

O Direito ao patrimônio cultural preservado – um direito e uma garantia fundamental

The right to the preserved cultural patrimony – a right and a guarantee

Francisco Luciano Lima Rodrigues¹

Resumo

O direito ao patrimônio cultural preservado é formado por bens culturais, cujo objeto a ser tutelado é o valor que se traduz dos fatos relativos à memória e à identidade dos grupos étnicos formadores da sociedade brasileira, sendo, assim, um direito e uma garantia fundamental do cidadão na proporção em que a preservação da identidade e da memória do indivíduo atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, base da República Federativa do Brasil.

Palavras- chave: Patrimônio cultural Bens culturais Direitos fundamentais.

Abstract

The right to a preserved cultural patrimony is formed by cultural values, which object to be protected is the meaning of such values to ethnical groups, their memories and identity. As such, cultural patrimony is a right and a guarantee, since it is linked to the dignity of the human being, basis of the Brazilian republic.

Keywords: Cultural patrimony. Cultural values. Fundamental rights.

Introdução

A abordagem do direito ao patrimônio cultural como um direito e uma garantia fundamental exige, preliminarmente, um entendimento acerca da abrangência da expressão patrimônio cultural, passando por uma consideração sobre a evolução do conceito de direitos fundamentais para, por fim, buscar o embasamento necessário para sustentar a tese de que o direito ao patrimônio cultural preservado é um direito e uma garantia fundamental.

Para se alcançar o conceito de patrimônio cultural exige-se, primeiramente, verificar o significado da expressão bens culturais utilizando-se de várias teorias, destacando-se, dentre elas, a desenvolvida por Massimo Severo Gianinni, que defende a coexistência de dois direitos distintos sobre a mesma coisa, sendo um deles traduzido pelo valor, aspecto imaterial e um outro caracterizado pelo direito de propriedade que serve de suporte para a incidência do aspecto imaterial, o valor.

¹ (1) Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (Estágio de Pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal) – Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direito Constitucional) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) - Ex-Coordenador da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) – Juiz de Direito Auxiliar de Entrância Especial no Ceará.

Indispensável se faz para a defesa do argumento contido neste ensaio que se promova uma análise, mesmo que perfunctória, sobre a evolução conceitual dos direitos fundamentais partindo dos movimentos liberais do século XVIII até o momento atual em que se verifica a existência de direitos fundamentais de quarta geração, compostos pelo direito à informação, à democracia e ao pluralismo.

Busca-se, por fim, a comprovação de que o patrimônio cultural, cujo entendimento dispensado pela Constituição brasileira é no sentido de que seja formado por bens de natureza material e imaterial que digam respeito à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, seria um direito e uma garantia fundamental, apesar de não descrito no rol do artigo 5º. da Carta Política, fundamentado no princípio republicano e no relativo à dignidade da pessoa humana.

1 Patrimônio Cultural

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

A dificuldade considerada na tentativa de construir um conceito de patrimônio cultural é o desafio de produzir um conceito capaz de unir o direito, a teoria do patrimônio e a filosofia da cultura. Um conceito que não se perca nas definições jurídicas longas, não se abstraia dos aspectos relacionados à cultura e que envolva a questão do patrimônio e do conceito de propriedade. Este é o desafio apresentado aos juristas atuantes nesta área do conhecimento.

A Constituição Federal do Brasil, no artigo 216, *caput*, apesar de não definir patrimônio cultural, afirma que este é constituído por bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

A ausência de um conceito constitucional de patrimônio cultural, apesar da exposição de aspectos que devam compor a sua definição, tais como, identidade cultural, memória, dentre outros, fortalece o entendimento de que tal conceituação não é tarefa exclusiva e autônoma da lei, mas, ao contrário, é

atividade que se utiliza de conceitos da antropologia e da sociologia.

