrário, o Poder Público fica compungido a declarar sua preservação porque o bem já tinha adquirido esta qualidade ou porque é portador de referência cultural ou porque garante a biodiversidade. O bem não se torna relevante para a sociedade e seu ambiente porque o Poder Público, por ato administrativo, assim entende; ao contrário, porque é relevante para a sociedade e seu ambiente, cumpre ao Poder Público emitir o ato administrativo. Desta forma, apesar da semelhança como a limitação administrativa e mesmo com a servidão, a proteção dos bens socioambientais com elas não se confunde.³⁰³

No que se refere a considerar o tombamento ato discricionário ou vinculado, a questão é polêmica. Di Pietro e outros administrativistas clássicos consideram o tombamento um ato discricionário, por não ser o bem cultural o único a ser protegido pelo Poder Público que deverá levar em consideração critérios de oportunidade e conveniência, em caso de conflito de valores. Diante do caso concreto, se não houver nenhum óbice, evidentemente dever-se-á proceder ao tombamento, por isso, a recusa sempre deverá ser motivada, sob pena de abuso de poder³⁰⁴.

Segue o mesmo sentido Silva quando diz que “o ato do tombamento, embora discricionário quanto à oportunidade ou à conveniência, é

³⁰² DI PIETRO, *op. cit.*, p. 142.

³⁰³ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 27.

³⁰⁴ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 141.

*vinculado quanto ao motivo e ao fim*³⁰⁵.

Já Souza Filho adota posição diversa, o que parece ser a mais adequada.

Se o bem integrante do patrimônio cultural, assim definido pela norma constitucional, está em perigo, com risco de destruição, por exemplo, é dever do Poder Público interferir para protegê-lo. O Poder Público com competência para tomba passa a ter obrigação de fazê-lo imediatamente e, neste caso, deixa de haver discricionariedade. [...] Por outro lado se não há risco atual que ameace o bem, embora haja obrigação e não mera faculdade, o Poder Público pode escolher o momento de tomba, utilizando-se assim de sua discricionariedade quanto à oportunidade da prática do ato, mas não quanto ao seu exercício³⁰⁶.

A problemática apresentada pelo autor reside na avaliação do risco³⁰⁷, por ser este um conceito indeterminado. Apresentadas as provas, caberá à autoridade competente a verificação no caso concreto. Isto torna incerta a defesa do bem cultural, uma vez que a subjetividade pode privilegiar o jogo de interesses.

O início do processo de tombamento é o único ato de discricionariedade possível. Depois de iniciado, todos os outros atos são vinculados, exceto duas normas extravagantes: a Lei 6.292/75, que prevê a homologação do tombamento pelo Ministro da Cultura e o Decreto-Lei 3.866/41, que estabelece a possibilidade de destombamento pelo Presidente da República. No caso de cancelamento, o chefe do Executivo não está vinculado ao parecer técnico do Conselho³⁰⁸.

Outro aspecto controvertido diz respeito a consideração do tombamento como ato declaratório ou constitutivo.

Podem ser encontradas na doutrina três posições a esse respeito. Para alguns, o tombamento é considerado ato declaratório; para outros, seus efeitos são constitutivos; e para uma terceira linha, possui tanto efeitos declaratórios quanto constitutivos.

Na primeira corrente encontram-se autores como Meirelles e Mazzilli.

Meirelles define tombamento como *“a declaração pelo Poder Público*

³⁰⁵ SILVA, Fernando Fernandes da. **As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade**. São Paulo: EDUSP e Fundação Petrópolis, 2003, pág. 123.

³⁰⁶ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 88.

³⁰⁷ SOUZA FILHO, *loc. cit.*

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 89.

*do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados de acordo com a inscrição em livro próprio*³⁰⁹.

Mazzilli é categórico ao afirmar que

[...] o tombamento é forma especial de proteção administrativa a bem de valor cultural, e tem caráter declaratório, ou seja, o atributo do valor cultural deve preceder o tombamento. É porque o bem tem valor cultural que deve ser tombado; o valor cultural não decorre do tombamento, e sim o inverso é que deve ocorrer³¹⁰.

Diverge deste posicionamento Silva que assevera que o tombamento modifica a posição jurídica do bem, transformando-o em bem de interesse público³¹¹.

Para Pires, “o status jurídico especial do bem não decorre diretamente da lei, pois o ato administrativo é que concretiza a abstração, individuando o regime jurídico prescrito, constituindo situação inédita para o bem, alterando os direitos a ele imanes”³¹².

Nessa linha seguem também Castro, Gasparini, Mello, Cretella Júnior e Medauar.

Posição intermediária ocupa Souza Filho. Para o autor, o tombamento é ato declaratório, e isto fica bem claro se a evolução histórica for acompanhar. No entanto, em alguns casos, o tombamento é ato declaratório que reconhece o valor cultural de determinado bem, mas os seus efeitos em relação ao proprietário e à terceiros são constitutivos.

Em 1937, a Lei de Tombamento estabelecia que integravam o patrimônio histórico e artístico brasileiro somente os bens tombados. Dessa forma, o tombamento era ato constitutivo, haja vista que a inscrição do bem num dos Livros do Tombo o revestia de uma proteção que até então não lhe era garantida. Essa situação foi modificada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que alterou a nomenclatura do patrimônio histórico e artístico para patrimônio cultural, ampliando a sua proteção ao não exigir o tombamento para que um bem seja reconhecido como integrante do patrimônio cultural, a exemplo dos monumentos

³⁰⁹ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 485.

³¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 204.

³¹¹ SILVA, **Direito Urbanístico Brasileiro**, *op. cit.*, p. 499.

³¹² PIRES, *op. cit.*, p. 280.

nacionais e dos bens arqueológicos. Em relação a esses bens tombados *ope legis*, o tombamento é totalmente ato declaratório. Entretanto, em relação aos demais bens, o ato de tombamento é declaratório, mas seus efeitos são constitutivos. Essa evolução jurídica se reflete no sistema de proteção, permitindo tanto a ação popular, quanto a ação civil pública para bens reconhecidamente culturais, mas que não foram tombados³¹³.

A jurisprudência não é pacífica nesse tema, mas tendenciosa para a possibilidade do Judiciário declarar o valor histórico e cultural de um bem, pelo que se depreende dos julgados exemplificativos colacionados no Anexo S, item 1.

Após a compreender como o tema patrimônio cultural, em especial o tombamento, está inserido no sistema jurídico ambiental brasileiro, faz-se necessário o aprofundamento da análise deste instituto sob o prisma do direito administrativo pós Constituição Federal de 1988, principalmente no tocante aos aspectos de discricionariedade restritiva do tombamento e no campo de atuação do Judiciário nessa matéria. Ao final, um caso específico dará concreticidade a esta pesquisa. Por meio dele, será possível entender se a mudança de paradigma pelo qual passou o Judiciário e o tema patrimônio cultural está sendo vivenciada na prática ou se ainda persistem resquícios do pensamento jurídico tradicional.

³¹³ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 86-87.

CAPÍTULO 3

O PAPEL DO JUDICÁRIO NA PROTEÇÃO DOS BENS CULTURAIS: UM ESTUDO DE CASO

Por ser o Direito uno, dividido em ramos autônomos apenas por questão didática e prática, um tema necessariamente precisa ser estudado sob a ótica sistêmica para ser melhor compreendido. O tema patrimônio cultural é multidisciplinar e interdisciplinar, nos sentidos endógenos e exógenos. Em linhas gerais, interdisciplinar, porque o patrimônio cultural depende da antropologia para compreender o conceito de cultura; da sociologia e da história para poder valorar e determinar quais bens são importantes e referenciais para as diversas comunidades; da ciência política, para articular e garantir as formas de proteção. O tema é multidisciplinar porque os bens culturais estão localizados no Direito Ambiental, mas também é matéria pertinente ao Direito Administrativo, visto que sua proteção “em primeira instância” é competência do Executivo e seus instrumentos são por ele geridos. Devido ao fenômeno do neoconstitucionalismo, descrito no primeiro capítulo, todo o direito infraconstitucional deve ser interpretado à luz da Constituição Federal.

É por isso que para a análise do tema e do caso a ser proposto, áreas de conhecimento como Antropologia, Sociologia, História, Ciência Política e ramos do Direito como Constitucional, Ambiental e Administrativo são indissociáveis.

O tombamento, principal instrumento jurídico de proteção dos bens culturais, já explicitado, é ato jurídico peculiar do Direito Administrativo e como tal deve ser praticado visando sempre o interesse público. Cabe ao Judiciário, em decorrência da atuação harmônica dos Poderes, garantir a aplicabilidade desse princípio constitucional.

3.1 O PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

Esse princípio, também conhecido como princípio da finalidade, impõe a Administração Pública, como o próprio nome revela, que todos os atos por ela praticados sejam voltados ao interesse público.

Previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei 9784/99³¹⁴, este princípio deve estar presente tanto no momento da elaboração da lei, quanto no da sua execução, em concreto, pela Administração Pública³¹⁵.

Historicamente, observou-se a transição, em fins do século XIX, do pensamento jurídico individualista, muito criticado em decorrência das mudanças sociais, políticas e econômicas ocorridas, para a idéia de bem-estar coletivo. O Direito deixa de ser apenas instrumento de garantia de direitos individuais e passa a ser meio de realização da justiça social³¹⁶.

Com isso, o Estado teve suas atividades ampliadas e, conseqüentemente, o conceito de serviço público também. Por meio do poder de polícia, deixou de impor apenas obrigações negativas, que garantiam a ordem pública, e passou a se preocupar também com a ordem econômica e social. Em resumo, aumentou-se o campo de atuação do Estado e a sua interferência nas relações sociais³¹⁷.