Neste sentido, manteve-se o constituinte brasileiro quando, ao elaborar o dispositivo constitucional contido no artigo 216 da atual Constituição Federal do Brasil, fez referência à memória, à identidade e à ação de grupos na formação da sociedade brasileira, cujas expressões estão subordinadas, quanto ao seu conteúdo, aos conhecimentos antropológicos e sociológicos da sociedade brasileira, fator que fortalece a idéia de que o conceito de patrimônio cultural não pode ser concebido como uma definição puramente legal, desprezando aspectos que exigem uma visão interdisciplinar.

O patrimônio cultural é formado pelo conjunto de bens materiais e imateriais, denominado de bens culturais, cujo elemento indispensável à sua construção é a compreensão de que o *valor* da coisa, como forma de traduzir a memória de um povo, é o seu ponto de diferenciação para com as demais classificações referentes a bens e, ainda, que objeto da tutela relativa aos bens culturais reside muito mais no valor que o bem expressa do que no objeto material que lhe serve de suporte, como defende Giancarlo Rolla (1989).

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

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

A solução desse conflito relativo à possibilidade de existir sobre o mesmo objeto dois direitos diferentes

e, ainda, a diminuição do exercício das prerrogativas de propriedade pelo *dominus* do bem de interesse cultural em detrimento de um outro sujeito traduzido pela coletividade é, também, um aspecto a ser destacado na produção do conceito de bem cultural.

O debate da doutrina a respeito da natureza jurídica dos bens culturais (CORREIA, 1996) tem preocupado, destacadamente, a doutrina italiana, que fixou a questão basicamente em duas vertentes: a primeira, defendida por Massimo Severo Giannini, afirma que há uma distinção entre “coisa” e “bem em sentido jurídico”, considerando que no bem cultural coexistem dois direitos: um direito da coletividade à fruição do bem e um direito do proprietário a gozá-lo dentro dos limites consentidos pela lei; a segunda, resultado do entendimento do Tribunal Constitucional Italiano, é traduzida pela existência de uma categoria de bens de interesse público, na qual estariam os bens culturais, que orbitam entre os bens de propriedade privada e bens de propriedade pública.

Juntando-se a estas duas teorias a respeito da natureza jurídica dos bens culturais, pode-se apontar uma outra, defendida por Giancarlo Rolla (1989), segundo a qual os bens culturais cumprem uma específica função de natureza social e cultural, defendendo, ainda, que a peculiaridade dos bens culturais não advém do valor em si da coisa e sim, pelo contrário, do interesse que esse valor desperta na sociedade desejosa da tutela daquele valor.

Contrariamente às teorias acima expostas, defende Ramon Parada (1991) que os bens culturais teriam regime jurídico *sui generis*, normalmente dual, cujo centro de gravidade não se situa no regime de propriedade que se une à detenção da coisa, mas, sim, por sua condição de *bienes espirituales* vocacionados para a fruição coletiva, aspectos que seus detentores devem facilitar sem prejuízo do uso das demais prerrogativas oriundas do domínio sobre a coisa de valor cultural.

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

A dualidade entre bem público e bem privado, marcado, o primeiro, pela pertença ao Estado ou aos entes com personalidade de direito público ou

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

A existência de interesse cultural sobre determinado bem já foi objeto de estudo por diversas teorias, ora fundamentadas na idéia oitocentista do direito de propriedade, que entendia o interesse cultural como uma limitação administrativa ao direito de propriedade, sob o argumento de que a regulação pública dos bens de interesse cultural deveria caracterizar-se como um conjunto de limitações que comportariam uma série de obrigações por parte dos proprietários, e, outras vezes, que entendiam serem os bens culturais, por conta de sua natureza jurídica, uma categoria de bens unitária e que se diferenciaria das categorias tradicionais atribuídas às coisas (ROLLA, 1989).

Uma outra teoria acerca da natureza jurídica dos bens culturais é a tese exposta por Giancarlo Rolla (1989) em que defende a fragmentação do direito de propriedade pelo reconhecimento da existência de estatutos proprietários diferenciados para uma categoria homogênea de bens, sendo possível considerar que a particular função cultural dos bens que integram o patrimônio cultural representaria o pressuposto legitimante de uma intervenção administrativa que limitasse ou funcionalizasse o direito de propriedade, com relação ao valor imanente de uma determinada classe de bens.

Na opinião de Giancarlo Rolla (1989), para se entender a natureza jurídica dos bens culturais, deve-se considerar que a categoria de bens homogêneos não está configurada no objeto material e, sim, no valor, uma vez que, neste caso, os bens materiais seriam apenas o suporte para o objeto de tutela que é o valor.

O bem cultural, como o objeto material, seria apenas o suporte físico para o exercício da tutela do Estado sobre o valor, como defende Giannini (1976), quando afirma que o elemento comum dos bens culturais consistiria no interesse da coisa definido como público pela norma.

Assim, em resposta ao questionamento realizado anteriormente, pode-se verificar ser possível a existência de uma categoria de bens

sob a denominação de bens culturais, cujo objeto de tutela é o valor cultural, definido pela sociedade como interesse a ser preservado e que conviva pacificamente com a tradicional divisão da propriedade em pública e privada.

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

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

Vencida a questão referente à natureza jurídica dos bens culturais, volta-se à pretensão de formular a sua conceituação utilizando-se o entendimento de José Afonso da Silva (2001), quando considera os bens culturais como sendo coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores, “criadas” não apenas no sentido de produzidas, não só do mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objeto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e participação do espírito humano.

A essência do bem cultural, continua José Afonso da Silva (2001), consiste na sua peculiar estrutura, em que se fundam, numa unidade objetiva, um objeto material e um valor que lhe dá sentido, o que justifica dizer-se que o ser do bem cultural é um ser sentido.

As considerações de José Afonso da Silva (2001), acima descritas, apontam os aspectos indispensáveis para a elaboração do conceito de bens culturais, ou seja, a existência de um objeto material e de um valor, objeto imaterial, que utiliza o referido objeto material para a sua projeção sem, no entanto, com ele se confundir ou dele depender a sua existência.

É indispensável trazer à colação a contribuição da Convenção de Haia, realizada sob os auspícios da UNESCO em 1954, com a intenção de elaborar normas para a preservação do patrimônio cultural em casos de conflito armado, que definiu em seu artigo 1º o que entendia por bens culturais, marcando, assim, o início da utilização desta

expressão nos documentos expedidos pela UNESCO sobre patrimônio cultural, bem como, não se pode olvidar, a contribuição da Comissão Franceschini, instituída pelo governo italiano, por meio da lei 310, de 14 de maio de 1964, para promover o estudo da legislação de tutela do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e paisagístico, que produziu, a partir da sua primeira declaração, um esboço para o conceito de bens culturais nos seguintes termos: “participam do patrimônio cultural da nação todos os bens que traduzam referência da história da civilização. São sujeitos à legislação os bens de interesse arqueológico, histórico, artístico, ambiental e paisagístico, os arquivos e os livros, bem como outros bens que constituam testemunho dos valores da civilização” (CABALLERIA, 1998, p.240-1).

A Comissão Franceschini favoreceu, no entendimento de Carla Amado (1996), a formulação do conceito de patrimônio cultural por ter despertado a comunidade científica, nomeadamente os juristas, para a tarefa de exploração e sedimentação desta nova categoria – bens culturais, desencadeando uma discussão doutrinária a respeito da relação entre o conceito de patrimônio público e privado frente ao surgimento de um regime jurídico do patrimônio cultural centrado no objeto e não no titular da coisa em que se corporifica.

Aparece, assim, a figura do valor como elemento de caracterização dos bens culturais, fazendo surgir, concomitantemente, um aspecto dual que permite a existência sobre o mesmo objeto de dois elementos, o direito de propriedade e o valor, passíveis de uma convivência harmônica e reconhecidos como direitos fundamentais consagrados em algumas Cartas Constitucionais da modernidade.