Ligado a esse princípio está o da indisponibilidade do interesse público. Uma vez que a Administração Pública não pode dispor desses interesses, entende-se que os poderes a ela atribuídos para a consecução da finalidade da norma são poderes-deveres. São poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão ou, se não o exercer em conformidade com a finalidade da norma, por desvio de poder³¹⁸.

Mello menciona que a atividade administrativa é marcada pela idéia de função. Nesse sentido, *“existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de um dever, para satisfazer um interesse de outrem, isto é, um interesse alheio”*³¹⁹.

A função da Administração Pública é executar os objetivos públicos traçados pela Constituição Federal. A natureza dos poderes dados ao Poder Público é meramente instrumental. O não cumprimento desses objetivos incide em desvio de poder, o que gera a invalidade do ato praticado. Logo, *“entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe*

³¹⁴ “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

³¹⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 68.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 69.

³¹⁷ DI PIETRO, *loc. cit.*

³¹⁸ *Ibid.*, p. 70.

³¹⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 51.

preside a instituição”³²⁰. Note-se que o desvio de finalidade, ou poder, é uma transgressão à lei e como tal deve passar pelo crivo do Poder Judiciário. Isso significa que o controle de legalidade exercido pelos juízes em nada fere a margem de liberdade da Administração Pública.

Resta saber o que é interesse público³²¹. Primeiramente, deve-se ressaltar que interesse público não significa o conjunto de interesses individuais dos membros da sociedade. Esses interesses devem ser satisfeitos pelos próprios indivíduos e não pelo Estado, caso contrário, de um lado, esta entidade se tornará paternalista e muito poderosa, e de outro, estar-se-á promovendo uma sociedade dependente e acomodada³²². Dessa forma, deve-se entender interesse público como sendo as *“aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros”*³²³.

Assim, toda ação ou omissão da Administração Pública deve ter como finalidade a observância do interesse público.

3.2 O MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

No entender de Seabra Fagundes e José Cretella Jr., mérito é o *“sentido político da ação do Estado enquanto administrador”*, sentido esse entendido como o interesse público. Trata-se de uma integração administrativa da legitimidade³²⁴.

Definir o Estado como Democrático de Direito implica, necessariamente, relacioná-lo com a questão da legitimidade e da legalidade, que correspondem, respectivamente, ao sistema político e jurídico. *“À Política cabe a arte de interpretar os interesses da sociedade e de chegar a decisões capazes de satisfazê-los; ao Direito a não menos difícil arte de cristalizar em normas de*

³²⁰ MELLO, *op. cit.*, p. 56.

³²¹ Alguns autores, como Renato Alessi, visualizam o interesse público em duas vertentes: a do interesse primário e a do interesse secundário. O conceito acima referido é a definição de interesse primário, como proveito geral. Por interesse secundário, Alessi o descreveu como sendo aquele que somente diz respeito à Administração Pública. Esse interesse, conforme renomados administrativistas, não pode ser perseguido se não coincidir com o interesse primário. *In: ALESSI, 1970 apud GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14-15.

³²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12.

³²³ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 82.

³²⁴ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 46.

observância geral e obrigatória as vivências sociais”. Logo, a organização política está submetida, simultaneamente, à lei – o Estado de Direito – e ao interesse social – o Estado Democrático. A unificação dos interesses sociais politicamente definidos e dos interesses sociais juridicamente definidos fez com que surgisse o conceito atual de interesse público, explicitado anteriormente³²⁵.

O interesse público é sempre uma questão de legitimidade, mas apenas o interesse legislado se torna questão de legalidade. A questão da legitimidade sempre será mais ampla do que a da legalidade, porque é impossível que o legislador consiga prever todas as hipóteses de interesse público. O interesse público não legislado não deixa de ser legítimo. Fica sujeito à “*definições políticas derivadas integrativas*”, que deverão ser feitas por quem tenha competência, observados os critérios de oportunidade e conveniência. Diz Moreira Neto, “*a norma derivada virá integrar a legitimidade definida na norma originária*”.³²⁶

Assim, não existe liberdade em nenhum grau de decisão política, uma vez que sempre estará vinculada à norma originária. Não existe também nem liberdade absoluta, nem vinculação absoluta. Nenhum agente pode ou deve agir mecanicamente, caso contrário, arrisca-se a desprezar o interesse público. A vinculação entre legitimidade e legalidade é imprescindível, senão a política seria arbitrária, e o Direito, o manejo da simples lógica³²⁷.

Mello assim define mérito:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual dela seria a única adequada³²⁸.

Dessa maneira, se os critérios de oportunidade e conveniência compõem o mérito dos atos administrativos, a discricionariedade é o meio de a Administração exercer a sua função.

Discricionariedade, para Moreira Neto e Mello, é respectivamente:

³²⁵ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 13.

³²⁶ *Ibid.*, p. 14.

³²⁷ *Ibid.*, p. 15-16.

³²⁸ MELLO, *op. cit.*, p. 38.

[...] técnica desenvolvida para permitir que a ação administrativa defina com precisão suficiente um conteúdo de oportunidade e conveniência que possa vir a constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma legal como finalidade; competência para definir administrativamente, no caso, o interesse público.³²⁹

[...] margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente³³⁰.

Há conveniência quando o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público; refere-se à utilidade do ato. Há oportunidade sempre que o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. Assim, para Gasparini, *“mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a sede do poder discricionário do administrador”*. Não é requisito do ato administrativo, nem pode ser confundido com o mérito do Processo Civil³³¹.

Diz Meirelles que o conceito de mérito administrativo é difícil de ser fixado, mas pode ser verificado na *“valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”*.

Nos atos vinculados não há que se falar em mérito, já que a conduta a ser praticada pela Administração está descrita na norma. A função da Administração confunde-se com a do juiz: devem apenas interpretar as imposições legais. No tocante aos atos discricionários, além dos elementos vinculados (competência, forma e finalidade), existem outros (motivo e objeto), sobre os quais a Administração tem liberdade para decidir³³².

Para fins de maior compreensão, distinguir-se-ão, rapidamente, de acordo com Di Pietro, alguns elementos do ato administrativo, quais sejam, finalidade, motivo e o objeto, sempre lembrando que ato administrativo é uma espécie do gênero ato jurídico.

Finalidade *“é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz*

³²⁹ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 46 e 49.

³³⁰ MELLO, *op. cit.*, p. 48.

³³¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93.

³³² MEIRELLES, *op. cit.*, p. 138.

(aquisição, transformação ou extinção de direitos) a finalidade é o efeito mediato”³³³. Já o motivo “é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo”³³⁴. “Tanto o motivo como a finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade)”³³⁵.

3.3 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A discricionariedade pode residir na *hipótese* da norma, quando a lei descreve a situação fática (motivo) de modo impreciso; no *comando* da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, mais de uma alternativa de conduta; ou na *finalidade* da norma, para alguns, tema deste tópico.

A moderna doutrina alemã, de acordo com Eduardo Garcia de Enterría, afirma que os conceitos indeterminados, também chamados de vagos, fluidos, elásticos, só possuem essa característica em abstrato e não diante dos casos concretos. No momento da aplicação seriam determináveis, por meio da interpretação, e definíveis pelo Judiciário, não se tratando, portanto, de uma questão de discricionariedade³³⁶. Para ele,

[...] la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una unidad de solución justa en cada caso³³⁷.

O autor sustenta que a utilização de conceitos indeterminados é caso de interpretação e aplicação da lei e, por isso, sujeitos a controle jurisdicional.

³³³ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 202.

³³⁴ *Ibid.*, p. 203.

³³⁵ *Ibid.*, p. 202.

³³⁶ “A aplicação de tais conceitos ou a qualificação de circunstâncias concretas não admitem mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação na aplicação do mesmo, os quais somente permitem uma unidade de solução justa em cada caso”. In: ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 13. ed. Madri: Thomson-Civitas, 2006, tomo I, p. 463.

³³⁷ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 463.

Atualmente, esse posicionamento, discorre Krell, é dominante na Alemanha como afirmam alguns autores, uma vez que, passado o susto do regime totalitarista, os alemães passaram a ver com bons olhos a restrição ao controle da Administração Pública pelo Judiciário³³⁸.

Além da citada posição, há ainda uma segunda: a dos que acham que os conceitos indeterminados podem gerar discricionariedade desde que se trate de conceitos de valor.

Eros Roberto Grau corrobora o entendimento de Enterría, exceto no tocante a aplicação dos conceitos indeterminados ensejar uma única decisão justa, uma vez que a interpretação não é ciência, mas prudência. A seguir, um trecho de sua brilhante decisão exemplifica o aludido.

De mais a mais, como tenho observado, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída, pela norma jurídica válida, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito. (RSM 24.699, DF, Relator Eros Roberto Grau).

Mello discorda desse posicionamento. Sustenta que em alguns casos é perfeitamente possível determinar o alcance do conceito indeterminado, porém em outros não. Afirma que o entendimento do significado desses conceitos é um ato de inteligência no que diz respeito ao Judiciário, que se limita a interpretar a lei e a analisar se a escolha foi feita sem desvio de poder. No que tange à Administração, é um ato volitivo, porque será decidido segundo critérios de oportunidade e conveniência³³⁹.