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

O conceito de bem cultural, no entendimento de Giannini (1976), está fundamentado em dois aspectos: imaterialidade e publicidade. Estes dois elementos de qualificação dos bens culturais podem ser verificados nas hipóteses de, sobre um determinado objeto, seja de propriedade pública ou privada, que desperte interesse em ser preservado por representar importância para uma determinada sociedade, seja possível detectar a existência de um bem imaterial, traduzido pelo *valor cultural*, e um outro, de natureza material, tangível, sobre o qual incide o valor e que tem a qualidade de ser público, no sentido de ser usufruído por todos.

A teoria de Giannini (1976) buscou nas idéias de Pugliati (1962) a base para justificar que o bem cultural tem como suporte uma coisa, porém com ela não se identifica particularmente, podendo o mesmo objeto material ser suporte de vários bens, inclusive um bem cultural.

Na realidade, o que se pode apreender da teoria de Giannini é a impossibilidade de se confundir o elemento imaterial, no caso o bem cultural, com o elemento material, o objeto sobre o qual incide o valor tutelado.

Giannini (1976) afirma que, em linha geral, a coisa é, de um lado, elemento material de interesse de natureza patrimonial, é coisa de um certo sujeito, que dele não se aparta, havendo um direito de disposição e de gozo e que é regulado por norma comum de ordem privada, no caso de bens privados, e de ordem administrativa, se bens públicos. Haveria, continua Giannini, coisas que, apesar de imateriais, como as de interesse cultural, estariam sujeitas à *potestade* para o resguardo e garantia da fruição pública.

Dentre outros posicionamentos a respeito do conceito de bens culturais, merece destaque, por se contrapor às idéias de Giannini, o entendimento defendido por Marie Cornu (1996), quando questiona a existência de uma nova categoria de bens denominada de bens culturais.

Marie Cornu (1996) aponta como dificuldade para a elaboração de um conceito de bens culturais a ausência de uma definição genérica, resultado da utilização de diversos entendimentos espalhados em vários textos de convenções, como, por exemplo, o Tratado de Roma, a Diretiva No. 93/7/ CEE, de 15 de março de 1993, dentre outras, sem, no entanto, possibilitar a formulação de um conceito preciso.

Outro aspecto exposto por Marie Cornu (1996) seria a impossibilidade de formulação de uma definição doutrinária a respeito de bens culturais por se considerar que os conceitos de arte e os conceitos jurídicos estão sempre em posições antagônicas, dificultando a elaboração de um conceito genérico.

As idéias de Marie Cornu (1996) contrariam um entendimento solidificado na doutrina no sentido de que o conceito de bem cultural, mesmo no âmbito jurídico, não pode ser produzido unicamente com as categorias jurídicas, sendo necessária uma relação de interdisciplinariedade para a sua elaboração. É de se ressaltar que o conceito de bens culturais é um conceito aberto.

A elaboração de uma definição de bens culturais inclui, sem dúvida, os seguintes aspectos: um elemento material e um outro imaterial, além do aspecto da publicidade, como afirma Giannini (1976), sendo, dessa forma, o conceito de bens culturais

traduzido pela possibilidade da reunião de dois direitos sobre um mesmo objeto, no caso, o elemento material e o imaterial, harmônicos no exercício e, ainda, marcados pela ausência de uma dependência de existência entre os dois direitos.

Nos bens culturais, o elemento material – a coisa ou bem - tem o papel de suporte ou de base sobre o qual podem incidir outros direitos, além do direito relativo aos bens culturais, considerado como bem imaterial, sendo marcado, também, por estarem à disposição do público para serem usufruídos, marca de sua publicidade.

Por fim, afirma Giancarlo Rola (1989) que a particular função destes bens culturais estaria na representação do pressuposto de uma intervenção administrativa que limite ou funcionalize o direito de propriedade, quanto ao valor imanente de uma determinada classe de bens.