Contudo, ressalta o autor que mesmo sendo um ato volitivo há um conteúdo mínimo dos conceitos indeterminados que são indiscutíveis (não podendo ser desvirtuado pela Administração), que ele define como sendo uma zona de

³³⁸ KRELL, Andréas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial, **Revista ESMAFE**, Recife, nº 8, ano 2004, p. 191-192.

³³⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 24-27.

certeza negativa³⁴⁰. Contudo, não se pode³⁴¹ confundir essa zona, também chamada de incerteza, com a zona livre.

Observe-se que para a apreensão do significado desses conceitos deve-se utilizar como parâmetro o princípio da razoabilidade e admitir que a interpretação desses conceitos deve ocorrer de maneira sistemática, ou seja, verificar qual a finalidade da norma de acordo com o ordenamento jurídico. Os conceitos indeterminados permitem uma flexibilidade do sistema em razão da instabilidade da realidade. Tem como objetivo a melhor adequação da norma ao caso concreto.

Pode haver, quando da interpretação dos conceitos indeterminados, uma única solução justa para o caso³⁴², o que vale dizer que a simples existência de conceito indeterminado não gera por si só discricionariedade. É o caso deste estudo, haja vista que expressões como “excepcional valor” e “feição notável”, referentes ao patrimônio cultural (art. 1, do Dec.-Lei 25, de 1937), são indeterminadas na letra na lei, mas no caso concreto se definem por meio de parecer do Conselho técnico do IPHAN ou na perícia, no caso de ação judicial.

A jurisprudência brasileira tem se posicionado no sentido de que a existência de conceitos jurídicos indeterminados não exime o Poder Judiciário de analisar se a solução adotada pelo administrador público é a mais adequada para o caso concreto (Anexo S – item 2.1).

Entretanto, tal posicionamento não é pacífico, pelo contrário. Existe considerável número de decisões no sentido de que ao Judiciário não é dado a possibilidade de decidir sobre a conveniência e oportunidade dos atos discricionários (Anexo S – item 2.2).

Sobre o tombamento, assinala Krell que, já nos anos 40, esse instituto era visto como uma exceção. O Supremo Tribunal Federal³⁴³ atribuiu ao Judiciário o pleno controle do mérito da decisão sobre o *valor histórico ou artístico* de bens e objetos, demonstrando que muitos atos discricionários precisam de um maior controle por parte dos tribunais³⁴⁴, por se tratarem de direitos fundamentais.

³⁴⁰ MELLO, *op. cit.*, p. 29.

³⁴¹ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 85.

³⁴² PEGORARO, Ricardo. Limites do ato administrativo discricionário. *In*: CORRALO, Giovani. (Org.). **Estudos de Direito Administrativo**. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 138.

³⁴³ BRASIL. STF. 1ª Turma. AC 7.377-DF. Rel.: Min. Castro Nunes. Julgamento: 19 ago. 1943.

³⁴⁴ KRELL, **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**, p. 196.

No entanto, como se observou pelas decisões supra, ainda persistem posições conservadoras.

Para finalizar esse tópico, acrescenta-se, ainda, a posição de Neves, que entende que a discricionariedade sempre está vinculada ao cumprimento do dever. Adere a corrente doutrinária que sustenta o caráter estritamente vinculado de toda a aplicação das hipóteses normativas.

Trata-se da tese que exclui a discricionariedade relativamente à aplicação de todos os conceitos indeterminados. Verdadeira discricionariedade só existe na fixação dos efeitos jurídicos. É certo que nem todos os conceitos legais se oferecem com o mesmo grau de determinação. Mas todos eles são interpretáveis recorrendo a fontes subsidiárias de integração de sentido. A interpretação dos conceitos indeterminados, como tal, seria sem dúvida uma questão vinculada, uma questão de direito, e não uma questão discricionária. Como quer que a decisão se ofereça, é sempre na lei que ela se funda. O órgão de decisão fala apenas a linguagem legal³⁴⁵.

Logo, segundo essa doutrina, o controle jurisdicional seria possível em qualquer comportamento da Administração Pública, haja vista entender toda a discricionariedade como uma modalidade de aplicação ou execução da lei.

Os denominados conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de cláusulas gerais, são considerados técnica legislativa que ganhou espaço com o fenómeno do neoconstitucionalismo e que se utiliza de expressões de textura aberta que fornecem um início de significado a ser completado pelo intérprete levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto³⁴⁶.

O recurso a essa forma de enunciação de normas não é privilégio do direito constitucional, mas está disseminado em todos os ramos do direito. Espécie do gênero cláusulas gerais, são expressões de sentido maleável destinadas a lidar com situações às quais o legislador não pôde ou não quis especificar de forma detalhada, deixando a critério do intérprete a sua melhor adequação ao caso³⁴⁷.

Não se pode confundir o poder de valoração dos conceitos jurídicos indeterminados com o poder discricionário. Ambos os institutos são frutos da impossibilidade do direito prever todas as hipóteses de condutas a serem seguidas. Atribuir sentido a um conceito jurídico determinado requer técnica baseada em

³⁴⁵ NEVES, Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Portugal: Coimbra, 1995, vol. I, p. 582-583.

³⁴⁶ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 310.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 312.

regras de experiência, precedentes ou elementos externos ao Direito. Já a utilização do poder discricionário compreende a formulação de juízos de oportunidade e conveniência, deixando a norma uma liberdade de escolha ao intérprete. Recordando a estrutura da norma jurídica que contém a previsão de um fato e a atribuição a ele de conseqüências jurídicas, pode-se dizer que enquanto os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição do fato, os juízos discricionários possibilitam ao intérprete a escolha das conseqüências jurídicas³⁴⁸.

3.4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

A submissão dos atos e contratos da Administração Pública ao controle jurisdicional é uma decorrência do Estado de Direito. Vale ressaltar que Estado de Direito não é apenas a submissão do Estado à lei, porque se assim fosse, qualquer Estado seria válido, mesmo aquele que cometesse as maiores atrocidades, como os Estados totalitaristas. São também características do Estado Democrático de Direito a separação dos poderes, mitigada, como já visto; o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional.

A possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários é reflexo da relativização do princípio da separação dos poderes.

O controle jurisdicional é a garantia de um Estado de Direito e, no Brasil, sofreu forte influência da Constituição americana, do *judicial review*. Nossa Constituição prevê várias formas de controle do Judiciário, uma vez que o acesso ao Judiciário foi ampliado, conforme prescreve o art. 5, XXXV, da CF, que *qualquer lesão ou ameaça de lesão poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário*. Garantias foram ratificadas pela Constituição Federal e tiveram seu conteúdo ampliado, como a ação popular e ação civil pública³⁴⁹.

São exemplos de meios de controle Judiciário: mandado de segurança, individual e coletivo; ação popular; ação civil pública; mandado de injunção; *habeas data*; ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; ação de inconstitucionalidade por omissão; ações possessórias; ações de nunciação de obra nova; ações declaratórias; ações cominatórias (*“apesar de suprimida como*

³⁴⁸ BARROSO, **Curso de Direito**, *op. cit.*, p. 313.

³⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Controle jurisdicional da Administração Pública. *In: Revista Diálogo Jurídico*, n. 2, 2001, p. 2-3.

procedimento especial, permanece a possibilidade de o titular de direito à prestação de direito ou abstenção de ato ou fato pela Administração obtê-la sob cominação pecuniária pedida na inicial para o caso de descumprimento de sentença”); etc.³⁵⁰.

O controle judicial dos atos discricionários é possível para razoável parte da doutrina e da jurisprudência. Como já referido, a discricionariedade, tema de diferentes posicionamentos, é muito restrita na área ambiental.

Grandes administrativistas brasileiros, como Meirelles, Di Pietro, Figueiredo, Gasparini, afirmam que é possível o controle jurisdicional do ato discricionário, desde que não invadam o mérito desse ato.

Parte da jurisprudência ainda resiste e mantém esse posicionamento (Anexo S – item 2.1).

Dentre os juristas que perfilham posicionamento mais moderno, no sentido de admitir um controle maior do Judiciário em relação aos atos administrativos discricionários, encontra-se Krell:

Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase ‘pós-positivista’, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direitos nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa ‘principalização’ do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários³⁵¹.

O Judiciário pode apreciar aspectos de legalidade e legitimidade, como anteriormente mencionado, e analisar se o Poder Público não ultrapassou os limites da discricionariedade, como a teoria do desvio do poder e a teoria dos motivos determinantes ou princípio da realidade, como quer Moreira Neto. Esta teoria afirma que os motivos alegados pela Administração só serão válidos se forem verdadeiros. Outros limitadores são os conceitos legais indeterminados, já explicitados³⁵².

Esse controle jurisdicional, por óbvio, há de ser realizado à luz dos

³⁵⁰ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 612-616.

³⁵¹ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Livraria do Advogado, 2004, Porto Alegre, p. 53-54.

³⁵² DI PIETRO, *op. cit.*, p. 211.

princípios, em especial, firmados pelo artigo 37 da Constituição.

Para Grau é devida, além de possível, a revisão dos motivos (oportunidade) e do objeto (conveniência) do ato administrativo pelo Poder Judiciário. O pleno conhecimento dos fatos para os juízes é indispensável a fim de que ele possa distinguir o que é legalidade e o que é mérito. O ilustre Ministro, em uma de suas decisões, ratifica a possibilidade do controle do mérito dos atos administrativos.

Como a atividade da Administração é infralegal administrar é aplicar a lei de ofício, dizia Seabra Fagundes –, a autoridade administrativa está vinculada pelo dever de motivar os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.

O Poder Judiciário verifica, então, se o ato é correto. Não, note-se bem – e desejo deixar isso bem vincado –, qual o ato correto.

E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem “conceitos indeterminados” (vale dizer, noções), inexistente uma interpretação verdadeira [única correta]; a única interpretação correta – que haveria, então, de ser exata – é objetivamente incognoscível (é, in concreto, incognoscível). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é correto; apenas isso.

Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.

Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo. (RMS 24699, DF, Relator Ministro Eros Roberto Grau, DJ 24.04.2006)

A jurisprudência brasileira já tem admitido a tese do controle jurisdicional do mérito do ato administrativo, segundo interpretação constitucional (Anexo S – item 2.2).

Nos países em que há Tribunais Administrativos, como na França e na Itália, a questão do controle de mérito pode ser mais facilmente superada³⁵³.

Para Moreira Neto, o Judiciário não possui diretamente a tutela da legitimidade, uma vez que cabe ao povo e aos seus representantes eleitos, mas a possui indiretamente, a partir da “*definição positivada de legitimidade*” contida na norma, seja implícita ou explicitamente, utilizando-se dos instrumentos da realidade e da razoabilidade³⁵⁴.

Logo, não há como fugir da conclusão de que o controle jurisdicional dos atos administrativos se estende também aos motivos, tanto o legal, quanto o de fato, a fim de que o Judiciário não seja relegado a mero endossante da autoridade administrativa.

3.5 O CASO DA DEMOLIÇÃO DA CERVEJARIA ADRIÁTICA EM PONTA GROSSA, PARANÁ

Após discorrer no primeiro capítulo sobre as formas de atuação do Judiciário e o que se exige dele hodiernamente, e compreender, no segundo capítulo, os reflexos dessa atuação em temas específicos, como o patrimônio cultural, analisar-se-á como essas questões teóricas têm ocorrido na prática.

³⁵³ “*Organização Judiciária da Itália: Jurisdição Comum (jurisdição civil e penal) e Jurisdições especiais (Jurisdição administrativa, Tribunal de Contas, Tribunais militares e Tribunal Constitucional). Em especial, a jurisdição administrativa constitui uma actividade de controlo da legitimidade dos actos administrativos e pode conduzir à sua anulação. É exercida em primeira instância pelos Tribunais Administrativos Regionais e em segunda instância pelas secções jurisdicionais do Conselho de Estado e do Conselho de Justiça Administrativa da Região da Sicília. Os juízes administrativos distinguem-se dos magistrados comuns e têm um órgão de governo autónomo. O âmbito de competência dos tribunais administrativos é, em geral, identificado através da referência à posição subjectiva reivindicada (interesse legítimo), salvo os casos de jurisdição exclusiva, em que o tribunal administrativo julga igualmente direitos subjectivos. Em caso de conflito, positivo ou negativo, de competência entre tribunais especiais ou entre estes e os tribunais comuns, a decisão é remetida para o Tribunal de Cassação, que decide com todas as secções reunidas. Na França, existe uma segunda categoria de tribunais, os chamados tribunais administrativos. Estes tribunais são responsáveis pela resolução dos litígios entre os cidadãos e a administração. Por exemplo, uma pessoa contesta a decisão de um presidente da câmara que lhe recusa uma licença de construção. É o Conseil d’Etat (Conselho de Estado)”. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/org_justice/org_justice_ita_pt.htm>. Acesso em: 20 ago. 2006.*

³⁵⁴ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 83.

Para tanto, optou-se pelo estudo de um caso, ocorrido em Ponta Grossa, Estado do Paraná, que, talvez somente após sua conclusão, tenha tido maior repercussão.

Mais precisamente em 2 de outubro de 1996, o Ministério Público do Paraná (MP) distribuiu na Comarca de Ponta Grossa “ação cautelar inominada para proteção de patrimônio histórico” em face da Companhia Sulina de Bebidas Antártica em razão de ter tomado conhecimento de que o imóvel, sede da empresa, considerado pelo MP patrimônio histórico da cidade, vinha sendo demolido.

Visava a ação a abstenção pelo proprietário do imóvel de qualquer ato ou obra de demolição. Ressalta-se que o objetivo da ação cautelar, de natureza preparatória, como será visto no próximo subcapítulo, é apenas fazer cessar o perigo de dano, até que o mérito ao final da ação principal seja julgado. Ou seja, a pretensão da ação era apenas cessar a demolição até que o Judiciário, na ação principal, reconhecesse e declarasse o valor cultural do bem agredido, para então protegê-lo. Para isto, argüiu o Ministério Público, como *fumus boni juris*, requisito da ação cautelar que será estudado adiante, que um bem não necessitava ser tombado para ser considerado patrimônio cultural, e em razão desta sua natureza, deveria ser protegido pelo Judiciário, visto que o ato administrativo de tombamento simplesmente declara, dá forma a uma situação fática pré-existente.

Contrariamente a esta posição, contestou o proprietário alegando que o ato de demolição era perfeitamente legal, uma vez que possuía autorização do Poder Público. Afirmou que previamente solicitou parecer da Coordenadoria Estadual do Patrimônio Histórico, conforme exigência da Lei 4.856/92³⁵⁵, a qual não se opôs à demolição do imóvel, conforme trecho a seguir (Anexo G):

Analisando a solicitação contida no OF. 06/CPD/SMP informamos que o imóvel em questão não é tombado pelo Estado do Paraná, não havendo por parte desta curadoria nenhum impedimento para demolição do mesmo.

Dessa forma, ratificou o proprietário/contestante que não se negava ao Poder Público o poder de constituir seu patrimônio histórico, desde que o fizesse

³⁵⁵ Art. 41 - Nenhuma edificação localizada na Zona Central poderá ser demolida ou reformada sem prévio parecer da Coordenação Estadual do Patrimônio Histórico, até que o Poder Executivo promova o levantamento e mapeamento, bem como a regulamentação legal pertinente ao tombamento e preservação das construções de valor artístico, histórico ou cultural nela existentes, submetendo-os à aprovação da Câmara Municipal.

mediante lei ou ato administrativo, não podendo o Judiciário interferir na discricionariedade do Executivo ou do Legislativo.

Num primeiro momento, o juiz de primeiro grau concedeu a liminar (Anexo J) e ordenou a suspensão da demolição. Entretanto, logo após a contestação do proprietário, revogou-a (Anexo L)

A discussão em relação ao valor cultural do bem em litígio não chegou sequer a ser abordado, visto que o Judiciário (tanto o juiz de primeiro grau, quanto o tribunal) decidiu que não cabia a este Poder valorar a conveniência da preservação do patrimônio cultural, uma vez que o órgão competente não o fez, conforme se observa nos trechos das decisões.

Sentença (Anexo N)

“Declarado o tombamento pela autoridade administrativa, cabe ao Poder Judiciário tão-somente assegurar que atendeu o procedimento às disposições legais atinentes à espécie. Inadmissível, por conseguinte, substituição, pelo Judiciário, da autoridade competente para a emissão de juízo de valor sobre os motivos que ensejaram o tombamento.

Em outras palavras, atribui-se exclusivamente à autoridade administrativa a competência para a qualificação dos bens, tratando-se de matéria de mérito administrativo a determinação de seu eventual valor histórico-cultural”.

[...]

Desta forma, a declaração do tombamento do prédio principal, única unidade ainda não demolida de toda a construção, caracterizar-se-ia não como simples limitação de direito, mas como sacrifício de um direito, hipótese de desapropriação ou, quando menos, de tombamento cumulado com indenização, haja vista a perda da destinação econômica do bem, como pretendida pelo contestante.

Admitir-se quaisquer dessas possibilidades de restrição, contudo, constituiria medida de justiça? O pretense valor histórico e cultural da referida edificação suplantaria, uma vez reconhecido, o direito à fruição da propriedade, constitucionalmente assegurado à contestante?

Consoante já foi afirmado, não compete ao Poder Judiciário valorar a conveniência da preservação do patrimônio histórico nacional, impondo ao particular um ônus cuja necessidade de determinação não foi reconhecida pelo órgão para tanto competente.

É atribuição do Judiciário, isto sim, garantir a observância dos preceitos legais, tanto quanto o respeito à legalidade, considerada em seu sentido mais amplo, sejam os atos dos sujeitos ao seu controle oriundos da atividade de particulares ou praticados por agentes da Administração Pública.

O que emerge desses autos, com efeito, é a perfeita legalidade dos atos praticados pela contestante, no exercício de um direito seu, perfeitamente legítimo, bem como a ausência de interesse público – expressa em manifestação oportuna da autoridade administrativa competente – na preservação do referido bem.

Acórdão (Anexo O)

A razão, contudo, está com o prolator desta. Com efeito, embora em cognição sumária, impunha-se o exame da aparência do bom direito. E para fazê-lo tinha o juiz que servir-se da prova existente nos autos e que consistia em documento pelo qual o órgão administrativo encarregado informou, atendendo solicitação feita pela Prefeitura Municipal, não haver impedimento para demolição do prédio, que não era tombado pelo Estado do Paraná, esclarecendo, posteriormente, que embora nada tendo contra a demolição, poderia a preservação ser feita no âmbito regional. Foi em vista dessa informação e do alvará de demolição que desacolheu o pedido, entendendo inexistente o *fumus boni juris*, vez que a prova produzida desaconselhava deferi-lo, sob pena de impedir o pleno exercício do direito de propriedade, e porque não cabia ao Judiciário valorar a conveniência da preservação do patrimônio histórico nacional.