2 Direitos Fundamentais – Evolução Histórica do Conceito

Os direitos fundamentais surgiram com maior força no final do século XVIII, coincidindo com o triunfo das revoluções liberais. Daí terem aparecido, inicialmente, marcados por uma forte ligação com as idéias de liberdade e de autonomia do indivíduo, como afirma Vieira de Andrade (2001).

No mesmo sentido, assevera Miranda (1996) que, igualmente ao conceito de constituição, o de direitos fundamentais surge indissociável da idéia de Direito liberal, sendo possível apresentar duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata e o primado da liberdade, segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Daí pode-se assegurar que tratar da evolução do conceito de direitos fundamentais exige, inicialmente, situá-los no contexto histórico das idéias liberais do século XVIII, que pressupunha a ligação dos seus primados – liberdade, segurança e propriedade – a um aspecto de ordem econômica, em que apenas o cidadão que pertencesse a uma aristocracia constituiria a nação.

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

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

Há quem utilize a expressão *gerações* ao se referir às fases evolutivas dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 1997) e, também, quem, se opondo a tal expressão, prefira o vocábulo *dimensões*, sob o fundamento de que afirmar a existência de gerações de direitos fundamentais seria defender a falsa idéia da substituição de uma geração por outra, quando, na realidade, há um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância de direitos fundamentais (SARLET, 1998).

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

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

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

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

A propósito, defende Vieira de Andrade (2001) que o surgimento de reivindicações políticas pelas classes não proprietárias favoreceu o enfraquecimento do poder monárquico, o fortalecimento da autonomia local, a estruturação da sociedade em grupos, a organização dos partidos de massas, o sufrágio universal e, assim, desencadeou um processo democrático que alcançou os direitos fundamentais, propiciando a inclusão dos direitos à liberdade de expressão e de participação política no catálogo de direitos fundamentais. Deu-se, assim, uma íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

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

Ocorre, assim, uma maior influência do aspecto democrático dos direitos fundamentais em oposição a sua caracterização inicial de veio individualista. Pode-se observar pelo alargamento do conceito de igualdade, pelo reconhecimento do direito à vida, à liberdade de expressão, um aspecto objetivo dos direitos fundamentais.

Essa fase dos direitos fundamentais – a *primeira geração* – é marcada pela modificação de sua concepção meramente subjetiva e pelo reconhecimento da democracia como uma condição e uma garantia dos direitos fundamentais, bem como da própria liberdade do homem (ANDRADE, 2001).

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

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

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

A nota distintiva dos direitos de *segunda geração* seria, no dizer de Sarlet (1998), a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, o papel do Estado em propiciar um direito de participação no bem-estar social.

Na *segunda geração* dos direitos fundamentais, marcada pela industrialização e pelo progresso tecnológico, ocorreu uma modificação no papel do Estado, que passou a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social, e a administração pública ultrapassou definitivamente a sua condição aparente de esquadra de polícia e repartição de finanças. Exigiam-se do Estado medidas de planejamento econômico e social, uma intervenção direta na economia, um sistema completo de prestações (ANDRADE, 2001).

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

Pode-se afirmar que o reconhecimento de direitos fundamentais de *segunda geração* radica no

fortalecimento do princípio da justiça social, servindo o Estado de ponto de equilíbrio na garantia do princípio da igualdade.

Quanto aos direitos fundamentais de *terceira geração*, pode-se caracterizá-los pela sua destinação de protetor dos direitos relativos aos homens de forma coletiva e impessoal. Seriam, no dizer de Sarlet (1998), os direitos de fraternidade ou de solidariedade.

Nos direitos fundamentais de *terceira geração*, estariam aqueles que o Estado teria que garantir em nome de uma coletividade, que não dizem respeito ao homem como singularidade, mas, sim, ao homem coletivo. Dentre estes direitos, estaria o direito ao patrimônio cultural preservado, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente.