Apesar de fundamentalmente sintéticas, as decisões apontam três posicionamentos teóricos dos julgadores³⁵⁶:

- 1) O tombamento é um ato administrativo de natureza discricionária e constitutiva de competência do Poder Executivo;
- 2) O mérito dos atos administrativos discricionários não pode sofrer controle judicial, visto que a valoração da conveniência (decisão política) da preservação é atribuição do Executivo;
- 3) A existência de um campo de não interferência do Judiciário na atuação do Executivo, consagrando o princípio da separação dos poderes.

Ao longo desses três capítulos, puderam-se observar diversas incongruências em relação a tudo o que foi discutido até o momento. O fenômeno do neoconstitucionalismo, longamente estudado no primeiro capítulo, também alcançou o direito administrativo, principalmente quanto à aplicabilidade dos princípios constitucionais na relação Administração e administrado, em especial:

- 1) Na redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o privado;
- 2) Na vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária – supera-se a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei,

³⁵⁶ Analisados aqui como órgão estatal e não como atores sociais.

ou seja, sua atuação estava pautada naquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador deve, independentemente de manifestação do legislador, atuar de acordo com a Constituição;

3) Na possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo – ao Judiciário é permitido não somente o controle sobre a legalidade do ato (competência, forma e finalidade), mas também quanto ao seu mérito (motivo e objeto), incluindo aqui a conveniência e a oportunidade, em razão da consagração de princípios como moralidade, eficiência e a razoabilidade-proporcionalidade.

Isso se deve, principalmente, pela atuação criativa que pode exercer o intérprete, aqui leia-se Administrador ou Julgador, pela atribuição de sentido aos conceitos jurídicos indeterminados, sempre de acordo com a Constituição.

Por oportuno, mister se faz explicar brevemente sobre algumas técnicas processuais, essenciais para a compreensão do caso.

3.5.1 O processo coletivo cautelar como instrumento de proteção do patrimônio cultural

O processo é indispensável à função jurisdicional do Estado. Etimologicamente, “processo” significa “marcha avante”, “caminhada” (do latim, *procedere* = seguir adiante). Em razão disso, por muito tempo foi compreendido apenas como a simples sucessão de atos processuais. No entanto, sua definição possui um sentido muito mais amplo; é o instrumento pelo qual o Estado opera a jurisdição e alcança a pacificação (instrumento para a positivação do poder)³⁵⁷.

À vista da diversidade dos provimentos jurisdicionais, e sendo o processo o instrumento pelo qual a jurisdição atua, a doutrina apresentou uma qualificação para o processo de acordo com o provimento que constitui o pedido, podendo ser processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar³⁵⁸.

O exercício da jurisdição visa à formulação e à atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação de conflito. O primeiro aspecto, a formulação da norma jurídica concreta, corresponde ao processo

³⁵⁷ CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 301.

de conhecimento ou de cognição, ou seja, no momento do julgamento, o órgão jurisdicional irá declarar qual das partes tem razão. O segundo aspecto, a atuação prática da norma jurídica concreta, refere-se ao processo de execução, ou seja, após formular a regra jurídica, é preciso adequar\modificar a realidade ao comando da sentença³⁵⁹.

Por sua vez, e o que mais interessa ao estudo, o processo cautelar tem a finalidade de assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele a função meramente instrumental. A necessidade do processo cautelar resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo de tal forma que, se inexistente, ao final, exauridos os processos de conhecimento e execução, o direito em si haver-se-ia perdido³⁶⁰.

Ele é meramente instrumental porque visa garantir que o processo tenha um desenvolvimento eficaz e alcance um resultado de utilidade para as partes, sem causar dano a nenhuma delas. Assim, segundo os principais processualistas, o processo cautelar não faz justiça, mas garante o seu eficaz pronunciamento e tem por finalidade o equilíbrio e a igualdade das partes³⁶¹. O processo cautelar é mais um instrumento criado pelo Estado para garantir o acesso à justiça.

As medidas cautelares, tipos de tutelas de urgência, não podem ser criadoras de situação de fato, que se procura no processo principal, o de conhecimento. Assim, uma das suas características é a provisoriedade.

Portanto, a ação cautelar inominada proposta pelo Ministério Público pode ser definida como o direito ao exercício da atividade jurisdicional do Estado no sentido de ver preservado um direito futuro. Tem a natureza de inominada porque é uma medida não existente no rol de medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil, uma vez que o direito não consegue prever todas as situações fáticas possíveis.

As medidas cautelares inominadas derivam do poder geral de cautela atribuído aos juízes, que poderão adotar as medidas provisórias que julgar

³⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 301.

³⁶¹ DELGADO *apud* ARRUDA ALVIM, Eduardo (Coord.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 325-327.

adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide³⁶², cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.³⁶³

Dessa maneira, retomando o caso concreto, o Ministério Público Estadual pleiteou ao Judiciário, por meio de ação coletiva cautelar inominada, somente a cautela de um possível direito, se ao final de uma ação cognitiva (que poderia levar muito tempo) a sentença proferida fosse pela procedência do pedido, ou seja, pelo reconhecimento do valor cultural da sede da empresa da Cervejaria Adriática, pois, se o prédio fosse demolido, a declaração do direito nada adiantaria, visto que este já teria perecido.

Demonstrados requisitos como a aparência de um direito (*fumus boni juris*) e o perigo de dano (*periculum in mora*) deve o Judiciário conceder a medida cautelar, o que não aconteceu. A fábrica foi demolida antes mesmo que se discutisse o mérito da ação principal, qual seja, a qualidade de patrimônio cultural do imóvel sede da indústria.

Como dito, além de cautelar, a ação proposta também possui a natureza de coletiva.

Em pleno limiar do século XXI vivenciam-se realidades sensivelmente diferenciadas daquelas observadas no Estado Liberal. As transformações não foram poucas, sendo oportuno destacar a solidariedade, como já explicitado no capítulo anterior, e a coletividade, num sentido que não vai de encontro ao indivíduo, pelo contrário, busca uma maior afirmação da dignidade humana não abrangida pelo individualismo do Estado Liberal³⁶⁴.

Esses valores assumiram maior relevância no Brasil com a Constituição Federal de 1988, que insculpiu como princípio fundamental o Estado Social Democrático de Direito.

A passagem da sociedade liberal para a social ocorreu porque se percebeu que o ideal libertário almejado somente seria realisticamente alcançado sob uma perspectiva coletiva, visto que um indivíduo só pode ser considerado

³⁶² Carnelutti concebeu lide como o “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro” In: CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992, p. 77.

³⁶³ Art. 798, do Código de Processo Civil.

³⁶⁴ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil, perspectivas de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29.

verdadeiramente livre se for qualificado de acordo com grupo social no qual está inserido³⁶⁵.

A idéia do processo coletivo emerge neste contexto em que se torna necessária e impostergável a tarefa de positivar comportamentos decorrentes de novas posturas sociais e, por conseguinte, em reconhecer como cidadãos "novos sujeitos de direito", que obtiveram sua ascensão com o advento do século XXI.

A atuação jurisdicional seja na implementação das políticas públicas constantes na Constituição Federal, seja como resposta aos anseios de prestação de justiça social, requer uma mudança de paradigma. Um Estado que permaneça restrito aos princípios do Estado Liberal, com uma prestação jurisdicional baseado no modelo processual individualista jamais viabilizará a formação do verdadeiro Estado Democrático de Direito. É preciso despertar para a defesa dos chamados direitos transindividuais, além da tutela efetiva dos individuais, para garantia plena do acesso à justiça³⁶⁶.

A operacionalidade do sistema processual coletivo passa a ser encarada como condição *sine qua non* de existência da democracia, mediante a aplicação de técnicas diferenciadas de legitimidade ativa e da extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada³⁶⁷.

Dessa medida, processo coletivo foi conceituado por Didier e Zaneti³⁶⁸ como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se postula um direito em face de um titular de um direito coletivo *lato sensu*, como o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou determinado número de pessoas³⁶⁹ (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

O presente caso trata-se de ação coletiva que visava a proteção de direitos difusos – a proteção do meio ambiente cultural. A bem verdade, refere-se a ação cautelar que preparava uma ação principal coletiva, a ação civil pública. São

³⁶⁵ VENTURI, *op. cit.*, p. 30.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 101.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 102.

³⁶⁸ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Salvador: Podivm, 2007, v. 4, p. 33-34.

³⁶⁹ *Consideram direitos difusos aqueles transindividuais, de natureza indivisível e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas; direitos coletivos aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe (indeterminadas, mas determináveis) e direitos individuais homogêneos são aqueles de natureza divisível e cujos titulares sejam determinados decorrentes de origem comum*. In: DIDIER JR; ZANETI, *op. cit.*, p. 73, 74 e 76.

exemplos de ações coletivas: ação popular (Lei 4.717/65 e art. 5º, LXXIII), ação civil pública (Lei 7.347/85 e art.129, CF/88), mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF/88), ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/12), etc.

O exercício conjunto da ação por pessoas distintas não configura ação coletiva. Ela surge em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio. A matéria litigiosa veiculada nas ações coletivas refere-se, geralmente, a novos direitos e novas formas de lesão decorrentes das novas relações sociais e culturais³⁷⁰.

O escopo do processo coletivo não é apenas a pacificação social, mas, sobretudo, a inclusão social, efetivando a garantia dos direitos sociais, como o direito ao meio ambiente cultural, referências de um Estado Social Democrático de Direito.

3.5.2 História da Cervejaria Adriática

Como construção humana, já foi ressaltado no capítulo anterior a importância da preservação do patrimônio histórico para a humanidade.

Até o final do século XIX, a cidade de Ponta Grossa era caracterizada como um típico vilarejo da época do império. A população era composta por fazendeiros, negros libertos e escravos, pequenos comerciantes que atendiam as demandas das fazendas da região. Tal cenário somente se modifica com a construção da Estrada de Ferro do Paraná e a Estrada de Ferro São-Paulo-Rio Grande, em 1893 e 1896, respectivamente³⁷¹.

A partir desses acontecimentos, a população e a cidade crescem vertiginosamente; o comércio e a indústria se tornam a base da economia da cidade, tornando-se referência ao sul do Brasil ao longo da metade do século XX³⁷².

Ponta Grossa nessa época desenvolveu uma considerável estrutura industrial. Simbolicamente, a Cervejaria Adriática, fundada em 1893, configurou-se marco inicial desse processo³⁷³.

³⁷⁰ DIDIER JR; ZANETI, *op. cit.*, p. 33.

³⁷¹ CHAVES, Niltonci B. **Do Centro Comercio e Industria ao Selo Social**. Ponta Grossa: UEPG, 2006, p. 15.

³⁷² *Ibid.*, p. 16.

³⁷³ *Ibid.*, p. 31.

Segundo informações obtidas que serão detalhadas a seguir, era considerado um dos últimos imóveis remanescente da arquitetura tradicional do início do século XX, representando um marco histórico da industrialização da cidade de Ponta Grossa (ver Anexos B, C, D, P, Q).

Juntamente com o complexo industrial Matarazzo, a Adriática foi a indústria de maior destaque da cidade até meados do século XX.

Henrique Thielen surge em Ponta Grossa como um dos primeiros imigrantes que ganharam espaço na vida pública da cidade, dominada até então pelas tradicionais famílias que colonizaram a região³⁷⁴.

De origem alemã, o Coronel Thielen deu início a fundação da Cervejaria Adriática utilizando equipamentos trazidos de seu país natal, e colhendo os ingredientes do chão da nova terra, Henrique produziu a primeira cerveja Original.

Após viagem aos centros industriais correlativos da Europa, Thielen remodelou e modernizou a fábrica. Em 1917, foi organizada uma sociedade anônima denominada Companhia Cervejaria Adriática, reunindo-se os recursos necessários para a ampliação. Nesta nova fase, foi inaugurado em 1923 o novo edifício em que funcionava a fábrica³⁷⁵.

Os produtos da cervejaria eram consumidos em larga escala em todos os Estados do Brasil meridional, assim como em quase todos os transatlânticos que fazem a carreira da Europa para a América do Sul³⁷⁶.

Original é cerveja especial, que conserva até hoje sua fórmula e rótulo em papel monolúcido originais, não cedendo a modismos nem a tendências de mercado passageiras³⁷⁷.

Pôde-se observar que a cerveja é um produto referência para a cidade e que marca a influência da imigração alemã. A Festa Nacional do Chope Escuro, a *Münchenfest* foi criação do mestre cervejeiro Jan Strassburger, em 1990, para celebrar a Cerveja Original. A cerveja acabou sendo trocada pelo chope escuro do tipo *münchen*, que também era fabricado na cidade, e tinha melhores condições de atender à demanda. A Cerveja Original é, até hoje, motivo de discursos eloqüentes da população (como exemplifica o Anexo R).

³⁷⁴ CHAVES, *op. cit.*, p. 31.

³⁷⁵ Dados da Casa da Memória Paraná, Anexo C.

³⁷⁶ Cf. nota 377.

³⁷⁷ Disponível em: <http://www.ambev.com.br/pro_05.htm>. Acesso em: 08 ago. 2009.

A cerveja faz parte não só da cultura da região, mas do Brasil e de diversas regiões do mundo.

A história nos mostra diversos exemplos nos quais o desenvolvimento de uma região ocorre em razão de um determinado produto. A região de Champagne, no norte da França, é mundialmente conhecida pelo produto que fabrica e que lhe dá o nome, o “champagne”. Bento Gonçalves, é marcada pela imigração italiana e pela produção de vinho. Integra o Vale dos Vinhedos, primeira região entregue aos imigrantes italianos, a partir de 1875. Inicialmente desenvolveu-se ali uma agricultura de subsistência e produção de itens de consumo para o Rio Grande do Sul. Devido à tradição da região de origem das famílias imigrantes, o Veneto, logo se iniciaram plantios de uvas para produção de vinho para consumo local³⁷⁸.

Não muito distante, encontra-se o Vale do Itajaí, em Santa Catarina, conhecido como a rota das cervejas em razão da forte influência da cultura alemã. Recebe esta denominação em virtude da alta concentração de microcervejarias artesanais e da variedade destes produtos na região (ver Anexo U).

Após a análise dos dados coletados apresentados, verificou-se que a edificação, por representar a história da industrialização da cidade e um produto tão valorizado pela população, possuía valor histórico-cultural inestimável para Ponta Grossa, visto ter feito parte da história da cervejaria no Brasil e do desenvolvimento econômico do início do século XX (ver Anexo A).

Foi desta forma que a Adriática configurou-se no maior símbolo da industrialização de Ponta Grossa. A demolição de seu antigo prédio, importante referencial histórico/arquitetônico pontagrossense, localizado na área central da cidade, representou uma das maiores agressões ao patrimônio e à memória locais³⁷⁹.

Não obstante seja prescindível para esta pesquisa a discussão acerca da historicidade da Adriática, uma vez que o que se pretendia na ação cautelar era fazer cessar o perigo de dano ao bem até que se definisse, numa ação civil pública, ter ele ou não valor cultural, optou-se por abordar este aspecto, não profundamente, para poder compreender as conseqüências da decisão do Judiciário no caso em estudo.

³⁷⁸Disponível em: <http://www.sitedovinhobrasileiro.com.br/folha.php?pag=mostra_regiao.php&num=VAL>. Acesso em: 01 out. 2009.

³⁷⁹ CHAVES, *op. cit.*, p. 32.

O valor cultural do imóvel foi reconhecido pelos historiadores dos Campos Gerais, como se observa pelo trecho abaixo transcrito de autoria de Aída Mansani Lavalle:

Nas atividades industriais, uma delas, a fabricação da cerveja e de bebidas, que se pode atribuir aos técnicos germânicos, desenvolveu-se de tal ordem que se tornou relevante na economia nacional. Nas regiões de colonização alemã surgiram pequenas fábricas que foram sendo absorvidas, mais tarde, pelas cervejarias maiores, sediadas em São Paulo e Rio de Janeiro. Das fábricas regionais, uma das mais importantes foi a Cervejaria Adriática em Ponta Grossa... A fábrica montada por Henrique Thielen era uma cervejaria pequena, meio artesanal e até 1911 funcionava com a técnica de alta fermentação. Nesta data, ele a transformou em baixa fermentação, ampliou a capacidade produtiva e construiu os prédios que existem até hoje. Desde seu início, até 1922, o estabelecimento chamou-se Cervejaria Thielen e, a partir desta data é que se denominou Cervejaria Adriática. Antes de serem construídas as novas instalações a casa de Henrique Thielen ficava no centro da quadra e a cervejaria pequena, era nos fundos. Ao lado direito, na Avenida Vicente Machado estava localizada uma panificadora, que pertencia à família Zucow e, na esquina com a Rua Santos Dumont, havia um terreno vago. À esquerda da casa dos Thielen ficava o estabelecimento de Ricardo Kossatz. Aos poucos, a cervejaria acabou se expandindo para a quadra toda, com exceção da esquina, onde se situava a propriedade dos Kossatz³⁸⁰.

Alberto Henrique Thielen, neto de Henrique Thielen, continuou a tradição de cervejeiros, até que em 1945, a fábrica foi vendida para a Companhia Antártica Paulista e assim encerrou-se um capítulo da história criada por imigrantes alemães³⁸¹.

Os edifícios que ficaram após o recente fechamento da filial da Companhia Antártica Paulista, conservam uma parte da arquitetura tradicional do início do século em Ponta Grossa, e merecem ser preservados. Isto não significa sua indisponibilidade para outros usos, apenas sua conservação, pois a cidade já se descaracterizou muito nas últimas décadas, perdendo suas igrejas antigas e seu casario de estuque que lhe davam um ar provinciano. Mas muito mais autêntico do que as construções que lhe sucederam. O progresso cobra seu preço e não deve ser impedido, mas a cidade deve um pouco de sua beleza às construções antigas preservadas e restauradas³⁸².

Observa-se que na época da demolição do imóvel da Adriática, não havia legislação municipal referente ao meio ambiente cultural, ou seja, a proteção

³⁸⁰ LAVALLE, Aída Mansani. **Germânia-Guaíra: um século de sociedade na memória de Ponta Grossa**. Ponta Grossa: Centro de Publicações, 1996, p. 39-40.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 43.

³⁸² LAVALLE, *loc. cit.*

dos bens culturais referência para o Município somente ocorreria em âmbito estadual, havendo vontade política³⁸³.

No momento da expedição de alvará de demolição (Anexo I), a consulta realizada à Coordenadoria de Patrimônio Histórico e Artístico do Paraná (Informação 013/96 – Anexo G) foi apenas quanto à existência ou não de tombamento e não quanto a possuir o bem valor cultural.

Note-se que num segundo momento, ao ser inquirida sobre o mérito da questão, a Coordenadoria (Informação 020/96 – Anexo H) admite a importância desse imóvel para a comunidade local, mas se omite na preservação do bem, por entender que o interesse restringe-se apenas ao âmbito do Município, cabendo a este o dever de proteger o patrimônio cultural municipal.