A nota de distinção dos direitos fundamentais de *terceira geração* estaria em sua titularidade coletiva e difusa. Seria, no entendimento de Andrade (2001), uma categoria em que não sendo, basicamente, direitos de defesa, direitos de participação, nem de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, resultariam em um complexo de direitos *circulares*, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objetiva fortíssima, uma vez que protegem bens que, embora possam ser usufruídos e gozados individualmente, são bens coletivos e necessários para a sobrevivência da sociedade.

A existência de uma *quarta geração* de direitos fundamentais não encontrou um consenso doutrinário. Há quem não concorde com esta classificação e, também, pode-se encontrar outros, como Bonavides (1997) que, além de defender a sua existência, a reconhece como resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional correspondente à última fase de institucionalização do Estado Social.

A *quarta geração*, no entendimento de Bonavides (1997), é composta pelos direitos à democracia e à informação, bem como pelo direito ao pluralismo.

Elaborando crítica ao pensamento de Bonavides, afirma Sarlet (1998) que o rol dos direitos fundamentais de *quarta geração* teria a vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversos das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

Prosseguindo na crítica, assevera Sarlet (1998), que a dimensão da globalização dos direitos fundamentais formulada por Bonavides estaria longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, assim, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, como afirmam as próprias

palavras de Bonavides (1997, p.526), quando diz que tais direitos fundamentais *compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.*

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

É possível, também, observar que o rol dos direitos fundamentais está sempre aberto à inclusão de novos direitos exigidos pela evolução da sociedade, sejam eles escritos na Carta Constitucional ou, simplesmente, resultantes do regime ou dos princípios adotados pela constituição ou, ainda, por tratados ou acordos internacionais reconhecidos pelo Estado.

Decorre também da análise da evolução conceitual dos direitos fundamentais, a constatação de um fenômeno constante em todas as etapas percorridas pelos direitos fundamentais – a preocupação com a *proteção da dignidade da pessoa humana* contra os *perigos* que resultam das *estruturas de poder* na sociedade (ANDRADE, 2001).

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

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

3 Direito ao Patrimônio Cultural como Direito análogo aos Direitos e Garantias Fundamentais

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

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

Um aspecto saliente na matéria relativa aos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal é a sua expansão por todo o tecido constitucional, muitas vezes fora do catálogo do artigo 5º, fundamentados em princípios que regem a república ou, ainda, em consequências de convenções ou tratados dos quais o Brasil é signatário.

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

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

A ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais no Brasil é pluralista, aberta e não hierárquica e obedece a uma unidade de sentido cultural que impede ver os direitos fundamentais como um catálogo meramente positivado, mas, ao contrário, como uma expressão da unidade de sentido que cada indivíduo representa enquanto ser autônomo, de idéia de homem jurídico e constitucionalmente mediatizada (ANDRADE, 2001).

Assim, aplicando à ordem constitucional brasileira palavras de Vieira de Andrade (2001), ao se referir à ordem constitucional portuguesa, pode-se dizer que a definição do estatuto dos indivíduos, através do reconhecimento ou da concessão de direitos fundamentais, tem como escopo proteger a dignidade da pessoa humana, e que se realiza mediante a previsão e proteção de aspectos específicos da existência e da atividade humana, referindo-se, ora a sua dimensão individual (solitária), ora a seu aspecto social

(solidária) e, também, muitas vezes, abrangendo a complexa rede de relações interindividuais.

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

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

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

A propósito da consideração do direito do patrimônio cultural como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, cabe apontar o pensamento de Jorge Miranda (1998) defendendo ser possível sintetizar o princípio da dignidade da pessoa humana em cinco diretrizes básicas, a saber: a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; liberdade prevalece sobre a propriedade; d) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; e) a proteção da dignidade das pessoas está para além da sua cidadania e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; f) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Ainda a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, vale considerar as lições de Vieira de Andrade (2001), quando afirma que tal princípio estaria na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos

dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais. A dignidade humana se projeta no indivíduo como ser autônomo em si e como membro da comunidade – seriam, afirma Vieira de Andrade, direitos da pessoa, do cidadão, do trabalhador e do administrado.