O mais contraditório é que o Município, que no passado omitiu-se da preservação de patrimônio que era referência para a população ponta-grossense, aponta atualmente a Cervejaria Adriática como parte integrante da história da cidade em seu site (Anexo B).

A manifestação popular em relação à demolição da fábrica foi apenas de uma minoria, mas existiu, o que demonstra apenas a inércia da população e não a falta de interesse ou historicidade. O Fórum Regional de Educação Ambiental foi quem requereu ao Ministério Público Estadual a propositura de uma ação civil pública cautelar para tutela do meio ambiente cultural, assim como houve abaixo-assinado da população, contendo 184 assinaturas, para evitar que o prédio da Adriática fosse demolido (Anexo E).

Pouca mobilização popular ocorreu por ocasião da destruição em Ponta Grossa, no início da década de 1990 do prédio da antiga fábrica Cervejaria Adriática, no centro da cidade, construção do início do século XX, uma das primeiras indústrias da cidade. Qual o significado daquela construção para a maioria da população na época? Se pouca importância de seu para a demolição, nenhum. Da mesma forma, outras edificações, embora preservadas, de relevante interesse histórico-geográfico na cidade, usadas atualmente como teatro, centro cultural, biblioteca, entre outros, usufruídas por uma pequena parcela da população. Se em algum momento de sua formação escolar, lá nas séries iniciais, onde o município é conteúdo de ensino, os moradores tivessem tido contato com essas questões, o que é pouco provável em face da maneira como a Geografia era efetivada nas escolas, caiu no esquecimento, permitindo desse modo que moradores,

³⁸³ A Lei 4.758/92, que estabelece critérios sobre a composição, defesa, utilização e alienação dos bens públicos municipais, e dá outras providências, elenca o tombamento como instrumento que visa assegurar a prevalência dos direitos urbanos, no entanto, não o regulamenta.

muitas das vezes não se identifiquem com muitas das características e aspectos da cidade onde nasceram e viveram³⁸⁴.

Passados mais de vinte anos da demolição da fábrica, percebe-se que o assunto não foi esquecido e que a população e o próprio Município³⁸⁵ reconhecem a importância histórica da Cervejaria Adriática para a cidade, como se depreende de inúmeros artigos de jornais e páginas da internet (Anexo B), bem como dos museus da cidade (Anexos C e D).

Frise-se que a destruição de bem cultural diante da inércia do Estado, seja Executivo, seja Judiciário, não é privilégio da cidade de Ponta Grossa. Inúmeros foram os casos. Não serão também os últimos enquanto a Constituição Federal não for priorizada.



FIGURA 5 - MANSÃO MATARAZZO – demolida em 1996

Fonte: Disponível em: <<http://vejasaopaulo.abril.com.br/especiais/antesedepois.swf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

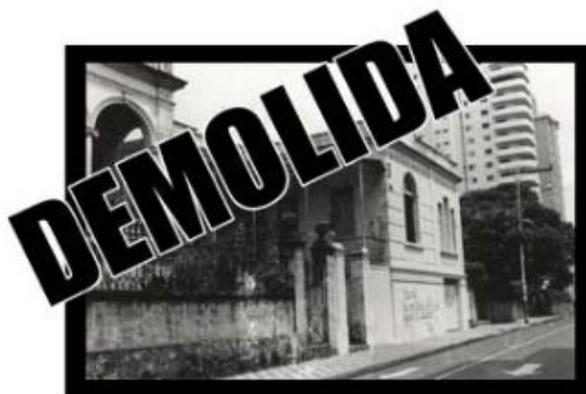
³⁸⁴ MAZUR, Eli Terezinha. Enfocando o estudo do Município e da Cartografia em aulas de Geografia. **Programa de Desenvolvimento Educacional**, PR. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/51-.pdf?PHPSESSID=2009072108185874>>. Acesso em: 16 set. 2009.

³⁸⁵ No anexo B, informações do site da Prefeitura Municipal de Ponta Grossa, no qual se considera a Adriática parte da história da cidade.

Patrimônio cultural jogado ao chão

Casa histórica foi demolida na calada do domingo

fotos: André Azevedo



Cidade perdeu casa histórica, localizada na rua São Sebastião

Pedreiro trabalha nos escombros onde, até sábado, existia uma importante edificação

dⁱ Figura 6 – CASA HISTÓRICA DEMOLIDA EM UBERABA

Fonte: Disponível em <http://azevedodafonseca.sites.uol.com.br/1210demol.html>. Acesso em: 15 set. 2009.



Figura 7 - PALACETE SANTA HELENA - demolido em 1971, para a construção da estação Sé do metrô.

Fonte: Disponível em <http://www.skyscrapercity.com/archive/index.php/t-371067.html>. Acesso em: 15 set.2009.



Figura 8 - PAVILHÕES ANHANGABAÚ - demolido no início dos anos 50.

Fonte: Disponível em <http://www.skyscrapercity.com/archive/index.php/t-371067.html>. Acesso em: 15 set.2009.



Figura 9 - EDIFÍCIO SÃO PEDRO - demolido no início dos anos 60.

Fonte: Disponível em <<http://www.skyscrapercity.com/archive/index.php/t-371067.html>>. Acesso em: 15 set.2009.

O caso em discussão não é isolado, mas paradigmático, uma vez que reflete uma postura conservadora e de flagrante desrespeito à Constituição Federal, uma vez que o Judiciário deveria, ao menos, na ação cautelar, priorizar o interesse público até que se discutisse efetivamente o mérito da questão.

CONCLUSÃO

Retoma-se aqui a problemática da presente pesquisa: a possibilidade do Poder Judiciário declarar um bem como patrimônio cultural, seja em caso de omissão ou má ação da Administração Pública, como a negativa de tombamento ou até mesmo o destombamento.

A nova função do Poder Judiciário, vista sob o paradigma do Estado Social, é realizar direitos, uma função positiva, e não simplesmente a de guardião dos direitos individuais. Não basta, atualmente, ao juiz aplicar a lei. Cabe a ele, em razão do princípio democrático e dos direitos fundamentais, dar a melhor solução ao caso concreto. Hodiernamente, o Judiciário também possui uma responsabilidade política, a de juntamente com o Executivo e o Legislativo alcançar as metas públicas traçadas pela Constituição, na busca por uma sociedade mais livre, justa e solidária.

O direito à cultura é um direito humano – de interesse difuso – que deve prevalecer sobre qualquer prerrogativa da Administração Pública. Discute-se muito os limites do controle da Administração pelo Judiciário, mas após a reconstitucionalização do direito ambiental-administrativo, o viés é discutir os limites e a atuação da Administração. Quando se trata de interesse público, consagrado pelo Poder competente, não há como afastar o Judiciário de apreciar esse mérito. O mérito do tombamento é o reconhecimento ou não da qualidade de patrimônio cultural a um bem.

As decisões do caso da Cervejaria Adriática revelam uma flagrante incongruência entre o sistema constitucional e a atuação do Judiciário.

O controle judicial do mérito dos atos administrativos é tese amplamente debatida pelos Tribunais e preponderantemente aceita no Supremo Tribunal Federal. O Judiciário eximiu-se de suas responsabilidades ao esconder-se implicitamente sob o princípio da separação dos poderes. Este princípio não deve mais ser interpretado sob a ótica clássica do liberalismo, como garantia aos direitos individuais, mas à luz da Constituição Federal, como um sistema de freios e contrapesos e como forma de fortalecer o Estado a fim de que os valores estabelecidos na Carta Magna, em especial o interesse público, sejam alcançados.

Assim, a defesa judicial dos interesses difusos atribui ao juiz o poder de definir o interesse público no caso em concreto, sendo esta função não

mais passiva, limitada apenas ao controle da legalidade, mas ativa, no sentido de assumir a responsabilidade pela avaliação dos fatos e por um resultado justo³⁸⁶. Impedir o controle judicial do mérito dos atos administrativos é conceder ampla discricionariedade em matéria de direitos fundamentais indisponíveis, o que pode tornar os atos não discricionários, mas arbitrários.

A sentença faz um juízo de valor equivocado ao entender que num conflito entre o direito de propriedade e o direito à cultura, prevalece a propriedade. Não compete ao juiz no momento da integração da norma substituir as decisões/opções valorativas da Constituição pelas suas. A Constituição, ao recepcionar o instituto do tombamento entendido como uma limitação ao direito de propriedade, fez uma opção política de priorizar os direitos difusos/coletivos face aos direitos individuais.

O fato de o prédio da Cervejaria ter sido demolido quase na sua totalidade, não impediria que o Judiciário declarasse o seu valor cultural e determinasse ao agente do ato ilegal a reparação do dano.

A sentença compreendeu erroneamente o instituto do tombamento como um ato constitutivo, quando na verdade é considerado meramente ato declaratório. Isso significa que o bem cultural assim o é em razão de suas qualidades intrínsecas e não porque autoridade competente emitiu ato administrativo que o transformou em cultural. Logo, se um bem é cultural de *per se*, nada impede que a autoridade judiciária determine a sua proteção.

A Constituição Federal declarou tombados todos os documentos e sítios ligados aos antigos quilombos. Esta declaração é a afirmação de que é possível não só ao Poder Executivo, mas também ao Legislativo e ao Judiciário, tombarem um bem, mesmo que o ato de inscrição no livro do tomo tenha de ser feito por funcionário competente³⁸⁷.

A sentença cometeu outro equívoco ao admitir como interesse público apenas o secundário, ou seja, aquele que diz respeito à Administração Pública. O interesse público secundário só pode ser perseguido desde que coincida com o interesse primário, entendido como proveito geral.

A atuação do Judiciário do Estado do Paraná permitiu a demolição de um bem que, segundo os dados coletados e analisados, era e

³⁸⁶ KRELL, **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental**, *op. cit.*, p. 63.

³⁸⁷ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 65.

continua sendo, na memória, referência para a população ponta-grossense.

A ação popular e a ação civil pública são instrumentos processuais de proteção ao patrimônio cultural, cuja finalidade é pleitear, perante o Judiciário, a declaração de que o bem em questão tem valor cultural e, portanto, passível de tombamento.

A produção legislativa da década de sessenta, em prol da defesa do meio ambiente, veio a ser consolidada com a Constituição de 1988, que ampliou o conceito de patrimônio cultural brasileiro, incluindo o tombamento como um dos principais instrumentos de proteção, e deixando claro no artigo 216, § 5º que, não obstante o Decreto-Lei 25/37, o patrimônio cultural brasileiro não se resume ao conjunto dos bens tombados³⁸⁸.

Não obstante os inúmeros avanços consagrados na Constituição Federal de 1988, este instrumento normativo muitas vezes tem sido ineficaz, como se verificou pelo caso da Adriática.

A positivação de inúmeros direitos foi uma grande conquista. A sua eficácia é o grande desafio. O fenômeno do neoconstitucionalismo é um dos movimentos que nasceu da luta pela efetivação da Constituição.

Apesar do problema da efetivação e de outros estruturais, derivados em grande parte das inúmeras emendas que tem sofrido, não é possível negar que a Constituição Federal é o grande marco do ordenamento jurídico brasileiro e que ela é um forte instrumento de luta para a transformação da realidade social.

Ai, palavras, ai palavras,
que estranha potência, a vossa!
Ai, palavras, ai palavras,
sois o vento, ides no vento,
e, em tão rápida existência,
tudo se forma e transforma!
Sois de vento, ides no vento,
e quedais, com sorte nova!
Ai, palavras, ai palavras,
que estranha potência, a vossa!
Todo o sentido da vida
principia à vossa porta;
o mel do amor cristaliza
seu perfume em vossa rosa;
sois o sonho e sois audácia,
calúnia, fúria, derrota...
A liberdade das almas,
ai! com letras se elabora...

³⁸⁸ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 101.

E dos venenos humanos
sois a mais fina retorta:
frágil como o vidro
e mais que o são poderosa!
Reis, impérios, povos, tempos,
pelo vosso impulso rodam...

(Cecília Meireles)

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Adorno: vida e obra.** Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1999.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 20 mar. 2009.

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução.** Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Dicionário de Política.** Tradução João Ferreira (coord.). 7 ed. Brasília: UnB, 1995. v. 2.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Coletânea de Direito Ambiental e Constituição Federal).

BRASIL. Decreto 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Promulga a convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, de 1972. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 dez. 1977. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/legislacao/decretos/index.php?p=54&more=1&c=1&tb=1&pb=1>>. Acesso em: 10 set. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 dez. 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0025.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 fev. 1999. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 set. 2006.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>> Acesso em: 14 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Limites de atuação do Poder Judiciário, RMS 24699, União *versus* Bernardo Rosenberg, Relator Min. Eros Roberto Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 mar. 2006, pp-00036. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 24 set. 2006.

BURDEAU, George. **O Estado**. Tradução Cascais Franco. Publicações Europa-América, 1970.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASTRO, Sônia Rabello de. Tombamento e a proteção aos bens culturais. In PESSOA, Álvaro. (Coord.). **Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos e Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981, p. 167-188.

CHAVES, Niltonci B. **Do Centro Commercio e Industria ao Selo Social**. Ponta Grossa: UEPG, 2006.

CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. Tradução Luciano Vieira Machado. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Lúcia Cortes da. **Os impasses do Estado Capitalista: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil**. Ponta Grossa: UEPG, São Paulo: Cortez, 2006.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DELGADO, José Augusto. **Medidas cautelares específicas e inominadas.** In ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo (Coord.). Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 323-366.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.** Salvador: Podivm, 2007, v. 4..

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

DUARTE, Rodrigo. **Adorno/Horkheimer & Dialética do Esclarecimento.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo.** 13 ed. Madri: Thomson-Civitas, 2006, tomo I.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 2008.

FERNANDES, Florestan. **Comunidade e sociedade.** São Paulo: EDUSP, 1973.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994, p. 12-41.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Controle jurisdicional da Administração Pública. In **Revista Diálogo Jurídico**, n. 2, 2001.

FREITAG, Barbara. **A teoria crítica: ontem e hoje.** 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HORKHEIMER, M., e ADORNO, T. W. **Dialética do Esclarecimento: Fragmentos filosóficos.** Tradução. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

KRELL, Andréas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial, **Revista ESMAFE**, Recife, nº 8, ano 2004.

_____. **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 19. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

LAVALLE, Aída Mansani. **Germânia-Guaíra: um século de sociedade na memória de Ponta Grossa**. Ponta Grossa: Centro de Publicações, 1996.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO, Rosi Marques. **Da indústria cultural à economia criativa**. Disponível em <www.publique.rdc.puc-rio.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

MARCHESAN, Ana M. Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAZUR, Eli Terezinha. Enfocando o estudo do Município e da Cartografia em aulas de Geografia. **Programa de Desenvolvimento Educacional**, PR. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/51.pdf?PHPSESSID=2009072108185874>>. Acesso em: 16 set. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais**. Disponível em <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2009.

MIRANDA, Orlando de. **Para ler Ferdinand Tönnies**. Disponível em <www.books.google.com.br>. Acesso em: 17 set. 2009.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributos ambientais: a função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Teixeira. **Legitimidade e Discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Portugal: Editora Coimbra, 1995, vol. 1.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O juiz e a teoria geral do garantismo: uma forma de assegurar os direitos fundamentais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2, 2002, p. 179-199.

PEGORARO, Ricardo. Limites do ato administrativo discricionário. In CORRALO, Giovanni. (Org.). **Estudos de Direito Administrativo**. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 109-172.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**: o tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PONTA GROSSA. Lei 4.856, de 28 de dezembro de 1992. Dispõe sobre o zoneamento de uso e ocupação do solo das áreas urbanas do Município de Ponta Grossa e dá outras providências. Disponível em <<http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/forpags/showinglaw.pl>>. Acesso em: 12 set. 2009.

PONTA GROSSA. Lei 4.758, de 02 de julho de 1992. Estabelece critérios sobre a composição, defesa, utilização e alienação dos bens públicos municipais, e dá outras providências. Disponível em <http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/forpags/form_vig.pl> . Acesso em: 12 set. 2009.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, v. 2, tomo II.

REGO, João. **Reflexões sobre A Teoria Ampliada do Estado em Gramsci**. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br/docs/inpso/cpoli/JRego/TextosCPolitica/Artigos/Gramsci/gramsci.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009. SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, B. S; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 30, 1996.

SILVA, Fernando Fernandes da. **As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade**. São Paulo: EDUSP e Fundação Petrópolis, 2003.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 496.

SILVA, José Robson da. **Patrimônio Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIMONETTI, Eliana Giannella. **A criatividade é capaz de movimentar a economia, reduzir desigualdades e fortalecer a auto-estima das pessoas**. Disponível em <<http://economiadacultura.blogspot.com/2007/06/cultura-x-pobreza.html>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

_____. **Cultura e riqueza**. Disponível em <http://culturadigitalartetexto.blogspot.com/>. Acesso em 02 ago, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. amp. atual. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2, 2002, p. 25-64.

_____. **A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf>. Acesso em: 15 out. 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e a realização do direito na decisão judicial**. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

TOURAINÉ, Alain. **Que es la democracia?** Tradução de Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1995.

Unesco Institute Statistics. **Internacional flows of selected cultural goods and services**. Disponível em: <www.uis.unesco.org>. Acesso em: 02 ago. 2009.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil, perspectivas de Código Brasileiro de**

Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. v.1. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ANEXO A – Notícias sobre demolição de antigos prédios de cervejaria

ANEXO B – Sites sobre a Adriática

ANEXO C – Material sobre a Adriática extraído da Casa da Memória

ANEXO D – Notícia sobre a Adriática extraída do Museu dos Campos Gerais

ANEXO E – Abaixo-assinado contra a demolição

ANEXO F – Petição do Fórum Regional de Educação Ambiental requerendo ao Ministério Público a instauração de ação civil pública cautelar

ANEXO G – Informação nº 013/1996 – CPHA

ANEXO H – Informação nº 020/1996 – CPHA

ANEXO I – Alvará de demolição

ANEXO J – Liminar

ANEXO L – Decisão que revogou a liminar

ANEXO M – Decisão que manteve a revogação da liminar

ANEXO N – Sentença

ANEXO O – Acórdão

ANEXO P – Cópia de páginas do livro do Germânia-guaíra: um século de sociedade na memória de ponta grossa de Aída Mansani Lavallo sobre à Adriática

ANEXO Q – Cópia de páginas do livro do Centro Comercio e Indústria ao Selo Social: Economia e Sociedade Ponta-grossense de Niltonci B. Chaves sobre a Adriática

ANEXO R – Sites sobre a cerveja original

ANEXO S – Jurisprudência

ANEXO T – Notícia sobre a demolição da Catedral de Ponta Grossa

ANEXO U – Sites sobre regiões desenvolvidas culturalmente em função de produtos como vinho e cerveja

ANEXO V - Fotografias da Cervejaria Adriática

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)