Concluindo seu entendimento, assevera Vieira de Andrade (2001) haver diferenciações no grau de interferência do princípio da dignidade da pessoa humana com relação a determinados direitos. Diz o autor que alguns direitos constituem explicitações de primeiro grau da idéia de dignidade, que modela todo o conteúdo deles: o direito à vida, à identidade e à integridade pessoal, à liberdade física e de consciência, por exemplo, tal como a generalidade dos direitos pessoais, são atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos. Outros direitos decorrem desse conjunto de direitos fundamentalíssimos ou então os completam como explicitações de segundo grau, medidas pela particularidade das circunstâncias sociais e econômicas, políticas e ideológicas, tais como: o conteúdo do direito de resposta, da liberdade de empresa, do direito a férias pagas, dos direitos à habitação, à saúde, à segurança e à cultura dependem de opções políticas estruturais e até, por vezes, de estratégias conjunturais. Mas, ainda, nestas situações, estaria o princípio da dignidade da pessoa humana na raiz da previsão constitucional e da consideração, dos direitos acima considerados como direitos fundamentais.

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

Conclusão

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o patrimônio cultural é formado por bens culturais, estes considerados como imateriais, traduzidos por um valor, que incidem sobre os bens que têm importância para a preservação da identidade e da memória dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira.

Estes bens culturais são direitos que devem ser usufruídos pela coletividade e que podem conviver harmonicamente com o direito de propriedade

incidente sobre o mesmo objeto. Assim, pode-se defender que o objeto de tutela do Estado, com relação ao patrimônio cultural, é o valor traduzido pelo bem com interesse cultural, seja este bem material ou imaterial.

Pelo fato de o patrimônio cultural referir-se aos bens relativos à preservação da memória e da identidade dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, há uma relação indissolúvel entre a necessidade de o Estado preservar estes bens, ditos de interesse cultural, e o reconhecimento do direito ao patrimônio cultural preservado como um direito e uma garantia fundamental.

Desta forma, considerando que, pela evolução conceitual dos direitos fundamentais, pode-se constatar a preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana contra os perigos que resultam das estruturas de poder na sociedade, tem-se, assim, que pela interpretação sistemática do texto constitucional unindo o disposto no parágrafo segundo do artigo 5º ao inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, é possível concluir que o direito ao patrimônio cultural brasileiro, definido pelo artigo 216 da Carta Constitucional, é direito análogo aos direitos e garantias fundamentais, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, base da República Federativa do Brasil, que garante o direito à preservação da identidade cultural do indivíduo, bem como dos valores materiais e imateriais relacionados a ações e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CABALLERIA, Marcos Vaquer. **Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la constitución española**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.
- CORNU, Marie. **Le droit culturel des biens: L'intérêt culturel juridiquement protégé**. Bruxelles: Bruylant, 1996.
- CORREIA, Fernando Correia. Propriedade de bens culturais: restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas. MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tvaes de (Org.). **Direito do patrimônio cultural**. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1996. p.180-207.

- GIANNINI, Massimo Severo. I beni culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. Milano, 1976. anno XXVI. n. 3. p.78-95.
- GOMES, Carla Amado. Património Cultural na Constituição – **anotação ao artigo 78º**. MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996. v. 1.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998. t. 4.
- PARADA, Ramon. **Derecho administrativo: bienes públicos: derecho urbanístico**. 4. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1991. v. 3.
- PUGLIATTI, Salvatore. **Beni e cose in senso giuridico**. Milano: [s.n], 1962.
- QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.
- ROLLA, Giancarlo. Bienes Culturales y Constitución. **Revista del centro de estudios constitucionales**. Madrid, enero/abr.1989. n. 2.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.
- SILVA, José Afonso. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.